

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

ABRIL A JUNHO 1985
ANO 22 • NÚMERO 86

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

a. 22 n. 86 — abril/junho 1985

Publicação trimestral da
Subsecretaria de Edições Técnicas
do Senado Federal

Fundadores:

Senador AURO DE MOURA ANDRADE
Presidente do Senado Federal
(1961—1967)

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

Direção:

LEYLA CASTELLO BRANCO RANGEL

Chefe de Redação:

PEDRO HELVÉCIO BOMTEMPO

Chefe de Diagramação e Revisão:

SANTYNO MENDES DOS SANTOS

Capa de GAETANO RÉ

Composição e Impressão:

Centro Gráfico do Senado Federal

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

R. Inf. legisl.	Brasília	a. 22	n. 86	abr./jun. 1985
-----------------	----------	-------	-------	----------------

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

Preço deste exemplar: Cr\$ 12.000
Encomendas à Subsecretaria de Edições Técnicas

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

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

v. trimestral

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

Diretores: 1964- Leyla Castello Branco Rangel

ISSN 0034-835X

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



CDD 340.05

CDU 34(05)

SUMÁRIO

Pág.

HOMENAGEM

Presidente Tancredo Neves	5
---------------------------------	---

COLABORAÇÃO

Legitimidade do poder — <i>José Alfredo de Oliveira Baracho</i>	13
Democracia e legitimidade: representação política e paradigma dogmático — <i>Celso Campilongo</i>	29
Poder constituinte e poder de revisão constitucional — O controle da constitucionalidade da emenda constitucional — <i>Therezinha Lucia Ferreira Cunha</i>	41
Legislativo brasileiro na Nova República — <i>Rosinethe Monteiro Soares</i>	77
Legalidade e legitimidade. O Executivo como legislador — <i>José Eduardo Faria</i>	93
A expansão do poder no Estado Social — Aspectos. Idéias para contê-la — <i>Silvio Dobrowolski</i>	105
Do Estado na arbitragem privada — <i>José Carlos de Magalhães</i>	125
A inconstitucionalidade da nomeação do Governador do Distrito Federal sem a audiência prévia do Senado — <i>Mirtô Fraga</i>	139
Código Penal de 1984 — Antecedentes. Ideologia. Princípios. Orientação. Finalidade — <i>Luiz Vicente Cernicchiaro</i>	147
Necessidade de uma nova ordem internacional-nacional da Justiça Criminal — <i>Manuel López-Rey</i>	205
Presos estrangeiros — preocupação da ONU — <i>Armida Bergamini Miotto</i>	213
Responsabilidade criminal e civil pelos ilícitos da era nuclear — <i>Lincoln Magalhães da Rocha</i>	235
Nuevas tendencias en la atención de los menores en situación irregular: la realidad chilena — <i>Julio Peña Nuñez</i>	255
Extensão do conceito de bem público para efeito de controle financeiro interno e externo — <i>Geraldo Ataliba</i>	283
Questões sobre a empresa pública no Brasil — <i>José Reinaldo de Lima Lopes</i>	301
Relações de consumo — <i>Luiz Amaral</i>	313
Das funções econômicas dos mercados a termo e do Projeto de Código Civil — <i>Arnoldo Wald e Nelson Eizirik</i>	323

	<i>Pág.</i>
Novas técnicas de comunicação no âmbito universitário e seus reflexos na comunidade — <i>Carlos Alberto Bittar</i>	331
Do conceito kelseniano de sanção civil e suas implicações — <i>Sebastião Machado Filho</i>	343
Reflexões sobre o conceito de pessoa jurídica em Kelsen — <i>Maria Helena Ferreira da Câmara</i>	349
 PESQUISA	
A primeira Constituição brasileira — <i>Sara Ramos de Figueirêdo</i>	361
 PUBLICAÇÕES	
Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas	437



Presidente Tancredo Neves

TANCREDO DE
ALMEIDA NEVES
(4-3-1910 — 21-4-1985)

O Brasil de todos os quadrantes prestou ao Presidente Tancredo de Almeida Neves, eleito pelo Colégio Eleitoral a 15 de janeiro de 1985, a mais autêntica homenagem que brasileiro algum jamais houvera recebido.

Não poderia, contudo, a Revista de Informação Legislativa furtar-se ao dever nem declinar da honra de gravar em suas páginas, numa expressão de reverência, a memória do homem cuja perda ensejou o momento único de união absoluta vivido pela História da Nação, em que cento e trinta milhões de corações fundiram-se num só coração para sofrer a mesma dor.

Esta homenagem não se reportará aos fatos da trajetória política do Presidente morto, iniciada na Câmara Municipal de São João del-Rei, em 1935, e consumada em 1985, no Instituto do Coração, em São Paulo, por coincidência, na data do sacrifício de Tiradentes.

Nada há que a Imprensa falada e escrita, nos dias e semanas seguintes à imolação do Fundador da Nova República, não tenha pesquisado e transmitido sobre o Vereador da Câmara Municipal de São João del-Rei (1935); o Deputado estadual por Minas Gerais (1947); o Deputado federal eleito para diversas Legislaturas a partir de 1951; o Ministro da Justiça do Governo Vargas (1953);

o candidato ao Governo de Minas derrotado por Magalhães Pinto (1960); o primeiro Chefe do Gabinete do regime parlamentarista (1961); o Senador (1978); o Governador de Minas Gerais (1982); o Presidente eleito do Brasil (1985).

Por isso, ao invés da reprodução dos fatos da ascendente carreira política de Tancredo Neves, a Revista lhe lembrará as virtudes. Mesmo porque, através delas é que melhor se pode chegar ao homem público, conhecê-lo e admirá-lo. Registrará também alguns aspectos do fenômeno da multiforme consagração popular de que foi alvo o líder, a partir de meses antes e em seguida à morte.

Os traços definitivos da rica personalidade do Presidente eleito, desde cedo, se deixaram antever. Os contemporâneos e velhos amigos de infância não se cansam de evocar a imagem travessa do menino alegre; do irrequieto companheiro das "peladas"; do compenetrado e fervoroso coroinha da missa das quintas-feiras; do tocador de flauta da Orquestra Ribeiro Bastos; do sineirinho — o melhor no repique dos sinos de São João del-Rei. E já, a essa altura, menino de paz, inimigo das desavenças, conciliador das divergências entre os colegas de escola, entre os parceiros de folgedos.

A tendência oratória, o aluno da escola primária escolhido para recitar poesias e fazer discursos nas festas escolares, já a revelaria no cabal desempenho das missões recebidas.

O futuro "artista" da ribalta política estaria, quem sabe, despontando no "galã" da peça "Levada da Breca", comédia de Abadia Farias Rosa, apresentada no teatro da cidade natal.

No seresteiro dos bons tempos da Universidade — afável, alegre, comunicativo, bem humorado — podia-se prever o temperamento jovial da idade madura, tranqüilo e equilibrado, sem os constrangedores altos e baixos das explosões incontidas.

O talento, demonstrou-o o advogado que angariou sólida reputação nos Municípios do Oeste de Minas, quando a decretação do Estado Novo o afastaria temporariamente da política.

A retidão foi marca registrada da vida inteira: distinguiu o jovem estudante de direito da antiga Universidade de Minas Gerais; o bacharel formado em 1932 — que deixou a Promotoria de Justiça de São João del-Rei, por não ter vocação para acusar; o advogado competente cujo critério no desempenho da profissão lhe valeria mais tarde, na política, o apoio dos senhores das terras da região; o político que não transigiu para beneficiar-se; o homem que morreu pobre, ao cabo de cinquenta anos de vida pública, porque não se deixou vencer às conhecidas e sedutoras facilidades do poder, responsáveis pelos cabedais de tantos, pela migração do dinheiro de todos para os cofres particulares de tão poucos!

O político Tancredo Neves, muito especialmente, constituiu-se na integração das invejáveis qualidades do ilustre filho de São João del-Rei.

A força de persuasão acionada em função da concórdia é sublinhada como a chave mágica que lhe abriu, praticamente, todas as portas e lhe valeu o sucesso nas mais árduas empresas.

Sem dúvida, o conciliador, de que, segundo ele próprio, só se lembravam nas horas difíceis, revelou-se em Tancredo Neves como a característica inconfundível e levou-o a harmonizar os contrastes e possibilitar o impossível.

Foi sob a influência dessa habilidade que, em 1961, o Vice-Presidente João Goulart, ante a renúncia do Presidente Jânio Quadros e a recusa dos militares no sentido de empossá-lo na Presidência da República, aderiu à idéia da implantação do regime parlamentarista — a única saída encontrada para o impasse.

A tática do conciliador, então elevado à chefia do Gabinete do novo regime, ensejou, inclusive, uma convivência harmônica entre os integrantes da cúpula governamental, a despeito da linha de conduta por que se orientavam os então Ministros militares.

Visando à formação do Partido Popular, o conciliador conciliou-se com o adversário maior — Magalhães Pinto — que o derrotara na campanha eleitoral de 1960 para o Governo de Minas.

O Tancredo “never” do trocadilho usado pelo Presidente João Figueiredo, para significar a sua não-receptividade à candidatura presidencial do mineiro de São João del-Rei, diluiu-se aos poucos, sob essa persistente força de coesão, e o candidato Tancredo Neves acabou por obter, pública e notoriamente, a aceitação do último Presidente da Velha República.

Em tantas outras oportunidades, revelou-se o artífice, até coroar a obra de toda a vida, com a tecedura em filigranas do arcabouço da Nova República.

Mas, nem só do pão da conciliação alimentou-se a vitoriosa carreira política de Tancredo Neves.

Sob a maleabilidade e o pragmatismo que tantos sucessos lhe garantiram no manuseio do tear político, estavam os princípios que lhe nortearam a ação.

“Sou pragmático e conciliador na ação — dizia Tancredo Neves —, mas, ao mesmo tempo, inflexível em matéria de princípios. Sempre que você transige em princípios, ganha num episódio, mas, apenas num episódio. Perde em substância e permanentemente.”

A firmeza de princípios nunca o deixou perder em substância.

A lealdade o manteve fiel a Getúlio Vargas, cuja morte chorou, à beira da sepultura do Presidente; e a João Goulart, a quem acompanhou até o embarque para o exílio, entre os poucos que o fizeram.

O golpe de 1964 não logrou seduzi-lo, como o fez a vários correligionários seus. Antes, incentivou-o a manter-se fiel aos compromissos anteriormente assumidos. Por isso mesmo, contrariou a decisão do PSD a que então era filiado e negou-se, terminantemente, a votar no primeiro Presidente do regime militar — Marechal Castello Branco.

Sobre a oposição ao regime forte, diria em março de 1984, ao receber da Associação Brasileira de Propaganda o título de "Personalidade do Ano":

"Ainda que o Movimento de 1964 houvesse transformado nossa Pátria em um paraíso, eu não me arrependeria de lhe ter feito oposição. Para meu ideário político, o valor absoluto da vida é a liberdade. O paraíso, se estiver cercado, será sempre o inferno."

O culto à liberdade, que figurou no plano mais alto da escala de valores de Tancredo Neves, determinou-lhe a aversão às ditaduras:

"O processo ditatorial" — dizia ele —, "o processo autoritário traz consigo o germe da corrupção. O que existe de ruim no processo autoritário é que ele começa desfigurando as instituições e acaba desfigurando o caráter do cidadão."

Em consequência, fez Tancredo maciça e ininterrupta oposição ao comunismo. Por outro lado e, ainda por princípio, colocou-se ao lado dos comunistas sempre que estes foram objeto de torturas.

O político conciliador teve, na retaguarda, infalivelmente, o homem: inteligente, alegre, afável, polido, discreto, equilibrado e sobretudo honesto.

Talvez em razão do equilíbrio, da retidão e da simplicidade não haja tomado a fama de assalto. Veio vindo aos poucos, de vagar, como um regato que não tem pressa de chegar ao mar.

A despeito dos altos cargos e das missões de vulto desempenhados, apesar da correção e do alto espírito público aliado a uma prodigiosa inteligência e a uma habilidade política inexecdível, a presença de Tancredo Neves se fazia sentir, é certo, mas no âmbito de sua atuação: Minas Gerais, o Congresso Nacional, os amigos, os correligionários o tinham no devido conceito. A consagração apoteótica veio no final. Essa consagração é que tomou de assalto

a vida de Tancredo Neves e fez de sua morte um acontecimento inolvidável. Foi como se o turbilhão do mar tivesse vindo ao encontro da mansidão do regato.

Em janeiro de 1984, a campanha em torno da Emenda Dante de Oliveira, que visava ao restabelecimento, no País, das eleições diretas para a Presidência da República, congregou toda a Nação.

Tancredo Neves, então Governador de Minas Gerais, aderiu ao movimento, a despeito de já prever a inviabilidade da aprovação da Emenda, e conquistou as multidões a partir do primeiro comício das diretas na Praça da Sé, em São Paulo, a 25 de janeiro de 1984.

Do fundo do poço, sufocado pela desesperança, o povo diviso no tradicional homem público de Minas Gerais, que lhe fazia coro nas reivindicações em favor de um Brasil livre e de uma vida melhor, o líder de que há tanto tempo carecia.

Sepultada a esperança da aprovação da Emenda pelo Congresso Nacional, seguiram-se a acirrada luta, as marchas e contra-marchas na arena política que resultaram, afinal, nas candidaturas à Presidência da República do Deputado Paulo Maluf, pela situação, e de Tancredo de Almeida Neves, pela oposição.

O Governador de Minas Gerais, no pleno exercício do mandato governamental, deixava o alto cargo para lançar-se à dura campanha pela Presidência.

São do discurso de despedida do Governo mineiro as palavras de fé, que sugeriam a vigília cívica em favor da liberdade:

“As alvoradas da liberdade não surgem como um acontecimento natural. As manhãs da liberdade se fazem com a vigília corajosa dos homens que exorcisam com sua fé os fantasmas da tirania.”

Na campanha presidencial a alma do povo desatou-se nas ruas e nas praças públicas, gritando “Tancredo já” slogan que substituiu o brado “Diretas, já”, dos comícios pelas diretas. Fechara-se uma porta. Sofregamente, as massas se precipitavam em direção a outra. As multidões fizeram do candidato o porto seguro, a derradeira esperança de cada um.

Os comícios da campanha atingiram às raias do delírio cívico.

Entre um comício e outro o candidato da oposição discursava em reuniões diversas. No Espírito Santo, a 15 de novembro de 1984, durante o Congresso da União Interparlamentar, Tancredo Neves dirigiu-se à Nação brasileira e conclamou-a a unir-se coesa para a criação da “Nova República”.

A 15 de janeiro de 1985, o Colégio Eleitoral constituído por 686 membros — parlamentares e delegados estaduais —, reunido em Brasília, deu a Tancredo Neves a vitória de 480 votos contra 180 recebidos pelo Deputado Paulo Maluf.

Foi a apoteose: o entusiasmo da campanha presidencial transformou-se no riso, nas lágrimas, no canto de todo um povo que arreventava em irrefreável explosão de alegria.

No primeiro discurso, na qualidade de Presidente eleito do Brasil, em nome da conciliação, Tancredo declarava:

“Venho para realizar urgentes e corajosas mudanças políticas, sociais e econômicas indispensáveis ao bem-estar do povo.”

Propunha-se, “em nome da conciliação”, num paradoxo que tão-somente ele poderia formular, “implodir” uma estrutura para levantar outra.

O destino interpôs-se entre o autor e a obra planejada.

O País alvoraçado para as festas da posse a 15 de março, a 14, recebeu estarrecido a notícia de que às 22 horas e 20 minutos, Tancredo baixara ao Hospital de Base de Brasília, para submeter-se a uma intervenção cirúrgica no abdômen.

A difícil elaboração do arcabouço estrutural da Nova República, a estafante campanha presidencial, a visita-re'âmpago, em pleno inverno, à Europa, aos Estados Unidos e à América Latina — cerca de quarenta horas de avião cntremeadas de encontros com a cúpula da liderança mundial: toda essa maratona, aliada à idade do Presidente (75 anos) e ao problema abdominal preexistente e já agravado à falta de cuidados, desencadeou o processo que o levaria à morte, após sete amargas intervenções cirúrgicas e trinta e nove dias de sofrimento atroz.

O fenômeno constatado nos comícios pelas “Diretas” e na campanha pela Presidência, da coesão de todo um povo em torno de uma só bandeira e de um só homem, diversificou-se na aglutinação de novos componentes: a grande frustração coletiva, a angústia da incerteza do restabelecimento do Presidente, as esperanças por um fio, a terrível expectativa de altos e baixos.

A Nação aflita postou-se humildemente de joelhos, primeiro diante do Hospital de Base de Brasília, depois às portas do Instituto do Coração em São Paulo. Ali, em vigília perene, congregaram-se no pranto e na oração as raças, os credos, as idades, as diferentes camadas sociais.

Os brasileiros passaram a esperar do Alto a recuperação do detentor de suas esperanças. Uma aura de misticismo envolveu a Nação e o suspense, a espera do milagre mergulhou-a em transe. Em transe permaneceu até as 22 horas e 20 minutos do dia 21 de abril.

O progressivo agravamento da enfermidade não amenizou o choque da notícia da morte do Presidente. Nunca dor alguma foi tão unânime.

Morto Tancredo Neves, a Nação, em prantos, carregou-o espiritualmente, nos braços, do Instituto do Coração em São Paulo à cidade natal.

Multidões sem precedentes, na Capital paulista, em Brasília, em Belo Horizonte, em São João del-Rei acompanharam-lhe a viagem derradeira e velaram-lhe o corpo, na maior demonstração, agora, de fé cívica jamais presenciada no País.

Em São João del-Rei, no Cemitério de São Francisco — o Santo Padroeiro — depositaram os restos mortais; à História confiaram a memória do brasileiro, que através de renhida luta incruenta, selada com o sacrifício cruento da própria vida, uniu a Nação, passou o poder aos civis, após vinte anos de governo militar, fundou a Nova República.

Resta à Nação aguardar a germinação da boa semente lançada pelo idealismo de Tancredo Neves. Praza a Deus, haja caído o grão em terra fértil e que, no mínimo, frutifiquem as palavras da peroração do Discurso Testamento — discurso de posse do Presidente eleito — lido pelo Presidente José Sarney a 17 de março, ainda no exercício interino da Presidência:

“Senhores Ministros,

Este Ministério terá sobre seus ombros a tarefa de implementar as transformações econômicas, políticas e sociais que constituíram nossa plataforma eleitoral, e que respondem aos mais legítimos anseios da sociedade brasileira.

Nesta mesa se reflete uma característica essencial da Nova República: a unidade do Governo expressada em pluralidade partidária ampla e ponderável.

Juntos assumimos hoje, perante a Nação, o solene compromisso com a democracia e a Justiça. Juntos nos comprometemos a pautar-nos pela seriedade na administração da coisa pública, pela devoção ao serviço do País, pelo respeito ao cidadão e pela firme determinação de preservar os altos valores da nacionalidade.

Dignidade e austeridade são regras essenciais, que devem presidir o exercício da democracia, e que nos conduzirão ao atendimento das reivindicações impostergáveis de um povo que é digno e austero.

Se não bastasse o imperativo ético, não faltaria uma razão política maior a ditar essa postura; é que estou convencido de que a austeridade no governo será fator decisivo para o êxito do grande projeto de transição para o regime constitucional democrático...”

(Texto de ANA VALDEREZ DE
ALENCAR — Subsecretaria de Edi-
ções Técnicas.)

Legitimidade do poder

JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO

Professor Titular da Faculdade de Direito
da Universidade Federal de Minas Gerais

As análises em torno da natureza do poder sugerem inúmeras reflexões, sobre a sua importância na definição das estruturas políticas. Delas decorrem o que BERTRAND DE JOUVENEL denomina de luta entre o poder e a liberdade individual, rivais que disputam o espaço político. Os tipos diferentes de liberdade-resistência e liberdade-participação são definidos pela possibilidade que tem o cidadão de participar nos órgãos do poder político e contribuir, de maneira efetiva, na tomada de suas decisões.

O crescimento indiscriminado do poder é um fenômeno geral que afeta a todas as sociedades, qualquer que seja o regime político. Esse desdobramento do poder ocorre em diferentes formas políticas com o prodigioso avanço do Estado, a proliferação burocrática, o triunfo da autoridade central sobre os entes locais e o crescimento das formas de dominação econômica.

A sociedade moderna apresenta o espetáculo de uma imensa organização estatal, que decorreu do surgimento das formas de elaboração do poder. Esse tomou novas perspectivas com a doutrina da limitação do poder. MONTESQUIEU demonstrou a necessidade da existência dos contrapoderes quando observou:

“É uma experiência eterna que todo o homem que tem poder vê-se impulsionado a abusar do mesmo, chegando até onde encontrar uma barreira. As circunstâncias e a superficialidade reduzem todo o princípio da limitação do poder ao sistema formal da separação de poderes” (1).

Convém tomarmos algumas referências à noção de poder, para que possamos examinar as características de sua legitimidade. BURDEAU define o poder como uma força a serviço de uma idéia. É uma força nascida da vontade social preponderante, destinada a conduzir

(1) JOUVENEL, Bertrand. *El Poder*. Trad. de J. DE ELZABURU. 2.ª ed., Madrid, Editora Nacional, 1974, p. 364.

a comunidade a uma ordem social que considera benéfica e capaz de impor aos seus integrantes o comportamento necessário para tanto.

Nesta definição se destacam dois elementos. Força e idéia se interpenetram estreitamente. Parece-nos, portanto, que ela apresenta uma idéia exata da realidade. Se aquilo que pretendemos, como efeito, é isolar o duradouro no fenômeno do poder, enquanto se sucedem as figuras que exercem seus atributos, veremos que o poder é menos a força exterior que se coloca a serviço de uma idéia, do que a potência mesma de tal idéia⁽²⁾.

A noção de poder leva-nos à compreensão de seu relacionamento com a ordem jurídica, que por sua vez conduz à dicotomia poder e direito. O poder procede da representação de uma ordem social desejável. Esta ordem é acatada pelo grupo, de tal sorte que ele aceite a disciplina indispensável à sua realização.

O direito é instrumento de uma política que se efetiva através do poder:

“Com efeito, nada mais central para quem está preocupado com a ação do que o poder, e nada mais pertinente, no campo da filosofia do direito, enquanto objeto de investigação, do inter-relacionamento entre a serenidade do pensamento e a tensão da vontade, voltada para a ação, do que as contradições e ambigüidades que caracterizam as relações entre direito e poder na experiência jurídica”⁽³⁾.

É nesse sentido que não devemos eliminar do direito o conceito de poder, reduzindo-o a uma categoria jurídica pura:

“o poder, por mais que se queira evitar esta conclusão, marca sempre um momento de livre escolha, de **interferência decisiva** no processo de positivação do direito em geral e de um direito em particular”⁽⁴⁾.

A relação entre direito e poder é tema imprescindível na reflexão jurídico-política, quando o direito passa a ser instrumento de governo e de realização do exercício do poder.

É a correlação entre direito e poder que leva à legitimidade do poder e à justiça da norma.

Como atributo essencial da definição das estruturas políticas, o poder é um fenômeno complexo e multiforme.

(2) BURDEAU, Georges. *Méthode de la Science Politique*. Paris, Dalloz, 1959, pp. 188/189.

(3) LAFER, Celso. “Direito e poder na reflexão de Miguel Reale”. *Revista do Serviço Público*. Fundação Centro de Formação do Servidor Público, a. 39, v. 110, n.º 1, jan./mar. 1982, p. 35.

(4) REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 3.ª ed., SP, Martins, 1972, p. 100.

DUGUIT realça que o poder público tem como fim realizar o direito. Sua legitimação ocorre quando é exercido de conformidade com o direito⁽⁵⁾.

Entende o publicista francês que, constituído o poder político, as ordens desse poder só serão legítimas se estiverem de conformidade com o direito. O emprego da coação material por parte do poder não é legítimo, senão quando destinado a assegurar a sanção prevista pelo direito. Ninguém tem o direito de mandar nos outros. Os atos dos governantes só podem impor aos governados, desde que estejam de conformidade com o direito. Desta indagação surge outra: qual é o fim do Estado, ou melhor, do poder político? O poder político tem como finalidade realizar o direito.

Outras indagações surgem dessa conclusão. Que é o direito? Qual o direito consagrado que se torna respeitável e acatável? Qual o conteúdo desse direito? O direito é apenas o conjunto ou resultado das regras de conduta estabelecidas pela autoridade competente?

É a legitimidade que vem dar embasamento a esse direito proclamado ou definido. Dela é que decorre a legalidade. As teorias do poder político podem ser sintetizadas em dois tipos essenciais: aquelas que se fundam sobre um poder de fato, proveniente da tradição ou comando atual constrangedor e absoluto e o que está assentado no direito, isto é, sobre a escolha expressa ou tácita de toda a comunidade nacional. Esta tem o direito de participar na elaboração dos contornos do poder, suas limitações, controles, enfim, de sua legitimidade. A autoridade política não é uma simples força, deve observar condições como:

1ª) as que decorrem de sua origem e de sua titularidade legal. A legitimidade provém da escolha e do consentimento do grupo social, que aceita ou reconhece aqueles que exercem o poder e as formas institucionais sob as quais o mesmo é praticado. Supõe, sempre, as formas de controle e a aprovação final;

2ª) deve representar todos os segmentos da sociedade, dessa condição decorre a autenticidade.

O tema da legitimidade do poder é visto como um problema político e uma questão jurídica, que leva também às incursões acerca do princípio da legitimidade da resistência⁽⁶⁾.

(5) DUGUIT, León. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris, 1921, t. I, pp. 518/519.

(6) PARODI, Dominique. *Le Problème Politique et la Démocratie*. Paris, Presses Universitaires de France, 1945, pp. 5 e ss.; BRASIL, Francisco de Souza. *O Poder — Sua Legitimidade*. *Revista de Ciência Política*. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, vol. 7, n.º 3, jul./set. 1973, pp. 65 e ss.; ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Instituições Políticas*. SP, Editora Atlas, 1982, pp. 107 e ss.; *Conceito Político e Jurídico de Legitimidade*. Mesa-Redonda do Instituto de Direito Público e Ciência Política da Fundação Getúlio Vargas. *Revista de Ciência Política*. V. 22, n.º 2, abr./jun. 1979, pp. 47 e ss.

Em trabalho clássico, **Legalität und Legitimität**, publicado em 1932, CARL SCHMITT refere-se à neutralidade axiológica do princípio do sistema funcionalista da legalidade. Esse pronunciamento permite incursões sobre determinados sistemas que são consagrados sob uma pretensa legalidade:

“Assim, conclui que o “positivismo jurídico, com seu ponto de vista de que “antes de tudo se hão de cumprir as leis”, deixou inermes os juristas alemães em face das leis de conteúdo arbitrário e injusto”. Segundo esta concepção, o fundamento das normas jurídicas residiria no fato de dispor-se da força necessária para impor a sua vigência. Mas o poder de impor a observância de uma norma pode talvez servir para fundar um “ter que” (müssen), jamais um “dever” (sollen) ou um valor (gelten). “Na verdade, toda a norma jurídica contém um valor, independente de seu conteúdo, pois sua simples existência enseja ao menos a segurança jurídica. Mas esta não é nem o único, nem o valor decisivo que cumpre ao direito realizar. Junto a ela há outros dois valores que são a conveniência e a justiça.”

Ademais, se é impossível estabelecer-se de maneira precisa uma linha divisória entre as leis que não exprimem o direito — casos de “arbitrariedade legal” — e aquelas que, apesar de seu conteúdo injusto, conservam a validade, uma outra delimitação pode ser feita de modo preciso: “quando não se pretende de nenhum modo realizar a justiça, uma vez que a igualdade, que constitui seu núcleo, é conscientemente deixada de lado na formulação do direito positivo, as normas assim elaboradas não constituem apenas um direito injusto, mas carecem da própria natureza jurídica” (7).

MAX WEBER elaborou uma classificação dos poderes, cuja legitimidade surge de três fontes diferentes:

a) legitimidade tradicional, que se baseia na tradição, própria das sociedades conservadoras. Suas instituições derivam da força do hábito e da obediência;

b) legitimidade carismática, que surge do atrativo especial que o titular do poder exerce sobre os governados. Vários são os líderes carismáticos para essa forma de efetivação do poder. Essa legitimidade pode surgir com caráter irracional, mas pouco consistente;

c) legitimidade racional funda-se em idéias, valores, considerações de meios e fins. Procura sustentar-se em uma ideologia coerente

(7) AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Limites e Justificação do Poder do Estado*. Petrópolis, Vozes, 1979, pp. 188/189; SCHMITT, Carl. *Legalidad y Legitimidad*. Trad. de JOSE DIAS GARCIA. Madrid, Aguilar, 1971.

que explica por que deve exercer o poder sobre os demais. Para esse tipo de legitimidade, o poder retira sua validade de normas que regulam sua aquisição, exercício e limitações. A fonte do poder explica-se pela razão (8).

A justificação do exercício do poder pelo Estado está na legitimidade geral de todo o exercício de suas formas de atuação.

A legitimidade é um conceito paralelo ao de legalidade, mas não tem o mesmo conteúdo e a mesma justificação. A legitimidade de uma instituição não corresponde à sua conformidade com a legalidade posta.

A legitimidade é um conceito essencial do direito, mas torna-se imprescindível a definição de sua natureza. O legalismo na ciência jurídica teve sua apoteose na codificação. Esta representou o seu maior triunfo. O Código expressava o máximo das condições formais de racionalidade e logicidade que a lei continha. Impunha-se ao jurista o excesso do legalismo, por via do puramente exegético (9).

A fé na legitimação imanente da legalidade tornou-se insustentável, quando foram propostos novos argumentos para a sua justificação.

O poder do Estado é legítimo quando é aceito pelos destinatários das normas jurídicas.

A legitimidade encarrega-se de promover a justificação material-racional do poder estatal. NIKLAS LUHMANN, em seu estudo **Legitimação mediante Procedimento**, mostra como o procedimento judicial, legislativo e eleitoral contribuem, essencialmente, para a legitimidade do poder estatal (10).

Esses procedimentos devem ser encarados como substanciais à teoria da legitimidade do poder. Essa não pode desconhecer como fator essencial a representatividade, que garante a estabilidade e sustentação do regime político pelo consenso social, através dos instrumentos típicos da representação política: os partidos políticos.

A eficiência social é o fator adicional à legitimidade política. Tem como pressuposto a capacidade do Estado em equacionar as questões econômicas e sociais, com o objetivo de possibilitar a todos os segmentos da sociedade oportunidades iguais de participação na riqueza socialmente produzida.

(8) WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. México, FCE, 1964, tomo I, pp. 172 e ss.

(9) LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Humanismo, Estado y Derecho*. Barcelona, Bosch, 1960, pp. 87 e ss.

(10) KRIELE, Martin. *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos Históricos de la Legitimidad del Estado Constitucional Democrático*. Trad. de EUGENIO BULYGIN. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1980, pp. 13 e ss.

O poder político adquire sua legitimidade mediante a aceitação geral expressa, através do consentimento. Tem ele necessidade de credibilidade, através da participação e fiscalização dos governados.

O desenvolvimento da consciência política da comunidade torna mais exigível a procura da legitimidade, em todas as formas de institucionalização do regime. Dentro dessa perspectiva, DABIN acentua que nenhum governo se faz respeitar apenas pelo prestígio da força. Materialmente forte ou débil, o governo está condenado à impotência quando não goza da adesão da maioria dos governados. O fundamento do exercício do poder legítimo encontra o seu apoio na obediência espontânea. Esta ocorre quando, por meio da representação, que se realiza de maneira regular e periódica, se articulam os interesses e as opiniões da comunidade. Desses mecanismos decorre o fundamento da legitimação do poder por meio de substituições legítimas.

A natureza e as características essenciais do poder não podem fugir à sua justificação e legitimação, isto é, à qualificação axiológica de sua origem e de sua tramitação. A justificação do poder político é complementada pelo princípio da **legitimidade** e pelo fenômeno da **legitimação**. Um refere-se ao modo de **transmissão do poder** e outro ao **exercício atual do próprio poder**. O poder é legítimo quando a sua origem não é espúria, nem resultante da usurpação. Sua constituição e transmissão ocorrem de conformidade com a lei consentida e aceita pelos destinatários da ordem jurídica. O poder de fato, cuja origem não é legítima, não se ajusta às leis discutidas, aceitas e consentidas, é resultante de um golpe.

A doutrina do poder político, sua natureza, origem, estrutura e funcionamento, em um regime de direito devem ter apoio na sua legitimidade ⁽¹¹⁾.

O conceito de legitimidade, como escreve NORBERTO BOBBIO, é um tema clássico da teoria política. Lembra que após MAX WEBER, a única obra que conhecia, dando tratamento ao problema da legitimidade como tema central da teoria política, foi a de GUGLIELMO FERRERO, publicada na França em 1945 (**Pouvoir. Les Génies Invisibles de la Cité**. Paris, Plon, 1945).

A definição de legitimidade interessa à teoria geral da política e à teoria geral do direito, mais especificamente à teoria do poder.

(11) BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique*. Tomo II. L'État. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949, pp. 170 e ss.; ORLANDI, Hector Rodolfo. *Ciencia Política. Teoría de la Política*. Buenos Aires, Plus Ultra, 1975, pp. 47 e ss.; AGESTA, Luís Sanchez. *Principios de Teoría Política*. 3.ª ed., Madrid, Editora Nacional, 1970, pp. 252 e ss.; URIBE, Héctor González. *Teoría Política*. México, Editorial Porrúa, 1972, p. 365; DABIN, Jean. *Doctrina General del Estado. Elementos de Filosofía Política*. Trad. de HÉCTOR GONZÁLEZ URIBE e JESÚS TORAL MORENO. México, Editorial Jus, 1946, p. 74.

O princípio da legitimidade é um conceito fundamental da teoria geral da política, do ponto de vista da teoria geral do direito.

BOBBIO entende que a **legitimidade**, como a **legalidade**, é um atributo do poder. O primeiro problema de uma teoria da legitimidade é a distinção entre esses dois termos. Na linguagem dos juristas são adotados como sinônimos e estão a indicar a conformidade com que a lei estabelece. Ao criticar o uso promíscuo, considera **legitimidade** e **legalidade** como termos que indicam dois requisitos diversos do poder: a **legitimidade** é o **requisito da titularidade**, ao passo que a **legalidade** é o **atributo do exercício do poder**.

O poder é legítimo quando aquele que o detém o recebeu por justo título. A legalidade decorre de que vem sendo exercido com base na lei que o criou. O poder legítimo é um poder cuja titulação é justa, ao passo que o legal configura-se pelo justo exercício. A legitimidade é a perspectiva que destaca o titular do poder. A legalidade está ligada ao governado:

“Mi pare superfluo avvertire che la distinzione tra legittimità del titolo e legalità dell’esercizio corrisponde alla tradizionale differenza tra due forme di tirannia: **tyrannia absque titulo**, e **tyrania quoad exercitium**” (12).

A distinção entre a regularidade do título e a regularidade do exercício é encontrada em todo o ordenamento jurídico: leis, atos administrativos, decisões judiciais, até o ato de poder negocial pode ser impugnado e invalidado como ilegítimo ou ilegal seja pela falta de título ou pelo defeito ou excesso no seu exercício. Essas reflexões levam a certas conclusões:

a) das considerações desses dois requisitos, como necessários, mas não suficientes, deriva a teoria de que um poder, para ser justo, deve ser legítimo no que diz respeito ao título e legal no que tange ao seu exercício;

b) das considerações dos dois requisitos, como suficientes, mas não necessários, deriva a teoria de que um poder pode ser legítimo sem ser legal, ou legal sem ser legítimo.

Discute-se se um poder é legítimo, apenas pelo fato de ser legal, conclusão que corresponderia à teoria do Estado de direito. É criticável o entendimento de que para a teoria do Estado de direito não é necessário que o poder seja legítimo, basta que ocorra seu exercício legal, de conformidade com as previsões estabelecidas em lei.

(12) BOBBIO, Norberto. *Studi per una Teoria Generale del Diritto*. Torino, G. Giappichelli-Editore, 1970, pp. 83 e ss.

Surge daí que a teoria geral do poder encontra a teoria geral da norma jurídica, que distingue os dois requisitos fundamentais da norma jurídica: justiça e validade:

“Rispetto alla teoria del potere, legittimità e legalità hanno la stessa funzione che giustizia e validità rispetto alla teoria della norma. I termini sono scambiabili. Come la giustizia è la legittimazione della norma, così, al contrario, la validità è la sua legalità; come la legittimazione è la giustizia del potere, la legalità é, al contrario, la sua validità. Allo stesso modo che un potere può essere legittimo, così una norma può essere giusta senza essere valida, e valida senza essere giusta” (13).

BOBBIO dá relevo a duas teorias:

— A teoria segundo a qual uma norma, para ser válida, deve ser justa; a validade decorre do fato de ser justa (teoria do direito natural, em sua expressão mais radical);

— a teoria oposta, pela qual a norma pode ser válida sem ser justa; é justa pelo simples fato de ser válida (teoria do positivismo jurídico, considerada em sua expressão mais radical).

Tomando os dois requisitos do poder e da norma, BOBBIO explica:

1) a legalidade do poder pressupõe a validade da norma através da qual o poder é exercido: a validade da norma torna possível o juízo sobre a legalidade ou ilegalidade de um poder;

2) a validade da norma pressupõe a legitimidade do poder: norma válida é aquela que emana de um poder legítimo;

3) a legitimidade do poder pressupõe a justiça da norma emanada daquele poder: poder legítimo é, em última instância, aquele emanado sobretudo de norma justa (14).

Por esse entendimento, a legalidade leva à validade, a validade à legitimidade, a legitimidade à justiça.

O problema da justificação do poder e da justificação da norma não são apartados, desde que aceitemos o poder e a norma como as duas faces de uma medalha. O poder nasce da norma e produz a norma, ao mesmo tempo que a norma nasce do poder e produz outro poder.

Como terceiro atributo do poder, bem como da legitimidade e da legalidade, está a **efetividade**. A efetividade decorre do poder; a **eficácia** da norma.

(13) BOBBIO, Norberto. *Studi per una Teoria Generale del Diritto*, ob. cit., pp. 84/85.

(14) BOBBIO, Norberto. *Studi per una Teoria Generale del Diritto*, ob. cit., p. 85; STRAUSS, Leo. *Droit Naturel et Histoire*. Trad. de MONIQUE NATHAN e ERIC DE DAMPIERRE. Paris, Librairie Plon, 1964.

A efetividade de um poder, como prova de sua legitimidade, surge através das principais teorias da justificação do poder:

- 1 — o poder deriva de Deus (*vox populi vox Dei*);
- 2 — o poder deriva do consenso;
- 3 — o poder deriva de uma tradição ou de uma prescrição histórica. A tradição manifesta-se na obediência contínua;
- 4 — a teoria realística do poder, segundo a qual o fundamento do poder é a força.

Os três caracteres da norma jurídica — **justiça, validade e eficácia**, apesar de apresentarem suas particularidades, não se confundem, mas concorrem para a formação da noção do que é direito ⁽¹⁵⁾.

Para PASSERIN D'ENTRÈVES, também, as palavras "legalidade" e "legitimidade" não tiveram, na linguagem jurídica corrente, um significado claramente definido e diferenciado. Legal e legítimo são utilizados, indiferentemente, para indicar a maneira de atividade do Estado, de conformidade com as regras particulares do sistema jurídico ou as diretivas gerais estabelecidas pela Constituição. Crê, em sua exposição, que o vocábulo "legitimidade" é uma denominação que é utilizada para descrever, em termos gerais, as condições de **validade** do poder, seu "título" para dar as ordens e para exigir obediência daqueles que se encontram na obrigação de obedecer. Nesse sentido, a legitimidade pressupõe a legalidade, isto é, a existência de um sistema jurídico e de um poder, estabelecendo as ordens, de conformidade com as regras estabelecidas. Ela fornece igualmente a justificação da legalidade, conferindo ao poder a confirmação de sua autoridade. É uma qualificação ulterior, acrescentada à força que exerce o Estado em nome da lei.

O problema das relações entre legalidade e legitimidade, ao longo dos tempos, é considerado como uma das questões de base, relativas ao Estado. A importância da legalidade não ocorre apenas para os estudos de teoria jurídica, mas para o exame do Estado. O princípio da legalidade está ligado às concepções modernas de Estado. A própria noção de sistema constitucional decorre do reconhecimento da necessidade da luta contra o governo arbitrário e a necessidade de definir a ação do Estado dentro de limites legais precisos. A antiga idéia da primazia do direito transforma-se em prática institucional. Dessa orientação decorrem dispositivos especiais que estabelecem uma justiça administrativa, a revisão judiciária, com a finalidade de proteger a legalidade contra os abusos, não apenas do Poder Executivo,

(15) BOBBIO, Norberto. *Studi per una Teoria Generale del Diritto*, ob. cit.; *idem*, *Teoria della Norma Giuridica*. Torino, G. Giappichelli-Editore, 1952; *idem*, *Qual Socialismo? Debate sobre uma Alternativa*. RJ, Paz e Terra, 1983; LEVI, Alessandro. *Teoria Generale del Diritto*. Padova, CEDAM, 1950; BOBBIO, Norberto. *La Teoria delle Forme di Governo nella Storia del Pensiero Politico*. Torino, G. Giappichelli-Editore, 1978.

mas, também, do Legislativo. Essa idéia de legalidade é o fundamento do Estado, inspirando as fórmulas **Government under Law**, **Stato di diritto**, **Rechtsstaat**, admitidas, por muitos, como a melhor expressão do Estado moderno, do que ele pretende ser ou a razão pela qual suas determinações são aceitas como legítimas.

Com razão indaga PASSERIN D'ENTRÈVES que espécie de legitimação oferece a legalidade. A legalidade é aí considerada como inerente à noção de poder, como força exercida de conformidade com o direito ou em seu nome.

Esse publicista propõe a “qualidade jurídica” da lei, o aspecto substantivo e não somente formal da legalidade. Legitimidade e legalidade identificam-se, apenas, na medida que a legalidade, ela própria, é uma afirmação de valores. A noção de **Rechtsstaat** ou de “Estado de Direito” não pode ser deliberadamente deformada para justificar as formas de tirania as mais perversas, com prejuízo do conteúdo de valor, que apenas este, justificaria a identificação de legalidade à legitimidade. A “neutralidade ética”, aceita como condição do trabalho científico, desde que toda referência aos valores e ao “conteúdo” foram declarados supérfluos, para a compreensão do direito e mesmo incompatível com uma interpretação correta, a única justificação de todo sistema jurídico consistiria em definir sua **efetividade**, isto é, sua própria existência positiva. A questão da legitimidade passou por transformação essencial. O princípio da efetividade tornou-se a **nova regra da legitimidade**. Passou-se a distinguir entre uma legitimação jurídica do poder e uma legitimação moral. A legitimação moral para certos juristas, os positivistas ortodoxos, é considerada como uma questão ideológica, ou mesmo de opinião pessoal. A legitimação jurídica, apenas ela, é levada em conta para os teóricos do direito: pouco importa que o princípio coercivo da ordem jurídica esteja em uma “norma de base” ou em uma “instituição”. Duas escolas despontam desses segmentos: o “normativismo” e o “institucionalismo”.

O “princípio da legitimidade”, para KELSEN, constitui a validade de um certo sistema de normas, determinado unicamente pelo sistema ao qual elas estão ligadas.

A procura de uma base legítima para o poder não é uma indagação apenas acadêmica, destituída de sentido. É a enquête fundamental da filosofia política (16).

Convém distinguir o “poder legítimo”, do “poder formal”, sendo que este pode apenas esgotar-se através de seu estabelecimento, sem

(16) D'ENTRÈVES, Alexandre Passerin. *La Notion de l'État*. Trad. de JEAN R. WEILAND. Paris, Éditions Sirey, 1969, pp. 177 e ss.; *idem*, *La Dottrina dello Stato. Elementi di Analisi e di Interpretazioni*. 2.^a ed., Torino, G. Giappichelli-Editore, 1967, pp. 203 e ss.; KELSEN, Hans. Trad. de EDUARDO GARCÍA MAYNEZ. *Teoría General del Derecho y del Estado*. México, Im-

(continua)

justificação e legitimidade. A definição jurídica do poder decorre da análise de sua fonte. As noções tradicionais de legitimidade, assentadas na **vontade de Deus**, na **eleição ou no processo de escolha**, na **herança do sangue** ou na **cooptação** pretendem dar reconhecimento de sua legitimidade, isto é, são “legítimos”, pelo que possuem o **direito de governar**.

As explicações da legitimidade nem sempre correspondem a todo o conteúdo que o vocábulo deve conter. Algumas perdem-se nos critérios formais, outras são substancialmente incompletas. As bases que justificam a legitimidade devem partir dos destinatários, de suas aspirações, de sua existência concreta, do homem situado.

O direito de governar pressupõe uma base “legal-racional” de legitimidade, como nos fala WEBER, que decorre de procedimentos de escolha ou das eleições. Essas pressupõem um tipo de lei básica ou de Constituição.

DOLF STERNBERGER, em trabalho publicado na **International Encyclopedia of the Social Sciences**, vol. IX, desenvolveu uma exposição que reconhece que a legitimidade é a fundamentação de um poder governamental que é exercido tanto com a consciência por parte do governo, de que ele tem o direito de governar, quanto com um certo reconhecimento desse direito por parte dos governados.

Como qualificação do poder, a legitimidade dá-lhe razões convincentes, pelo que os ocupantes desse poder são olhados como tendo o direito à posição de governantes. O governante legítimo terá maior capacidade de enfrentar os desafios políticos.

O princípio democrático, acolhido nas Constituições, deve exprimir a identificação do povo como sujeito do poder. A democracia pode identificar-se com a participação consensual do povo em regime de liberdade e igualdade na formação dos órgãos do poder e no exercício de suas funções. É nesse sentido que a concepção democrática contrapõe-se à autocrática. Esta configura-se pela “auto-investidura” no poder, mediante a utilização de métodos unilaterais de acesso.

(continuação da nota 16)

prensa Universitária, 1949; *idem*, **Teoría General del Estado**. Trad. de LUIS LEGAZ LACAMBERA; México, *idem*, **Théorie Pure du Droit. Introduction a la Science du Droit**. Trad. de HENRI THEVENAZ; Editions de la Baconnière, Neuchâtel, 1953; *idem*, **A Justiça e o Direito Natural**. Trad. de JOÃO BAPTISTA MACHADO. Arménio Armado — Editor, Sucessor, Coimbra, 1979, 2.^a ed.; EBENSTEIN, William. **La Teoría Pura del Derecho**. Trad. de J. MALAGON e A. PEREÑA. Fondo de Cultura Económica, México, 1947; VILANOVA, Lourival. **Fundamentos do Estado de Direito**, *Revista de Direito Público*, SP, Editora Revista dos Tribunais, n.º 43-44, jul./dez., 1977, p. 29; MIAILLE, Michel. **L'État du Droit. Introduction à une Critique du Droit Constitutionnel**. François Maspero, Presses Universitaires de Grenoble, 1978.

O consentimento faz parte do caráter constitutivo e da base do poder, tanto no momento de sua **assunção**, como no do **exercício**, quando opera de maneira democrática. As autocracias têm a força como caráter constitutivo. Estabelecem a base do poder e seu exercício dentro desses padrões.

Após reconhecer que a noção de legitimidade é um dos elementos fundamentais do poder, DUVERGER propõe explicações em torno das ideologias da legitimidade.

A legitimidade, como qualidade que apresenta o poder, torna-se válida desde que assuma a imagem de poder aceita por uma certa sociedade. As ideologias decorrentes da legitimidade refletem o interesse daqueles que as desenvolvem e aceitam. Diversos sistemas de legitimidade se opõem, daí que nenhum governo é considerado como legítimo por todo o mundo. O poder pode ser tido como legítimo por uma parte da população e ilegítimo para outras parcelas da sociedade. Existe uma legitimidade democrática, uma legitimidade liberal, uma legitimidade socialista ou uma legitimidade comunista⁽¹⁷⁾. Todas elas procuram a sua justificação, explicando as formas de exercício do poder que consagram.

Como método político de governo e de exercício do poder, a democracia apresenta modalidades diferentes que procuram esclarecer a sua própria legitimidade.

Na elaboração da teoria democrática, são apontados dois elementos essenciais: a vontade política do povo, detentor do poder e seu exercício, através da sua participação na organização da estrutura estatal, de modo que seus interesses sejam respeitados.

A legitimidade do poder não se esgota na simples consagração de elementos exteriores e formais. Os direitos e as liberdades democráticas, institucionalizados por via da democracia clássica, são insuficientes para uma plena legitimidade do poder. Essa insuficiência tem gerado várias críticas à democracia formal. Os níveis econômicos e de bem-estar determinam a consciência política. A democracia formal não é uma democracia real, nem consegue dar autenticidade à legitimidade do poder. A democracia econômica é precisamente o exercício do poder econômico pelo povo, isto é, pela maioria. A democracia política atende apenas a um dos aspectos inerentes à legitimidade do poder. A democracia econômica deve levar à autogestão dos bens. Os mecanismos da democracia política são insuficientes para assegurar uma democracia econômica total. A utilização dos mecanismos da democracia política poderá levar à uma democratização do poder estatal e sua legitimação, através de mudanças sociais e econômicas. A democratização real e sobretudo econômica faz surgir novos direitos e liberdades em benefício do indivíduo e que não

(17) DUVERGER, Maurice. *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. 5ª ed. espanhola, Barcelona. Ediciones Ariel, 1970, pp. 29/30.

eram atendidos pela democracia formal. Esses direitos e liberdades não se situam apenas no plano puramente político, concernentes unicamente à organização do poder e ao direito de voto, mas devem efetivar-se nos domínios econômicos, sociais e culturais. Esses direitos permitem ao povo a aquisição de um poder econômico e cultural, condição indispensável para o desenvolvimento de uma verdadeira democracia, para que surja um homem mais completo e mais livre.

O verdadeiro fundamento da democracia real é a democratização econômica. A democracia econômica necessita de um sistema de poder econômico no qual o povo trabalhador tenha direção e participação. Nas autocracias econômicas esse poder está com uma minoria, a classe dirigente minoritária (18).

A legitimação do poder atinge certas características nos diversos regimes políticos. Necessita que sua efetivação decorra de certos padrões essenciais. A democracia política aponta algumas de suas características, se bem que não atendam a uma democracia real:

a) a consagração dos direitos fundamentais do homem, como idéia básica para a organização do poder legítimo;

b) a comunidade política deve ser a frente autêntica, originária e legítima de todo poder;

c) a legitimação do poder completa-se pela sua limitação e controle, que se efetiva através de sua divisão e distribuição, sem que esses mecanismos sejam instrumentos do individualismo político e econômico;

d) o princípio da legalidade não pode sobrepor-se ao da legitimidade;

e) os instrumentos da estabilidade democrática não podem estar à disposição de minorias oligárquicas.

A legitimidade do poder ocorre quando este tem o objetivo de estabelecer uma sociedade democrática. As expressões do poder político, suas formas constitucionais, suas maneiras de organização, fixam as modalidades de participação política.

Quanto mais ampla e completa é a participação política e econômica, mais legítima é a atuação do poder. As formas de participação traduzem a intervenção e o controle do cidadão no domínio especializado dos assuntos públicos. A participação não se limita apenas à participação eleitoral. Essa é a forma mais elementar de participação.

(18) LUKIC, Radomir. *Théorie de l'État et du Droit*. Trad. de MARC GJIDARA. Paris, Dalloz, 1974, pp. 234 e ss.; FRIEDRICH, Carl J. *La Democracia como Forma Política y como Forma de Vida*. Trad. de SANTIAGO MARTINEZ HABA e G. WASSERZIEHR DE MARTINEZ. 2.^a ed., Madrid, Tecnos, 1966. Ob. cit., pp. 40 e ss.

A estrutura de poder fixa as modalidades, os sujeitos e níveis de participação, que vão dar legitimidade ao regime político:

a) **sujeitos da participação:** o indivíduo e os grupos;

b) **participação política institucionalizada e informal:** as eleições (através do corpo eleitoral), pelos sistemas eleitorais; participação por meio de instituições políticas da democracia semidireta (iniciativa, referendun, plebiscito, etc); Partidos Políticos; sindicatos; grupos de interesses e grupos de pressão;

c) **níveis de maior ou menor participação:** participação direta na elaboração das decisões; participação coletiva organizada ⁽¹⁹⁾.

As expressões do poder político, isto é, suas formas constitucionais, materializam-se através de sua organização. A forma que assume, democrática e autoritária, é que lhe dará legitimidade ou não.

A vida política assenta-se em dois elementos essenciais: os governantes que exercem as funções governamentais, e os governados, que executam o controle dessas atividades.

A participação política varia nos diferentes regimes, ao mesmo tempo que se apresenta sob múltiplas formas ⁽¹⁹⁾.

É necessário que o governo seja legítimo. Para tal é preciso que sua atuação política, econômica e social seja aceita pela totalidade dos governados, destinatários últimos da ordem política e jurídica. A legitimidade governamental implica na coincidência e aprovação da política feita pelos governantes, de acordo com a vontade dos governados. Esse comportamento propicia o ajustamento dos requisitos da legalidade do governante e de sua legitimidade. Um governo legal, em sua origem, pode tornar-se ilegítimo, desde que sua política não coincida mais com a opinião pública ⁽²⁰⁾.

A legitimidade de um governo que decorre de sua origem e exercício do poder, ao lado de sua legalidade devem estar intimamente relacionadas. Um governo que pratica política contrária às aspirações dos governados perde sua efetividade, condição da legitimidade ⁽²¹⁾.

Apesar das distinções entre legitimidade e legalidade, não são poucos os autores que aceitam a sinonímia dos dois conceitos. CHARLES CADOUX, ao tratar do **princípio da legalidade**, conclui:

“É um princípio não escrito mas fundamental que legitima a autoridade dos governantes. Contribui para a estabilidade das instituições e permite que cada um conheça seus direitos e deveres.

(19) BADIA, Juan Ferrando. *Democracia frente a Autocracia. Hacia una Democracia Económica, Social y Política*. Madrid, Tecnos, 1980, pp. 175 e ss.

(20) BADIA, Juan Ferrando. *La vida política democrática: sus factores*. *Revista de Estudios Sociales*, N.º 7, jan./abr. 1973, pp. 61 e ss.; FARIA, José Eduardo. *Poder e Legitimidade*. Editora Perspectiva S/A, 1978; CANOTILLO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 2.ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1980, pp. 134-135.

O tema da legitimidade do poder é examinado há bastante tempo, mas permite ainda diversas interpretações. Ao tratar do significado do que denomina “princípio da legalidade”, sem descartar da legitimidade, CADOUX o esquematiza como: todos os atos jurídicos cometidos pelo Estado por suas pessoas físicas e morais, que devem estar de conformidade com o direito positivo em suas variadas fontes, principalmente tendo em vista a Constituição. É uma garantia essencial para os governados e realiza o Estado de direito.

Respeitar o princípio da legalidade é, pois, de acordo com esse entendimento, acatar a hierarquia dos atos cuja pirâmide constitui o direito positivo.

Esse mesmo princípio é encontrado nos Estados marxistas sob a denominação de **legalidade socialista**. Mesmo os regimes de exceção, temporária ou indefinida, procuram justificar-se através de uma **legalidade constitucional de crise** (22).

A legitimidade democrática teve assento no modelo liberal, transformado na base do sistema oficial de determinados valores políticos, na maior parte dos Estados contemporâneos, mesmo quando alguns deles foram submetidos a regimes autoritários. A consagração desses princípios democráticos contribuiu para a elaboração da teoria da legitimidade do poder. Mas novas concepções políticas, que refletiram sobre a própria definição da organização estatal, não deixaram de realizar profundas influências na definição da legitimidade do poder. Não decorre ela apenas nas maneiras de estruturação do poder e seus limites.

Expressões como “democracia governada” e “democracia governante”; “democracia participada” e “democracia participante”; “sistema representativo” e “sistema participativo” revelam as novas tendências sobre as transformações do Estado contemporâneo, com reflexos na definição do que se entende por legitimidade do poder.

O sistema político dos Estados ocidentais, no regime liberal democrático, expressa-se através do poder político que recebe sua legitimação do corpo eleitoral. Esse dado e outros promovem a estruturação da democracia política (23).

- (21) FABRE, Michel-Henry. **Principes Républicains de Droit Constitutionnel**. 2.^a ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1970, p. 13.
- (22) CADOUX, Charles. **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques. Théorie Générale des Institutions Politiques**. Paris, Cujas, 1980, pp. 142/143.
- (23) DUVERGER, Maurice. **Institutions Politiques et Droit Constitutionnel. 1 — Les Grands Systèmes Politiques**. 13.^a ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1973, pp. 62 e ss.; LECHNER Norbert. Principio de legalidad y participación popular. **Boletín Informativo de Ciencia Política**. Madrid, n.os 11-12, dezembro de 1972, abril de 1973, pp. 35 e ss.

A proporção que surgem novos entendimentos sobre a conexão entre sistema econômico e sistema político, são necessárias novas perspectivas e métodos para a teoria constitucional:

“Los valores básicos a los que debía servir el Estado de Derecho liberal burgués, a través de su orden jurídico, eran los derechos individuales y, más específicamente, la libertad individual, la igualdad, la propiedad privada, la seguridad jurídica y la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal. Tal criterio coincidía con el sistema de las concepciones políticas y de los intereses de los grupos y estratos dominantes, de manera que la dimensión axiológica de la legitimidad se correspondía con su dimensión sociológica, es decir, había una adecuación entre la idea válida del derecho y los intereses de los estratos que, dadas las condiciones históricas, estaban en condiciones de establecer el derecho.

El Estado social no niega estos valores, pero les da un nuevo significado y los complementa con otros criterios axiológico-políticos. En realidad, ninguno de los valores antes mencionados há tenido una significación unívoca y permanente a lo largo de la historia, sino, todo lo mas, una coincidencia en una idea básica susceptible de distintas configuraciones” (24).

A legitimidade do poder decorre não apenas da consagração dos mecanismos institucionais da democracia clássica, mas do reconhecimento de direitos econômicos e sociais que tornam possível a participação política e econômica nos bens e oportunidades que a sociedade deve oferecer.

A autenticidade e garantia dessa legitimidade dependem, também, de instrumentos processuais internos, dirigidos à proteção dos direitos humanos. As instituições tutelares desses direitos devem ser ampliadas através da consolidação de uma jurisdição constitucional que possa impedir todos os momentos que maculam a legitimidade do poder. Esses instrumentos tutelares dos direitos fundamentais da pessoa humana devem conter todas as formas de atuação ilegítima do poder (25).

(24) GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*. 2.ª ed., Madrid, Alianza Editorial, 1980, p. 55; ZAMPETTI, Pier Luigi. *La Participación Popular en el Poder*. Madrid, EPESA, 1977, p. 19; FORSTHOFF, Ernst. *Stato di diritto in trasformazione*. Milano, Giuffrè, 1973; CONDE, Enrique Alvarez. *El Régimen Político Español*. Madrid, Tecnos 1983, p. 35; HAMON, Léo. *Obra coletiva. Mort des dictatures?* Paris, Économica, 1982.

(25) FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Los Tribunales Constitucionales y los Derechos Humanos*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1980.

Democracia e legitimidade: representação política e paradigma dogmático

CELSO CAMPILONGO

Advogado em São Paulo e professor-colaborador do Programa Especial de Treinamento patrocinado pela CAPES em convênio com o Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

“A prática sem a ciência é como o navegador que se lança ao mar sem bússola. Navegar, sem dúvida, ele irá. Entretanto, sem saber em que sentido e em que direção.”

LEONARDO DA VINCI

Democracia e legitimidade, ou seja, os mecanismos de articulação do consenso, encontram-se em crise. Isso, hoje, parece lugar comum. Entretanto, ao nível da ciência do direito, as fórmulas de distribuição de poder e autoridade resistem com rigor e energia a todas as investidas teóricas que questionem os postulados jurídico-filosóficos herdados do liberalismo dos séculos XVIII e XIX. O que conduz a esta situação? Por que razão, apesar de todo o desenvolvimento da teoria social no século XX, o direito insiste em pensar o mundo e a si próprio como se fossem um grande fórum? Numa palavra: por que a dogmática jurídica não abre mão de categorias analíticas visivelmente defasadas em relação à evolução do conhecimento como um todo?

A partir desse conjunto de indagações é possível estabelecer um liame entre, de um lado, democracia e legitimidade, e, de outro, dogmática jurídica. A ligação destes pólos, para os limites do presente trabalho, far-se-á em torno do conceito de representação política. Numa visão estritamente liberal da democracia, a noção de representatividade das instituições é fundamental. Se, na sua origem, o conceito clássico de representação estava vinculado à idéia de “governo representativo”, no curso da história tal eixo deslocou-se para a imagem de “democracia representativa”. Desta forma, no pensamento liberal, democracia e representação tornaram-se praticamente sinônimos.

Por outro lado, toda elaboração doutrinária da ciência do direito foi profundamente marcada pela concepção de Estado do liberalismo. Nas palavras de E. PUCEIRO, “a proposta teórica e metodológica da dogmática jurídica é inseparável do modelo exposto — a teoria liberal do Estado — e, particularmente, da solução da questão da legitimidade” (1). A validade do ordenamento jurídico, em última instância, nessa concepção, é legitimada pela vontade geral da teoria democrática. Soberania popular, primado do Parlamento, sufrágio universal e processo eleitoral desempenham a função — teórica, prática e retórica — de legitimação social e política. Evidentemente, não se pode fazer uma abstração das condições históricas e sociais em que esta teoria foi gerada — o que foge ao âmbito deste estudo — porém, é desnecessário lembrar que a recepção automatizada deste patrimônio cultural, fora do seu contexto originário, funciona como agente conservador das investigações científicas e desencorajador das iniciativas mais ousadas ou criativas a respeito do direito.

Em outras palavras, limitar o debate sobre a correlação desses temas — democracia, legitimidade e direito — a um referencial dogmático e afastado da realidade da sociedade industrial significa abortar as perspectivas de uma abordagem apta a estabelecer parâmetros analíticos adequados à observação de um mundo marcado por clivagens e complexidades crescentes. Mais ainda: a relativa harmonia da política dos “honoratíores” e do mundo dos “cavalheiros” do século XVIII foi, definitivamente, rompida pela abrupta irrupção das classes trabalhadoras na arena política. Os parlamentos, na medida em que passam a abrigar a conflituosidade da sociedade de classes, perdem tanto a confiança dos grupos proprietários quanto a funcionalidade antes desempenhada no processo de legitimação das decisões políticas (2). Estas alterações políticas e econômicas decorrentes da expansão da cidadania ao proletariado produziram verdadeira ruptura dos mecanismos clássicos tanto de obtenção de consenso quanto de racionalização política e normativa, o que entreabre, de maneira nítida, a “necessidade de estratégias teóricas e metodológicas que superem os limites da versão dogmática da ciência do direito” (3).

(1) ENRIQUE ZULETA PUCEIRO. *Teoría Jurídica y Crisis de legitimación. Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, nº 2, 1982, p. 300.

(2) Ver, nesse sentido, FERNANDO RUIVO. *Aparelho Judicial, Estado e Legitimação. Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra, nº 6, 1981, p. 138. Ver, ainda, FRANZ NEUMANN. *Estado Democrático e Estado Autoritário*. Rio de Janeiro, Zahar, 1969, p. 49; e MAX WEBER. *Economía y Sociedad*. México, Fondo de Cultura Económica, 1981, pp. 238-239.

(3) PUCEIRO, *op. cit.*, p. 290.

A partir daqui, passa a fazer sentido a frase de DA VINCI inserida no início do trabalho. A dogmática jurídica vive um dilema angustiante entre a “prática” e a “ciência”. De um lado, deve fazer frente aos problemas de controle social, garantia e segurança das expectativas, promoção do desenvolvimento, integração e estabilidade social, ou seja, questões marcadamente práticas. De outro, reclama por uma reformulação conceitual que lhe dê flexibilidade suficiente para deter a gradativa perda da função do direito. O positivismo jurídico é, atualmente, a “bússola” que comanda o jurista na constelação da complexidade social. Entretanto, se no século XVI a bússola representava um padrão de cientificidade habilitado a ditar o “sentido” e a “direção” da navegação, no século XX a dogmática jurídica pode ser encarada como um instrumento sem indicadores — uma “bússola” sem agulha e imprópria para traçar os roteiros que a “prática” da sociedade industrial exige percorrer. “Prática” e “ciência” estão divorciadas. Um paradigma científico esvaiu-se — o da dogmática jurídica — e seu sucedâneo ainda não se delineou. A questão é saber como dar “sentido” e “direção” a uma “prática” e uma “ciência” jurídicas — e, conseqüentemente, a uma teoria da democracia — teimosamente avessas aos experimentalismos e aos desafios da práxis.

Para a investigação jurídica é provável que MONTESQUIEU tenha sido o principal formulador da doutrina da representação. O *Espírito das Leis*, além da clássica argumentação sobre a divisão dos Poderes, desenvolve, de modo sintético mas preciso, os princípios basilares da representação. No Livro Segundo, Capítulo II, do *Espírito das Leis*, MONTESQUIEU escreve:

“O povo é admirável para escolher aqueles a quem deve confiar parte de sua autoridade . . . Entretanto, saberá o povo dirigir um negócio, conhecer os lugares, as ocasiões, os momentos e aproveitá-los? Não: não saberá . . . o povo, que possui suficiente capacidade para julgar da gestão dos outros, não está apto para governar a si próprio” (4).

MONTESQUIEU era claro: o povo sabe escolher, mas não sabe governar. E, por não saber governar, deve escolher quem o faça. Por trás disso estão três elementos importantíssimos para a análise política e jurídica: a eleição, o sufrágio e a representação. O povo fala através de seus representantes, o que leva MONTESQUIEU ao arremate: “é ainda uma lei fundamental da democracia que só o povo institua leis” (5). Essa, segundo RAYMOND ARON (6), é a essência da política, ou seja, as decisões devem ser tomadas para a coletivi-

(4) MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo, Abril, 1973, p. 40.

(5) MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 41.

(6) Cf. FARIA, *op. cit.*, p. 169.

dade, por meio de seus representantes, e não *pela* coletividade diretamente. A soberania popular de ROUSSEAU também é, nesta mecânica, sutilmente substituída pela soberania nacional de SIEYÈS. A fórmula aristocrática perpetua-se sem que a “teoria pura da democracia” de ROUSSEAU seja totalmente descartada. E ARON conclui o raciocínio dizendo ser “absurdo comparar os regimes democráticos modernos com a idéia irrealizável de um regime em que o povo se governasse a si próprio; trata-se de comparar os regimes de fato aos regimes possíveis” (7).

Independentemente das alternativas que a democracia representativa possa ter (8), e das críticas que tem recebido, “a discussão sobre os princípios que devem governar um regime democrático — e, por extensão, legitimar seu ordenamento jurídico — poderia ser realizada pela afirmação de que cada povo tem a democracia que merece ou que é capaz de forjar” (9). Assim, os antigos tiveram democracia mas não tiveram representação. O século XIX conheceu a representação mas não conheceu a democracia. Quais serão as perspectivas para o futuro: não teremos nem democracia nem representação? (10)

Na medida em que a crescente complexidade social desgosta as técnicas tradicionais de obtenção do consenso, o tema da representação política, como critério de legitimidade, volta à ordem do dia dos problemas que a ciência do direito deve enfrentar. De um lado, podem ser arrolados os temas ligados à mudança do papel do Estado. De outro, devem ser captados os efeitos dessa transfiguração do Estado “neutro” em Estado interventor sobre a ciência do direito como um todo e sobre a produção normativa em particular.

(7) A colaboração de ARON está em *Démocratie et Totalitarisme*. Historicamente talvez seja possível uma identificação entre a idéia de governo e a noção de elite. Governo sempre foi controle da minoria sobre a maioria. Porém, “esta identificação da verdade com o que, de momento, é praticável” (ver, a respeito, A. GIDDENS. *Capitalismo e Moderna Teoria Social*. Lisboa, Presença, 1984, p. 196) não leva em consideração os alertas weberianos, para os fatos de que, entre a verdade factual e a verdade ética medeia um abismo lógico enorme, e, além disso, que, por mais adiantado que seja o conhecimento empírico, nunca é possível a escolha de uma ética em relação a outra. Desta maneira, assumir a “essência” da política da maneira que faz ARON pode conduzir a uma aversão pretensamente empírica, mas faticamente conservadora, aos mecanismos receptivos a uma participação política mais intensa e menos aristocrática.

(8) Especialmente sobre o tema das “alternativas”, ver o hoje clássico ensaio de NORBERTO BOBBIO, *Quais alternativas à democracia representativa?* in *Qual Socialismo*, Rio de Janeiro, 1982. BOBBIO demonstra não haver modelo algum capaz de substituir a representação, mas não descarta a possibilidade de compatibilização da democracia representativa com técnicas de democracia direta que corrijam alguns dos vícios do modelo indireto.

(9) JOSÉ EDUARDO FARIA, *op. cit.*, p. 125.

(10) Cf. MANUEL FRAGA IRABARNE, *Legitimidad y Representación*. Barcelona. Grijalbo, 1973, p. 208.

A articulação desses dois aspectos da vida social — Estado interventor e ordem jurídica — com a noção de representação política não pode ser compreendida em termos tradicionais. Os padrões da “ciência normal” concedem um determinado *status* de cientificidade a um conjunto de investigações, metodologias e temáticas que formam, para retomar a terminologia cunhada por T. KUHN, um “saber paradigmático”. Todos os problemas são restringidos, selecionados e reduzidos a um grupo de questões que podem ser facilmente controlados segundo procedimentos retóricos preestabelecidos. Alguns pressupostos são tomados como absolutamente inquestionáveis e, a partir deles, a ciência constrói seu discurso teórico. O discurso científico acaba por estabelecer, paradoxalmente, uma situação monológica — isto é, um consenso generalizado a respeito de teorias, objetos do saber e áreas de concentração de interesse — que transfere para um segundo plano, ridicularizado e taxado de não-científico, o discurso alternativo. Resumindo, um paradigma científico pode ser identificado a partir do momento em que é capaz de gerar um amplo consenso dentro da comunidade da qual ele surge.

A dogmática jurídica, segundo PUCEIRO⁽¹¹⁾, é um exemplo clássico de paradigma científico. Partindo desta premissa, duas dúvidas podem ser recolocadas. A primeira diz respeito aos motivos pelos quais a ciência do direito mantém uma postura crítica e avessa ao aprofundamento das abordagens multidisciplinares; por que resiste às inovações? A segunda indaga sobre as dificuldades que o positivismo jurídico enfrenta — especialmente ao nível do direito constitucional — para lidar com a noção de representação política.

Preliminarmente, respondendo à primeira indagação, cumpre diferenciar dois aspectos da dogmática jurídica⁽¹²⁾. Um aspecto afirmativo, que diz respeito ao esforço “combinatório e compositivo” levado a cabo pelo conjunto de sistematizações da teoria do direito; e, de outra parte, um aspecto negativo, que exclui da investigação tudo aquilo capaz de problematizar os axiomas do pensamento jurídico “normal”. Destes dois aspectos, ainda segundo PUCEIRO, o afirmativo desempenha um papel irrelevante e apenas auxiliar para as construções da ciência jurídica.

“Como saber de autoridade, a ciência jurídica reproduz em sua estrutura interna as exigências próprias de sua função na sociedade. Sua dimensão essencialmente prática, dirigida ao controle social, à integração dos conflitos ou à distribuição de autoridade, se reflete internamente no fortalecimento da função autoritária de seu paradigma e matrizes disciplinares. Os resultados da ciência

(11) PUCEIRO, *op. cit.*, p. 293.

(12) PUCEIRO, *op. cit.*, pp. 294-295.

jurídica são, além de produtos da comunidade científica, instâncias portadoras de uma pretensão vinculatoria em relação à comunidade política.”

O consenso em torno de um paradigma é, portanto, intelectual, histórico e, principalmente, político. Enquanto o aspecto afirmativo da dogmática limita-se aos padrões do paradigma prevalecente, o aspecto negativo exclui do âmbito da ciência “normal” as abordagens que adensem uma avaliação das relações entre direito e estruturas sociais. Esta exclusão decorre da arrogância do positivismo normativo em julgar a norma — o texto da lei —, o único objeto plausível de ser cientificamente estudado pelo jurista. Isto nos conduz à primeira das duas indagações: por que a ciência jurídica é avessa à crítica, à inovação e à investigação multidisciplinar?

O direito regula fórmulas de distribuição de poder e autoridade. Nas palavras de PUCEIRO, o que define a ciência do direito é “sua primazia hegemônica no sistema de regras e definições estipulativas a partir das quais se podem pensar as realidades sociais. Isto explica a pretensão exclusivista do paradigma dogmático e suas resistências aos processos de mudanças internas e externas (13)”. Uma sociedade possui várias estruturas de autoridades. Porém, a teoria positivista supõe a completude hermética do ordenamento jurídico, o que reduz todas as estruturas de autoridade possíveis a uma só: a prescrita em lei. A realidade social é construída pelas normas, e estas, segundo os paradigmas científicos da dogmática, são moldadas pela vontade dos representantes do povo. A crítica e a inovação, dentro de um sistema completo e sem contradições como o ordenamento normativo, são vistas como disfuncionais à estrutura de distribuição de autoridade.

O paradigma dogmático libera o jurista do fardo de discutir questões que ultrapassem a descrição “neutra” da ordem positivada. Como diz RIPERT (14), “todo e qualquer juízo demasiadamente livre sobre o fundamento das leis se afigura perigoso aos que detêm o poder político. Considera-se indesejável que os encarregados de interpretar, explicar o direito, saibam demasiado e digam como e por quem é feita a lei. Aos soberanos agradam mais os legistas que os juristas”. Desta maneira, os conflitos sociais e a efetiva distribuição de poderes ficam diluídos numa espécie de “senso comum teórico” do saber jurídico, que pouco ou nada diz sobre a função social da dogmática.

Podemos, agora, passar à segunda pergunta: por que o positivismo jurídico enfrenta dificuldades em lidar com a noção de repre-

(13) PUCEIRO, *op. cit.*, p. 297.

(14) GEORGES RIPERT. *O Regimen Democrático e o Direito Civil Moderno*. São Paulo, Saraiva, 1937, pp. 12-13.

sentação política? Ora, as relações entre direito e política estão no centro de qualquer análise que se queira fazer da cultura jurídica. A representação política tem sido, tradicionalmente, o instrumento constitucional de ligação entre a política e o direito. Os constitucionalistas, independentemente do fato de sempre apontarem os pontos “tangenciais” entre as ordens jurídica e política, ciosos da especificidade do direito, tendem a explicar e resolver os problemas da sociedade a partir das características formais da organização governamental. É este o paradigma dogmático: construir a realidade a golpes de lei. Deste modo, a representação política é deduzida e estudada a partir do conjunto de regras que a torna realidade jurídica. Nos próximos parágrafos tentaremos demonstrar os limites desse modelo e as dificuldades que ele enfrenta para lidar com uma série de situações novas, legais e extralegais, que alteram continuamente a noção de representação política herdada do século XVIII.

O direito moderno carrega consigo a índole do liberalismo político. G. RIPERT ⁽¹⁵⁾ dizia: “Para isso basta lembrar que o povo exerce um poder soberano por intermédio dos seus representantes eleitos por sufrágio universal, que ele conquistou completamente o poder político e que hoje é o número que faz a lei. Eis o fato. Quanto ao espírito democrático, devemos acrescentar mais alguma coisa: ele assenta sobre a crença de que não há razoavelmente outra forma de governo possível senão o governo democrático, nem praticamente outra forma desejável. Poder-se-á exprimir completamente pela idéia de que só o povo pode fazer a lei e de que a lei é necessariamente boa por ser justamente feita por ele e para ele”.

Portanto, a idéia paradigmática é a de que direito e democracia estabelecem um relacionamento dialético que encontra sua síntese na lei votada pelo parlamento. A representação política legítima a fabricação do direito. O próprio RIPERT ⁽¹⁶⁾, amparado em nomes destacados do positivismo normativista, prossegue na confirmação dessa idéia: “O que aconteceu, pois? Isto, simplesmente: o povo tornou-se rei. Em 1848, o sufrágio universal deu o poder político ao número. É uma época decisiva da nossa história (PLANIOL), o poderio político é deslocado, a direção do Poder Legislativo mudada, os governados tornam-se governantes, os súditos legisladores (KELSEN)... Agora só os representantes do povo têm o direito de fazer as leis.” A referência a RIPERT é duplamente significativa. De um lado, por se tratar de um jurista com “autoridade” científica reconhecida no mundo jurídico. De outro, por representar bem, através dos trechos citados, a maneira como a dogmática passou a encarar os reflexos que as transformações na ordem política, econômica e social tiveram sobre o direito.

(15) RIPERT, *op. cit.*, p. 8.

(16) RIPERT, *op. cit.*, p. 23.

RIPERT⁽¹⁷⁾ chamava a atenção dos civilistas para a influência do fator político na evolução do direito. Criticava os juristas que diziam “não fazer política” e propunha-se a demonstrar que “não podiam deixar de a fazer”. A situação, desde a década de 30, quando RIPERT escreveu o *Regime Democrático*, não mudou muito. Os normativistas insistem em “não fazer política”. O positivismo jurídico, evidentemente, não nega que existam relações íntimas entre, por exemplo, o direito e a política. Entretanto, numa perspectiva puramente dogmática, restringe-se a descrever e explicar as regras jurídicas que operam o intercâmbio entre o direito e a política. O direito limita-se, nesta visão, a constatar uma ou outra norma e analisar seu funcionamento. Nada além. Isto não quer dizer, como salienta MIAILLE⁽¹⁸⁾ “que o jurista nunca venha a dar a sua opinião ou manifestar a sua apreciação sobre o conteúdo do direito que ele estuda ou ensina, mas ao agir assim, ele abandonará o terreno da ciência e entrará no da moral ou da política. A manutenção na ciência jurídica exclui, pois, todo o “deslocamento”. A ciência será positiva no sentido de ser “neutra” no plano político e moral. Por outras palavras, a atitude positivista em direito postula que a descrição e a explicação de regras jurídicas, tal qual são limitadas a si mesmas, representam um proceder “objetivo”, o único digno do estatuto científico”.

A distinção feita por BOBBIO entre a abordagem estrutural e a abordagem funcional do fenômeno jurídico também pode auxiliar na investigação dos limites da análise positivista da representação política. Numa perspectiva estrutural, inerente à tradição normativista do positivismo, o objeto de estudo está concentrado na interpretação da lei, na eliminação das antinomias e na integração das lacunas. Numa perspectiva funcional, a preocupação está dirigida aos processos de formação das regras e às indagações sociológicas, econômicas e políticas sobre as mudanças no papel do Estado⁽¹⁹⁾. Na sociedade contemporânea — marcada pela crescente complexidade ditada pelos conflitos sociais, pela diferenciação funcional e pelo desenvolvimento econômico — o direito não pode ser visto como sistema pronto, acabado, hermético e independente, da maneira que o positivismo normativo o idealiza. Esta rigidez, de um lado, permite a perversão do princípio da legalidade, convertendo o positivismo em arma para o exercício do arbítrio⁽²⁰⁾. De outro lado, não dá importância ao fato de que o Estado utiliza o direito como instrumento de poder.

(17) RIPERT, *op. cit.*, p. 6.

(18) MICHEL MIAILLE. *Uma Introdução Crítica ao Direito*. Lisboa, Moraes, 1979, p. 39.

(19) JOSÉ EDUARDO FARIA. *Eficácia Jurídica e Violência Simbólica*. São Paulo, 1984, p. 201.

(20) FARIA, *op. cit.*, 1984, p. 192.

A partir dessas referências — apoiadas em autores tão díspares entre si como RIPERT, MIAILLE e BOBBIO —, é possível perceber por que o positivismo jurídico é insuficiente para analisar o instituto da representação política. A abordagem estrutural é incapaz de captar todas as transformações verificadas no papel do Estado contemporâneo. E a representação política, como os demais institutos jurídicos, recebe a influência direta destes fatores extrajurídicos que determinam a função social do direito. Tomar a representação política como objeto de estudo jurídico autônomo — ou seja, definir como limites da investigação o conjunto de regras legais que descrevem a constituição e funcionamento dos corpos representativos — significa inviabilizar a análise de fenômenos que alteraram os paradigmas clássicos da ciência do direito.

A título de exemplificação desenvolveremos um conjunto de problemas — todos ligados à transformação do Estado contemporâneo — que, se não exige uma redefinição tanto da teoria do direito quanto da teoria da democracia, coloca sérias dúvidas a respeito da utilização da representação política como critério de legitimidade do ordenamento jurídico. Mais ainda: esses problemas demonstram como os paradigmas do positivismo normativista não fornecem indicadores aplicáveis ao exame das instituições representativas.

Segundo Kelsen⁽²¹⁾, a essência do parlamentarismo é a “formação da vontade normativa do Estado por parte de um órgão colegial eleito pelo povo com base no sufrágio universal e igual, por isso democraticamente, segundo o princípio majoritário”. Encontra-se, aqui, pressupostos não muito diversos daqueles apontados por MONTESQUIEU: representação, sufrágio e eleição. Convém destacar, além disso, três paradigmas inerentes a esta concepção liberal do direito e do Estado: soberania do parlamento, monopólio da representação pelos órgãos eletivos estatais e, subjacentemente a isso, a noção de hierarquia das leis. Veremos, a seguir, como esses paradigmas, a partir do momento em que o Estado assume novos papéis na estrutura econômica e na estrutura de dominação, tornam-se inadequados para explicar a representação política e as técnicas de obtenção do consenso.

Começamos pela soberania do parlamento. A produção normativa, na concepção liberal, é reservada ao “órgão colegial eleito pelo povo”, com diz Kelsen. Contudo, na medida em que as tensões e os conflitos de grupos e classes foram acelerados pela complexidade sócio-econômica, o Estado viu-se na contingência de alargar seus instrumentos de atuação política, passando a regulamentar, organizar, fiscalizar, numa palavra, intervir em todos os aspectos, da vida do cidadão. Este intervencionismo foi acompanhado por um processo paralelo de aumento da produção legislativa com ori-

(21) HANS KELSEN. *Il Primato del Parlamento*. Milano, Giuffrè, 1982, p. 175.

gem no Executivo. O Poder Executivo toma ao Legislativo a "soberania" na produção do direito: regulamentos, portarias, decretos-leis, instruções normativas, enfim, um sem-número de regras jurídicas que passam ao largo do parlamento descaracterizam o princípio da representação política e da soberania do parlamento. O Executivo legislador não é representativo, não é sufragado, nem é eleito.

O segundo dos paradigmas apontados — monopólio da representação — também é contestado pela atuação crescentemente intervencionista do poder estatal. Para criar instituições capazes de viabilizar sua atuação, o Executivo é forçado a ampliar sua complexidade interna. Daí a necessidade de um aparelho burocrático que assuma a função de implementar com eficácia as respostas às múltiplas demandas apresentadas pela sociedade. A intervenção e o planejamento são institucionalizados a partir da formação das organizações burocráticas. Não cabe, nos limites deste trabalho, desenvolver as características dessas organizações burocráticas e apontar suas incompatibilidades com a democracia (22); basta reter que "não se pode encarar o problema da democracia na sociedade industrial sem considerar o aparelho burocrático como parte integrante da organização do poder" (23).

Mas em que os órgãos burocráticos desafiam o monopólio da representação política pelos órgãos eletivos? Ora, a ampliação dos poderes regulamentares do Executivo cria novos centros de decisão política, situados no interior dos círculos burocráticos de negociação e barganha. São eles os "anéis burocráticos" que gravitam em torno das diferentes agências do aparelho estatal. Desta forma, o monopólio da representação, formalmente exercido pelos organismos eletivos, é fragmentado através de um sem-número de organismos políticos articulados de maneira informal ao nível do Executivo. Em termos práticos, essa transferência da representação de interesses do Legislativo para o Executivo pode ser exemplificada pela frase de um empresário nacional de destaque: "Temos obtido, nos contatos diretos com os ministros, muito mais do que poderíamos pelo Congresso" (24).

Esta "representatividade burocrática", alternativa informal do antigo monopólio formal da representação parlamentar, subverte

(22) Ver, a esse respeito, NICOR POULANTZAS (*O Estado, o Poder, o Socialismo*. Rio de Janeiro, Graal, 1981, p. 262), onde se lê: "a burocracia de Estado sempre foi a instituição estatal mais rebelde aos princípios da democracia representativa"; ver, também, NORBERTO BOBBIO, *op. cit.*, p. 59, para quem "a tendência do Estado moderno no sentido da organização burocrática, lei essencialmente antidemocrática do poder", gera um paradoxo da democracia: mais democracia significou até agora mais burocracia.

(23) FARIA, *op. cit.*, 1983, p.109.

(24) JOSÉ EDUARDO FARIA, *Direito, Modernização e Autoritarismo*. São Paulo, 1981, p. 324.

radicalmente os critérios de legitimação legislativa concebidos pelo liberalismo. Além disso, o próprio argumento retórico de justificação dessa transferência dos "loci" de decisão política vale-se de um pressuposto questionável do ponto de vista da democracia como questão dialógica. Os quadros tecnocráticos das burocracias estatais, sob a alegação da racionalidade técnica de suas decisões, são avessos ao diálogo que caracteriza os métodos parlamentares de formação da vontade estatal. Como se fosse possível distinguir as questões técnicas das questões políticas, as elites burocráticas acabam transformando em "técnicas" todas as demandas que chegam ao seu conhecimento. A democracia representativa, acusada de lenta pela "infinidade dos debates", é taxada de incapaz de responder com agilidade à gama de situações controvertidas que as sociedades complexas comportam. Aqui, novamente, desaparece a operacionalidade do paradigma dogmático normativo que concede ao parlamento o monopólio da representação. O que se percebe, contrariando o paradigma positivista, é uma crescente pluralização das instâncias de representação. Estas novas agências representativas — situadas tanto no âmbito dos anéis burocráticos quanto no seio das instituições da sociedade civil dotadas de capacidade de organização e conflito — pela sua natureza informal e, muitas vezes, extra-estatal, passam despercebidas pelos analistas que identificam o instituto jurídico-político da representação com as disposições normativas que a regulam.

Agora é possível, levantados os problemas relativos à soberania do parlamento e ao monopólio da representação política dos colegiados eletivos, indagar a respeito de um terceiro paradigma dogmático normativo: o princípio da hierarquia das leis. O positivismo jurídico concebe o direito como uma ordem completa e livre de contradições, que encontra na Constituição o diploma legal destinado a ocupar o ápice da "pirâmide das leis". Assim, todo sistema normativo é deduzido e hierarquizado a partir da norma fundamental. As instituições estatais representativas têm a função, obedecendo os parâmetros fixados na Constituição, de produzir a ordem jurídica. Mas, diante do quadro delineado nos parágrafos anteriores, onde a soberania do parlamento foi contraposta ao crescente papel legiferante do Estado, e o monopólio da representação pelas instituições eletivas estatais foi fragmentado entre os "anéis burocráticos", cabe a pergunta: a hierarquia das leis e o sistema constitucional como um todo resistem a estas modificações?

Evidentemente que não. Na sociedade complexa são múltiplos os pólos de geração do direito. A produção legislativa do Executivo, para não entrarmos na questão ainda mais controvertida da produção legislativa extra-estatal, assume inúmeras formas no interior do aparelho de Estado. O ordenamento jurídico vai, gradativamente, perdendo a perspectiva formalista e unitária decorrente

das regras inflexíveis da hierarquia das leis. Segundo FARIA (25), “a nova prática legal do Estado intervencionista acaba por admitir a presença de várias cadeias normativas com diversas normas-origem, algumas não só incompatíveis entre si, porém, igualmente, com as próprias diretrizes constitucionais”.

Se a titularidade da iniciativa legislativa é deslocada do parlamento para a pluralidade de agências estatais; se o monopólio da representação eletiva é diluído entre múltiplos “anéis burocráticos” informais de negociação e barganha política; não fica difícil constatar que os pólos de produção do direito também são diversificados, gerando a possibilidade de múltiplas hierarquias normativas paralelas e intercruzadas coexistirem.

Resumindo, vimos que três postulados da dogmática jurídica — primado do parlamento, monopólio da representação e hierarquia das leis — vão, gradativamente, perdendo efetividade no confronto com outras regras — positivadas ou não — que calibram a dinâmica regulatória do sistema. O Executivo legislador, os anéis burocráticos e as pluralidades de cadeias normativas, nem sempre captados pelo positivismo normativista, desnaturam a essência da representação política e “convertem-se em mecanismos destinados a permitir uma articulação mais funcional e informal entre os diversos setores do Estado e da sociedade” (26). A percepção desses elementos está associada à superação dos paradigmas dogmáticos do discurso constitucionalista. Só assim a questão da representação das instituições legislativas, poderá aflorar com toda a complexidade que o normativismo positivista tendenciosamente despreza.

Sem dúvida alguma a representatividade é essencial como critério de legitimação democrática. O problema, contudo, reside em compatibilizar o instituto com as tensões e conflitos inerentes aos sistemas sociais complexos, com as exigências de garantia e segurança das expectativas e, principalmente, com os imperativos de estabilidade das relações sociais. A heterogeneidade das sociedades de classe tem posto em evidência os limites estruturais da dogmática jurídica para responder com flexibilidade a este desafio. Assim, a ciência do direito deve empreender seus esforços no sentido de superar os paradigmas tradicionais e perquirir por mecanismos que superem a crise de legitimidade política e social do direito positivo e da representação política.

A dogmática jurídica vive o drama do navegador de Da VINCI. Não consegue conciliar “prática” com “ciência” e, mais ainda, não se dá conta de que as “navegações” do século XX comportam mais de um “sentido” e mais de uma “direção”. O positivismo insiste em ser “bússola” e não percebe que também é ideologia.

(25) FARIA, *op. cit.*, 1984, p. 199.

(26) FARIA, *op. cit.*, 1983, p. 41.

Poder constituinte e poder de revisão constitucional. O controle da constitucionalidade da emenda constitucional

THEREZINHA LUCIA FERREIRA CUNHA
Procuradora da República

"No espírito unânime dos povos uma Constituição deve ser qualquer coisa de mais sagrado, de mais firme e de mais imóvel que uma lei comum."

FERDINAND LASSALLE

SUMÁRIO

- I — INTRODUÇÃO
- II — O PODER CONSTITUINTE
 - 1 — A doutrina de Sieyès
 - 2 — Natureza jurídica do poder constituinte
 - 3 — Poder constituinte originário e poder constituinte instituído
- III — CLASSIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES
 - 1 — Rígida e flexível
 - 2 — Material e formal
- IV — O PODER DE REVISÃO CONSTITUCIONAL
 - 1 — Reforma, revisão ou emenda
 - 2 — Necessidade da revisão
- V — LIMITES AO PODER DE REVISÃO
 - 1 — Limites explícitos
 - 1.1 — Limites quanto à forma
 - 1.2 — Limites quanto à matéria
 - 1.3 — Limites quanto às circunstâncias
 - 2 — Limites implícitos
- VI — O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE
 - 1 — Poder constituinte e controle da constitucionalidade
 - 2 — Origem do controle da constitucionalidade
 - 3 — O controle no Brasil
 - 4 — Formas de controle
 - 5 — A declaração de Inconstitucionalidade no Brasil
- VII — O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL
- VIII — CONCLUSÃO
- IX — BIBLIOGRAFIA

I — INTRODUÇÃO

O tema da presente monografia é dos mais importantes no campo do direito, mas não foi, até hoje, versado suficientemente pela bibliografia nacional. Salvo um ou outro artigo esparso em revistas especializadas e uma ou outra referência nos livros dedicados ao direito constitucional, quase nada se publicou sobre o controle da constitucionalidade da emenda constitucional.

O problema dos limites ao poder de revisão constitucional e, conseqüentemente, da inconstitucionalidade das emendas que extrapolam esses limites, ocupa setor importante no domínio do direito constitucional geral e da teoria do Estado.

Uma vez instituída a ordem jurídica pelo poder constituinte, criam-se mecanismos de resguardo e proteção a esta mesma ordem.

É, portanto, em decorrência de um poder constituinte, responsável pela criação de uma Constituição, escrita e rígida, que se geram mecanismos específicos de controle da constitucionalidade, com o objetivo de zelar pelos princípios e normas contidos na Constituição.

Contra as leis que ofendem a Constituição, não faltam tais mecanismos, previstos na própria Lei Maior. E contra a emenda constitucional que ferir a Constituição? Pode o poder de revisão sobrepor-se ao poder constituinte originário, do qual deriva e pelo qual é limitado? O controle judicial da constitucionalidade compreende também as emendas constitucionais?

O tema abrange incursões filosóficas e apresenta profundas divergências doutrinárias. Não é nossa intenção solucionar as dúvidas apresentadas mas, tão só, tentar analisá-las para buscar um melhor entendimento do assunto.

II — O PODER CONSTITUINTE

Característica primordial de um Estado é a de se apoiar numa Constituição, Carta fundamental, que delinea, essencialmente, a organização e o funcionamento deste Estado.

Todos os Estados têm uma Constituição; sejam de economia capitalista ou socialista, manifestem tendências autocráticas ou democráticas, sejam elas rígidas ou flexíveis, escritas ou não.

As Constituições escritas representam um difícil exercício de síntese, que corresponde a motivos diversos: definir e justificar a autoridade política, ou distribuir o poder entre as forças dominantes. O objeto de uma Constituição é estabelecer uma ordem racional, clara

e estável. Toda Constituição obedece a um rito pacificador, pois nasce, de regra, de um ato revolucionário. A sociedade organizada politicamente, qualquer que seja a forma pela qual se apresentam suas normas, precisa de uma Constituição para estruturá-la, definindo os diferentes órgãos estatais e fixando-lhes a competência.

Por ser a Constituição a lei maior do Estado, está acima de todas as outras leis; assim, seu estabelecimento e sua revisão são atos de profunda gravidade e, por isso mesmo, compreende-se que um poder especial a estabeleça e a modifique e que um formalismo particularmente exigente os envolva.

É de suma importância, portanto, saber-se qual o poder capaz de criar uma Constituição, que poder poderá reformá-la e quais os seus limites. Objeto de nosso estudo será, precipuamente, o poder de revisão constitucional.

1 — A doutrina de SIEYÈS

O poder capaz de criar a lei fundamental denomina-se poder constituinte. Sobre seu aparecimento, natureza e titularidade, há grandes divergências doutrinárias, vez que o poder constituinte originário preexiste à própria Constituição.

O primeiro grande teórico do poder constituinte foi o Abade SIEYÈS, ao lançar, na França, suas idéias num folheto político "Qu'est-ce que le tier État?". O texto de SIEYÈS tem um duplo interesse; por um lado, o aspecto histórico: é um documento vivo, imediato e primordial do advento da classe burguesa ao poder político; por outro lado, o aspecto teórico: contém a formulação original e autêntica da doutrina do poder constituinte do povo. No aspecto político, o folheto sobre o terceiro Estado defende os direitos do povo, identificando-o com a Nação, em oposição às classes privilegiadas. Do ponto de vista teórico, a importância da obra de SIEYÈS se reflete sobre toda a forma representativa de governo e a doutrina do poder constituinte exercido pelo povo.

Para SIEYÈS, a Nação, fonte de toda a lei e só submetida ao direito natural, é o terceiro Estado, o povo. Sua vontade é sempre a lei suprema:

"A Nação existe antes de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a lei mesma. Antes e acima dela, só existe o direito natural. Se queremos uma idéia justa da série de leis positivas que não podem emanar senão de sua vontade, vemos, em primeiro plano, as leis constitucionais" (1).

(1) EMMANUEL SIEYÈS. *Que es el Tercer Estado?* Buenos Aires, Edit. Americana, 1943, p. 108.

Sobre as leis constitucionais, SIEYÈS nos oferece uma indicação valiosa, definindo a Constituição como lei fundamental e como obra do poder constituinte:

“Estas leis são chamadas fundamentais, não no sentido de que podem fazer-se independentes da vontade nacional, mas porque os corpos que existem e atuam por elas não podem tocá-las. Em cada parte, a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte” (2).

As Constituições que surgiram após SIEYÈS seguiram-lhe as idéias, entre as quais a de que a Nação é governada por intermédio de seus representantes. Assim, a Constituição dos Estados Unidos, a francesa de 1791, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, e a Constituição brasileira do Império reconheceram que a Nação tem a titularidade do poder constituinte e que exerce este poder através de representantes, que ela própria elege.

2 — Natureza jurídica do poder constituinte

A natureza jurídica do poder de criar uma Constituição é bastante controversa. O poder constituinte originário tem sua natureza condicionada ao próprio problema do fundamento do direito, à diversidade de concepções filosóficas do direito.

Analisaremos, de modo breve, as correntes jusfilosóficas em dois grandes grupos: o positivismo e o jusnaturalismo. Assim, através de uma abordagem mais ampla, podemos avaliar que existem dois grandes modelos filosóficos, que se desenvolvem em vários subgrupos. Diríamos, portanto, que não existem modelos filosóficos puros em direito, mas apenas dois, que enquadram os outros, com suas várias peculiaridades e sutilezas próprias e que resultam em dois pólos: o positivismo e o jusnaturalismo.

2.1 — O positivismo

Para o positivista, o direito é o ordenamento jurídico; só o admite depois que ele se constitui em ordem já estabelecida. O direito é uno e representa a unidade do sistema, o ordenamento posto pelo Estado. Por isto mesmo, o direito tende a se desligar da justiça: é justo porque foi ordenado.

O positivista, ainda que sob outros nomes, procura sempre, no direito, a positividade, ligada a um foco único. Podemos destacar, no positivismo, pelo menos, três subgrupos: o positivismo lógico, o sócio-historicista e o psicologista.

(2) SIEYÈS. *Op. cit.*, p. 109.

Assim é que, para o positivismo lógico, o que importa é apenas a norma: o direito é limitado às regras fixadas pelo Estado, através do estudo científico do direito ordenado e constatável.

“Parte das leis ou, subsidiariamente, de outras tantas normas sociais da ordem instituída, numa espécie de hierarquia, que culmina em ordenamento único, pleno, hermético e consagrado, sob a égide estatal. As raízes sociais, a dinâmica dos grupos e das classes, ou não entram em linha de conta, ou ficam atadas e limitadas, pois, em todo caso, prevalece a voz do Estado. Nesta perspectiva, o direito não existe antes do Estado, e não paira acima dele” (3).

Para o positivismo sócio-historicista, a realidade social se confunde com o grupo que faz a lei. Tentando demonstrar que o direito é o “espírito do povo”, mostra-o, no entanto, como o espírito da classe dominante naquele momento histórico, naquela sociedade. A diferença entre o historicismo e o sociologismo está em que o primeiro se volta para as instituições pré-legislativas, consideradas o “espírito” daquela determinada sociedade, enquanto o sociologismo generaliza o historicismo, abrangendo a sociedade em geral. Apóiam-se, ambos, nas próprias ciências sociais.

O positivismo psicologista, por sua vez, apresenta vários subgrupos, com positividade centrípeta: o que vale não é a forma de legalidade implantada, mas o sentimento de justiça. Este sentimento de justiça, entretanto, não se assemelha ao jusnaturalismo: é individual, achado pelo intérprete, de maneira interiorizada.

Todos os subgrupos do positivismo convergem, portanto, para a redução do direito ao ordenamento jurídico vigente. Não o fundamenta, nem o totaliza.

O poder constituinte originário, para o positivismo é metajurídico. É um fato anterior ao direito posto, que lhe tira, portanto, o caráter de poder jurídico.

2.2 — O jusnaturalismo

O jusnaturalismo apresenta, também, três formas fundamentais, todas manifestando um dualismo: além do ordenamento estatal, há uma outra fonte material, superior, que legitima a ordem jurídica.

O jusnaturalismo cosmológico sustenta que o direito natural tem origem na natureza das coisas; o direito é justo, porque é natural.

(3) ROBERTO LYRA FILHO. *Razões de Defesa do Direito*. Brasília, Editora Obreira, 1981, p. 17.

No jusnaturalismo teológico, a lei humana tem que se harmonizar com a lei superior, de Deus.

Para o jusnaturalismo antropológico, o fundamento último do direito está na razão humana.

O jusnaturalismo caracteriza-se, portanto, pelo dualismo justiça-direito.

“Apesar de tudo, é possível distinguir, naquela dinâmica dualista, um direito natural progressista, junto ao direito natural conservador. Isto o torna afeiçoável a reivindicações supralegalistas e, em conseqüência, propício, nas horas de crise do direito instituído pelas classes e grupos dominantes, às articulações com os anseios dos oprimidos e às suas posições, jurídicas também. Não à toa, por exemplo, estão no direito natural as sementes do direito de resistência à opressão intolerável e uma certa preocupação com a legitimidade que o positivismo, ou não equaciona, ou dá como assente, ou deixa sem solução” (4).

O jusnaturalismo aparece, freqüentemente, nos momentos de avanço para as grandes reformas, ou em momentos de instabilidade. É, aí, invocado para legitimar o surgimento ou a troca do ordenamento jurídico.

O poder constituinte originário, para o jusnaturalismo, é poder de direito; o que legitima a nova ordem instituída é o direito natural, anterior ao direito positivo.

O poder constituinte originário apresenta três características igualmente aceitas tanto pelo positivismo, como pelo jusnaturalismo: é autônomo, porque não está subordinado a nenhum outro poder; é inicial, porque dele se derivam os demais poderes; e é incondicionado, porque não se acha subordinado a condição alguma.

Em uma característica, entretanto, divergem as posições filosóficas: para o positivismo, o poder constituinte é ilimitado, tudo pode estabelecer; para o jusnaturalismo, contudo, o poder constituinte é limitado pelo direito natural, do qual deriva.

3 — Poder constituinte originário e poder constituinte instituído

Na análise do poder constituinte, pode-se distinguir entre aquele que impõe a Constituição e aquele que, já traçada a estrutura fundamental, pode introduzir-lhe modificações. Ao primeiro, qualifica-se de poder constituinte originário e ao segundo, poder constituinte ins-

(4) ROBERTO LYRA FILHO. Op. cit., pp. 22-23.

tituído. A distinção dessas duas formas em que se apresenta o poder constituinte reveste-se de grande importância no regime das Constituições escritas.

A doutrina separa nitidamente os conceitos de poder constituinte originário e poder constituinte instituído, ou derivado, ou de revisão.

Características do poder constituinte originário é ser inicial, autônomo e incondicionado. Este poder, entretanto, não se exaure com a elaboração da Constituição: é inerente à própria existência do Estado. Outra de suas características, portanto, é a permanência. A Nação não se despoja do poder de constituir ou rever sua Constituição; agora, entretanto, sua manifestação será através do poder constituinte instituído. Sua atuação, nesta forma, será derivada, subordinada e condicionada, pelo próprio fato de já existir uma Constituição, como diz BURDEAU:

“Nous ne partageons plus aujourd’hui cette foi dans la perfection des réalisations de la volonté nationale et l’expérience historique nous interdit de croire à leur immutabilité. Dans ces conditions, il ne nous est plus possible d’admettre que le pouvoir originaire s’épuise dans le premier usage qu’il fait de ses prérogatives; et, par conséquent, puisqu’ aucune Constitution ne saurait se prétendre éternelle, ce pouvoir subsiste. Mais subsistet-il avec la spontanéité et l’indépendance qu’il doit à son caractère originaire, ou, au contraire, par le fait même qu’existe une Constitution, se trouve-t-il attiré au sein de l’organisation étatique, capté par les pouvoirs constitués, disciplinés par les procédures?”⁽⁵⁾.

Quanto à forma que reveste a atuação do poder constituinte originário, cabe admitir que, dada a sua índole, não se acha ele sujeito a normas jurídicas prévias de procedimento, resultando da conjuntura histórica e concretizando a teoria política dominante.

O poder constituinte instituído pressupõe, entretanto, a existência de uma lei fundamental, na qual se delineiam quais os órgãos e quais os requisitos para modificar a estrutura constitucional. Ao prever um sistema especial para as modificações constitucionais, o poder constituinte originário reconhece as possíveis mudanças sociais e a necessidade de ajustar a Constituição a elas, para equilibrar a desconformidade entre a Constituição e o ideal jurídico que mais tarde possa prevalecer.

(5) GEORGES BURDEAU. *Traité de Science Politique*. 10.^a ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, tomo IV, 1969, p. 208.

De modo geral, as Constituições incorporam a seus textos legais regras específicas para a sua revisão. O mecanismo de reforma ou emenda da Constituição é implantado e regulado por ela própria, como esclarece CARRE DE MALBERG:

“Cette reformation peut être plus ou moins étendue: elle peut avoir pour but, soit de reviser la Constitution, en quelques points limités, soit de l’abroger et de la remplacer pour le tout. Mais, quelle que soit l’importance de ce changement constitutionnel, qu’il soit total ou partiel, il devra s’opérer suivant des règles fixées par la Constitution même qu’il s’agit de modifier”⁽⁶⁾.

Assim, em contraste com o poder constituinte originário, o poder constituinte instituído tem sua competência legalmente regulada, portanto, limitada, subordinada e condicionada, pela própria Constituição que ele pretende alterar.

III — CLASSIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES

Costuma a doutrina classificar as Constituições por diversos critérios. Para o presente estudo, interessa-nos, entretanto, somente a distinção das Constituições quanto ao processo de sua reforma (rígidas e flexíveis) e quanto ao seu aspecto (material e formal).

1 — Constituições rígidas e flexíveis

A existência do poder constituinte derivado, previsto pelo constituinte originário, é justamente o que permite a classificação das Constituições em rígidas e flexíveis.

Rígida é a Constituição que prevê que sua reforma só se efetuará em determinadas condições; a reforma constitucional se efetua pelo próprio órgão legislativo mas por processos diferentes dos de elaboração das leis ordinárias. O poder constituinte originário impõe certos limites ao poder de reforma constitucional; o poder reformador é, portanto, distinto do legislativo ordinário e do constituinte originário. Somente através do poder constituinte derivado se modifica uma Constituição rígida.

O constituinte derivado fica, pois, subordinado aos limites impostos pela própria Constituição:

“Restringe a atividade dos representantes, não os autorizando a tocar nas disposições constitucionais e subordi-

(6) CARRE DE MALBERG. *Contribution à la Théorie Générale de l’État*. Paris, Centre National de la Recherche Scientifique, tome II, 1922, p. 497.

nando-os a elas. Restringe-se a si própria, exigindo, para as revisões das Constituições, formalidades especiais e maiorias tão amplas que impossibilitem exprimir situações efêmeras, sem assento nos princípios da moralidade nacional e nas conquistas sociais da humanidade" (7).

Para reformar uma Constituição flexível, competente é o Poder Legislativo ordinário. O poder constituinte originário não prevê, nem limita, a reforma constitucional, que é efetuada do mesmo modo que as leis ordinárias. Os países que adotam Constituições flexíveis não fazem distinção entre lei constitucional e lei ordinária.

2 — Constituição material e Constituição formal

O conceito material e o conceito formal de que se reveste a Constituição é de grande importância para o desenvolvimento de certos pontos que analisaremos adiante. A diferença desses conceitos se encontra na concepção política da Constituição. CARL SCHMITT considera a Constituição como a decisão política fundamental de um povo, a decisão concreta de conjunto sobre o modo e forma de existência da unidade política.

PAULO BONAVIDES nos dá o seguinte conceito de Constituição em sentido material:

“É o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana. Tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política exprime o aspecto material da Constituição” (8).

Já LASSALLE, há mais de cem anos, observava a importância da Constituição material (ou real, como ele a chamava), advertindo que as Constituições escritas de nada valeriam, se não obedecessem à Constituição material:

“Onde a Constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a Constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a Constituição real, a das verdadeiras forças vitais do País” (9).

(7) OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO. *A Teoria das Constituições Rígidas*. S. Paulo, José Bushatsky, 1980, p. 48.

(8) PAULO BONAVIDES. *Direito Constitucional*. Rio, Forense, 1980, p. 57.

(9) FERDINAND LASSALLE. *Que é uma Constituição?* Ed. Villa Martha, 1980, p. 61.

O conceito formal de Constituição abrange normas que não são, por sua matéria, constitucionais. Mas por estarem no corpo da Constituição, são constitucionais. Não se referem aos elementos básicos ou institucionais da organização política, apesar de figurarem no texto constitucional. Este motivo é suficiente para que, nas Constituições rígidas, sua reforma obedeça aos processos previstos pelo constituinte originário, pois tais normas têm a mesma garantia e o valor superior de normas constitucionais. Neste sentido, diz KELSEN:

“Fala-se de Constituição em sentido formal quando se faz a distinção entre as leis ordinárias e aquelas outras que exigem certos requisitos especiais para sua criação e reforma” (10).

Cumpra salientar, desde logo, que os limites impostos, expressamente, ao poder de revisão constitucional, serão sempre observados por todas as normas constitucionais.

IV — O PODER DE REVISÃO CONSTITUCIONAL

1 — Reforma, revisão, ou emenda

Doutrinariamente, as mudanças no texto constitucional são denominadas ora como reforma, ora como revisão, ou, ainda, emenda.

No Brasil, tanto a Constituição do Império, como a de 1891, usavam o termo **reforma**, no sentido de qualquer modificação constitucional.

O constituinte de 1934 utilizou os três termos:

— **emenda**, no caso de alteração de princípios cuja estabilidade não era considerada essencial;

— **revisão**, na hipótese de mudança em pontos julgados fundamentais à perpetuação constitucional; e

— **reforma**, abrangendo genericamente as duas expressões anteriores (art. 78).

Distingua-se, ainda, emenda e revisão pela menor ou maior dificuldade à tramitação legislativa de qualquer proposta de reforma.

No texto de 1937, utilizou-se, indiscriminadamente, **emenda**, **modificação** e **reforma**, sem contudo precisar-lhes o significado (art. 174).

Tanto a Constituição de 1946, como a de 1967, preferiram a denominação genérica de **emenda** a qualquer mudança no texto da Carta Magna. A Emenda Constitucional nº 1/69 manteve o termo.

(10) HANS KELSEN. *Teoria General del Estado*. México, 1959, p. 330.

PONTES DE MIRANDA usa os termos **revisão** e **reforma** como sinônimos fazendo referência ao termo **emenda** no sentido de reforma parcial.

NELSON DE SOUSA SAMPAIO afirma, também, que a expressão **emenda** teria maior propriedade no caso de reforma parcial da Constituição; na hipótese de reforma total, prevaleceria o termo **revisão**.

Entre nós, atualmente, admite-se o termo **emenda**, abrangendo tanto a forma parcial, como total, desde que não fira os princípios da Federação e da República.

3 — Necessidade da revisão

Conforme ressaltamos anteriormente, uma das características fundamentais do poder constituinte é a sua permanência para acompanhar a Nação do qual deflui:

“Toda Nação tem perante si mesma uma gama variada de possibilidades existenciais, cabendo-lhe a escolha do que melhor lhe aprouver, do que melhor se ajuste às suas características essenciais. Ora, tal possibilidade, tal poder é inerente à existência da Nação, acompanhando-a sempre.

O poder constituinte persiste vivo e atuante. Sua vitalidade não se esgota no ato que deu origem à Constituição” (11).

Assim, fatores diversos podem decidir pela reforma jurídica da Carta Fundamental. A existência do poder constituinte instituído, entretanto, não impede que o poder constituinte originário venha a se manifestar outra vez, criando nova ordem jurídica.

Não havendo necessidade de se recorrer ao poder constituinte originário não deve a Nação por isso, permanecer insensível às exigências do momento, tornando uma Constituição ultrapassada em símbolo do passado. Se a lei fundamental torna-se a expressão de uma época superada, se seu espírito está em evidente desacordo com os tempos atuais, se não oferece claramente os meios adequados para cumprir as exigências do povo a que se destina, se é arcaica, enfim, não há outro caminho, senão enfrentar, com decisão, com plena consciência, uma reforma.

Há casos em que se dá a reforma sem freqüentes alterações na literalidade do texto constitucional, atribuindo-se, tacitamente, ao Judiciário, a tarefa de amoldar o significado das palavras, em consonância com os fatos observados em determinada época, como ocorre nos Estados Unidos.

(11) JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA. “O poder da revisão constitucional”. *Revista de Informação Legislativa*. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 14, n. 56, out./dez. 1977, p. 159.

Em outras hipóteses, embora a Constituição não configure um estatuto orgânico, a exemplo do que acontece na Inglaterra, novas leis constitucionais brotam do Parlamento, fazendo aflorar, na ordem positiva, a transformação de regras tradicionais.

Em termos genéricos, porém, nos países que adotam Constituição escrita, o comum é operar-se o câmbio constitucional através de destruição, supressão ou reforma da Carta Magna.

Como assinala CARL SCHMITT, tanto na destruição, como na supressão, o texto constitucional é substituído, diferindo apenas no fato de que, no primeiro caso, há também uma mudança no poder constituinte, ao passo que, no segundo, isto não ocorre.

A reforma ou revisão, segundo o mesmo constitucionalista, opera-se através de mudança nas determinações do estatuto básico, sem importar em substituição, seja da Constituição em si, seja do Poder Constituinte; assim, distingue o autor citado:

“1. Destrucción de la Constitución: Supresión de la Constitución existente (y no sólo de una o varias leyes constitucionales) acompañada de la supresión del poder constituyente en que se basaba.

2. Supresión de la Constitución: Supresión de la Constitución existente, pero conservando el poder constituyente en que se basaba (cambio de Constitución, golpe de Estado).

3. Reforma constitucional (revisión): Reforma del texto o de las leyes constitucionales vigentes hasta el momento; aqui corresponde también la supresión de prescripciones legal-constitucionales aisladas y la recepción de nuevos ordenamientos legal-constitucionales aislados” (12).

Para CARL SCHMITT, as reformas são classificáveis em constitucionais, quando observam o procedimento previsto nas leis constitucionais para tais reformas e revisões (revisão constitucional em sentido próprio), e reformas inconstitucionais, aquelas que se verificam sem observância desses procedimentos.

Dentro dessa classificação, interessa-nos, apenas, analisar a revisão constitucional (em sentido próprio) e seus limites.

V — LIMITES AO PODER DE REVISÃO

Importa tornar bem claro que o constituinte originário, ao outorgar ou promulgar um texto constitucional, delimita o campo de ação do constituinte instituído, cuja função é promover, somente, as alte-

(12) CARL SCHMITT. Teoría de la Constitución. México, Edit. Nacional, 1966, p. 115.

rações necessárias ao texto. Em geral, procura-se dificultar esse procedimento, de modo a preservar os princípios postos pelo constituinte originário, para a perpetuação de um determinado regime. O constituinte originário determina limitações explícitas ao poder constituinte instituído, para a mudança institucional. As Constituições prevêm um método pacífico de modificar seus próprios preceitos, a fim de que as reformas necessárias sejam aceitas e as mudanças violentas impedidas.

Esclarece COOLEY:

“In the adoption of the Constitution, provision was made for amendments to be made under regular forms, which should not only give to the people an easy method of removing any evils that might be found to exist in their institutions, and of keeping them in sympathy with the prevailing sentiments and desires of the people, but should take away all reasonable excuse for attempts at revolution by force” (13).

Essas limitações, impostas pelo constituinte originário, são as explícitas, insculpidas no próprio texto constitucional. Entretanto, a doutrina está cada vez mais tendente a considerar que, além dos limites explícitos à Constituição, o poder de reforma está fortemente limitado em sua liberdade de ação por limites de caráter implícito, como analisaremos mais adiante.

I — Limites explícitos

Quanto às limitações explícitas, não paira dúvida alguma, vez que o constituinte originário circunscreve, expressamente, o âmbito de ação do poder constituinte instituído.

Na tradição constitucional brasileira, sempre se registrou a presença desses limites ao poder reformador.

Poderíamos classificar os limites explícitos à reforma de nossa Lei Maior como: limites quanto à forma, quanto à matéria e quanto às circunstâncias.

1.1 — Limites quanto à forma

O sistema brasileiro de revisão está previsto nos arts. 46, inciso I, 47 a 49, da Constituição federal.

A competência reformadora deflui de instrumento chamado emenda à Constituição (art. 46, I). Quem exerce essa competência é o Congresso Nacional.

(13) THOMAS M. COOLEY. *The General Principles of Constitutional Law*. Boston, 1880, p. 37.

O procedimento de elaboração da emenda à Constituição, atualmente, deve obedecer aos seguintes pressupostos:

- “1. iniciativa do Presidente da República ou à soma de um terço de Deputados federais e um terço de Senadores;
2. a proposta é discutida e votada pelo Congresso Nacional em dois turnos; discutida e aprovada em um turno, volta a sê-lo em outro turno de discussão e votação (art. 48);
3. a aprovação da emenda requer dois terços dos membros de cada uma das Câmaras do Congresso (art. 48);
4. não há sanção, há promulgação, efetivada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (art. 49).”

Esse procedimento há de ser rigorosamente obedecido. Dois pontos básicos devem ser ressaltados, quanto à forma prevista para a emenda constitucional: a iniciativa da sua propositura e a competência para elaborar e colocar em vigência o texto.

Em nossas Constituições, a iniciativa comum ao Executivo e ao Legislativo só é registrada a partir de 1937.

Na Constituição de 1946, este sistema volta a ser adotado, depois da Revolução de 1964, com o Ato Institucional nº 2/65 (art. 2º, item II). A partir de 1967, esta forma foi definitivamente incorporada ao nosso direito constitucional (art. 50), sem alteração na Emenda Constitucional nº 1/69.

Estabelecida a iniciativa, resta saber a que órgão cabe decidir sobre a reforma. A regra geral concede esta atribuição à Assembléia Legislativa, como assinala BURDEAU:

“Généralement, le droit de décider, s'il y a lieu de procéder à la révision, appartient aux assemblées législatives. Elles sont évidemment plus qualifiées que tout autre organe pour en apprécier l'opportunité et, éventuellement, en mesurer les risques. Dans la plupart des cas, d'ailleurs, la Constitution s'efforce d'empêcher que la décision d'ouvrir la procédure soit prise à la légère: elle exige plusieurs lectures, ou un **quorum** plus élevé ou une majorité renforcée” (14).

No Brasil, atualmente, segundo o art. 48, a proposta é considerada aprovada por dois terços dos votos dos membros de cada uma das Casas (Emenda Constitucional nº 2, de 1982).

(14) GEORGES BURDEAU. Op. cit., p. 275.

1.2 — Limites quanto à matéria

O poder constituinte originário discrimina certas matérias que não poderão ser objeto de reforma por parte do poder de revisão; com isto, busca-se evitar que a mudança de determinadas matérias afete a estrutura vigente, tirando-lhe o equilíbrio, ou transformando-a em outra. Evita-se mudar os pontos considerados essenciais à estrutura da sociedade.

Sobre o assunto, escreve LEOPOLDINO DA FONSECA:

“O pressuposto lógico para essa atitude é que a Constituição é vista como um todo orgânico, resultado também de uma organicidade harmônica inerente à própria estrutura social vigente em determinado momento” (15).

O § 1º do art. 47 da nossa Constituição determina:

“Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República.”

Atualmente, estas são as únicas vedações explícitas, quanto à matéria constitucional a ser reformada. Com este preceito, a própria Constituição exclui esta matéria da incidência do poder de emenda.

1.3 — Limites quanto às circunstâncias

A Constituição pode estabelecer limitações ao poder de revisão, em razão de certas circunstâncias. É o que ocorre no sistema brasileiro, conforme dispõe o § 2º do art. 47 da nossa Constituição:

“A Constituição não poderá ser emendada na vigência de estado de sítio ou estado de emergência.”

Quando ocorrem perturbações da segurança e da ordem pública, ou tempos de perigo, como guerra, suspendem-se as limitações constitucionais e a atividade política passa a agir sem freios, embora dentro de uma faixa delimitada pela própria Constituição. As medidas que podem ser tomadas, durante o estado de sítio ou qualquer outra situação de emergência, importam em calar a opinião pública, pressuposto básico de qualquer regime democrático; daí se concluir pela inconveniência de mudanças constitucionais, enquanto perdurar a suspensão dos princípios consignados na Lei Fundamental. O estado de sítio e o estado de emergência afastam, necessariamente, a serenidade e o equilíbrio, que devem ser constantes ante a reforma da Constituição. Assim, o constituinte originário prevê que, em determinadas circunstâncias, deve-se impedir a reforma.

(15) LEOPOLDINO FONSECA. *Op. cit.*, p. 191.

2 — Limites implícitos

As limitações materiais implícitas, ou inerentes à reforma constitucional, são aquelas que se impõem ante o silêncio da Constituição, mas que se consideram vedadas, implicitamente, para não destruir-lhe o espírito. As emendas devem estar em harmonia com o resto do texto constitucional, sem ferir-lhe os princípios básicos.

Assim, as emendas ficam limitadas a resguardar e garantir esses princípios. É o que assevera CARL SCHMITT:

“Una facultad de reformar la Constitución, atribuída por una normación legal constitucional, significa que una o varias regulaciones legal-constitucionales pueden ser sustituidas por otras regulaciones legal-constitucionales, pero solo bajo el supuesto de que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo” (16).

Nesta linha de pensamento, esclarece o constitucionalista que reforma não é destruição, nem suspensão da Constituição. Fazendo distinção entre Constituição e leis constitucionais, explica que aquela, sendo um conjunto de decisões existenciais de uma unidade política, não é suscetível de reforma. As leis constitucionais, entretanto, como normas ulteriores, podem ser reformadas, desde que respeitem os limites de forma.

NELSON SAMPAIO, por sua vez, enumera as limitações materiais inerentes à reforma Constitucional:

“Em nosso entender, acreditamos que os espíritos lógicos concordarão que estas quatro categorias de normas constitucionais estão fora do alcance do poder revisor:

- 1ª) as relativas aos direitos fundamentais;
- 2ª) as concernentes ao titular do poder constituinte;
- 3ª) as referentes ao titular do poder reformador;
- 4ª) as relativas ao processo da própria emenda ou revisão constitucional” (17).

Ousáramos dizer que, além das limitações expressas em nossa Constituição (art. 47 e parágrafos), outros dispositivos constitucionais

(16) CARL SCHMITT. *Op. cit.*, p. 120.

(17) NELSON DE SOUSA SAMPAIO. *O Poder de Reforma Constitucional*. Bahia, Progresso, 1954, p. 93.

se acham implicitamente vedados ao poder reformador; se alterados arbitrariamente, destruiriam a base política da Constituição. Ter-se-ia, então, sob o falso nome de reforma constitucional, uma nova Constituição, oriunda de um novo poder constituinte, originário e limitado.

Os limites implícitos referem-se à Constituição material. Tais limites seriam deduzidos da natureza do regime político contido na Constituição. Uma emenda, cujo conteúdo contradiga os princípios fundamentais da Constituição, há de ser inconstitucional.

A mudança de certas matérias contidas na Constituição afeta-lhe a estrutura. A Constituição deve ser vista como um todo orgânico onde certos pontos, considerados essenciais, não de ser preservados.

Necessário é, entretanto, que se aceite posição filosófica diferente do positivismo, que se aceite a idéia de um direito superior, intangível, que se impõe até mesmo ao autor da Constituição. Assim é que os direitos humanos, por exemplo, estão acima da Constituição escrita, que os reconhece.

Os arts. 1º, § 1º (fundamento da democracia), 6º (divisão, harmonia e independência dos Poderes), 8º, 13, 16, 17, 18 a 26 (organização federal e repartição de competência), 145 a 153 (direitos democráticos e fundamentais) são alguns exemplos de emendas que podem alterar profundamente a estrutura política de toda a Constituição. Diríamos que tais reformas, embora não expressamente vedadas pela Constituição, estão fora do alcance do poder de revisão. Alterando-se drasticamente tais artigos, todo o sistema jurídico estaria, em consequência, abalado, ou mesmo destruído, havendo quebra do ordenamento jurídico, que seria substituído por outro; não se trataria, portanto, de reforma, mas de substituição.

O problema está relacionado à existência de normas constitucionais inconstitucionais. Mais uma vez, insista-se que não tem sentido examiná-lo nos termos de estrito direito positivo. Comungamos, neste ponto, da opinião de VERDÚ:

“Desde la perspectiva del positivismo jurídico no puede comprenderse la posibilidad de la inconstitucionalidad de las normas constitucionales, puesto que las normas, o son constitucionales, o no lo son, y si son lo primero, parece absurdo plantearse la posibilidad de su inconstitucionalidad...”

En resúmen: la posibilidad de normas constitucionales inconstitucionales depende de un juicio estimativo que examina la concordancia o no concordancia de las normas fundamentales con los principios del derecho natural. Si no existe

tal concordancia entonces la norma constitucional es inconstitucional". (18).

A norma constitucional que fere princípios supralegais deixa de ser constitucional, não por estar em desacordo com preceitos positivos, mas por estar contra um ordenamento superior ao ordenamento positivo.

Para o direito positivo, somente uma reforma que não obedeça aos limites impostos expressamente no art. 47 da nossa Constituição será inconstitucional. Se admitimos, por outro lado, a existência de princípios superiores à Constituição escrita, outras limitações surgem, implicitamente.

VI — O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE

1 — Poder constituinte e controle da constitucionalidade

A norma constitucional se encontra na esfera da ordenação estatal em que há maior e mais geral conexão com todas as demais; pode-se dizer que as normas constitucionais coordenam e harmonizam a unidade de todo o ordenamento jurídico. De maneira geral, elas amparam as outras normas. Os elementos do restante do ordenamento jurídico têm sempre um fundamento constitucional em embrião, conquanto depois se desenvolvam com vida própria.

Cada norma constitucional representa uma espécie de introdução, que conduz as outras normas até o ponto em que cada uma inicia sua peculiaridade; deixa-as depois livres, mas sem perder-lhes o controle.

A diferença que evidenciamos sobre o poder constituinte originário e o poder constituinte derivado, bem como a distinção entre Constituição rígida e Constituição flexível, conduzem à noção do controle de constitucionalidade. É através do controle que existe, realmente, a rigidez constitucional e que se reconhece a distinção entre o poder constituinte originário e o derivado.

Poder constituinte, Constituição escrita, rigidez e controle de constitucionalidade são conceitos que se interligam. Não havendo o controle de constitucionalidade, não se pode afirmar a rigidez da Constituição, pois que qualquer lei poderá alterá-la. Por outro lado, não haverá diferença entre o poder constituinte originário e o derivado, tornando-se este ilimitado para o legislador, que modificará as normas constitucionais quando bem entender.

(18) PABLO LUCAS VERDÚ. *Curso de Derecho Político*. Madrid, Editorial Tecnos, 1974, vol. II, p. 698.

Assim é que, instituída a ordem jurídica pelo poder constituinte, este próprio poder cria mecanismos internos de resguardo e proteção à esta mesma ordem.

É, portanto, em decorrência de um poder constituinte, responsável pela criação de uma Constituição, quase sempre escrita (fruto da expansão do constitucionalismo), e rígida (sob o aspecto formal e material) que se formam mecanismos de controle da constitucionalidade, isto é, meios que objetivam zelar pelos princípios e normas contidos na Constituição.

2 — Origem do controle da constitucionalidade

O controle da constitucionalidade é um dos princípios decorrentes do constitucionalismo, ao lado de outros pressupostos: supremacia da Constituição e hierarquia das leis. Não se pode falar em controle, sem presumir-se a existência de uma Constituição, ou de um conjunto normativo, a disciplinar sobre a vida econômica, política e social de uma nação e, que, por conseguinte, é basilar em relação à legislação ordinária subsequente.

O controle da constitucionalidade, como é natural, só poderia ter-se originado num país que tivesse forte tradição democrática e constitucional, onde a interpretação da Lei Maior fosse fonte orientadora de todas as relações jurídicas da sociedade e que, por conseguinte, deveria dispor de mecanismos para resguardar a Constituição.

A manifestação histórica que atribuiu a guarda da Constituição ao Poder Judiciário foi nos Estados Unidos da América, através da jurisprudência construída pela Suprema Corte, na ausência de preceito expresso da Constituição, no trato do famoso "Marbury vs. Madison Case", no qual o Juiz John Marshall, em 1803, expôs limpidamente este preceito:

"The government of the United States is a government of laws, and not of men (...) Congress had given the Supreme Court a new power and had thereby changed the Constitution. But, the Constitution cannot be changed by a simple act of Congress. It is the supreme law of the land and stands above acts of Congress or actions of the President. Therefore, what Congress did in adding to the power of the Supreme Court was improper, or, in legal terms, unconstitutional. (...) The very essence of the judicial duty is to defend the Constitution."

A doutrina de Marshall, como era de se esperar, recebeu objeções, como ilustram algumas passagens históricas da vida política americana.

A maior crítica feita à ela foi em considerá-la como uma “usurpação de poder”, pela Corte Suprema, uma vez que em nenhum artigo da Constituição se encontra expressamente outorgada, ao Poder Judiciário, a faculdade de declarar a insubsistência dos atos do Congresso.

Na verdade, a Constituição americana não enuncia o princípio em nenhum de seus preceitos. O que ela prescreve é que “o poder judicial se estenderá a todos os casos... que surgirem sob esta Constituição” e que “a Constituição, e as leis dos Estados Unidos feitas em obediência a ela... constituirão a suprema lei do país”; conclui-se que, apesar de poder gerar dúvidas a respeito, o princípio é manifesto e quase irrecusável, pelas próprias palavras da Constituição, sobre a competência do Judiciário para apreciar a conformidade das leis com a suprema Carta.

Num estudo mais apurado sobre os Convencionais (constituintes americanos) não se obteve nenhuma luz sobre a controvérsia, porque a Convenção jamais enfrentou a tese, nunca a discutiu, nem teve ensejo de votá-la.

Para o raciocínio do Juiz Marshall, o poder que tivesse a competência para dar a última palavra sobre qualquer assunto vinculado à Constituição era o poder supremo. E se os atos do Congresso dessem prevalecer contra a Constituição, neste caso, o Poder Legislativo teria, *sem dúvida, a supremacia dentre os poderes. A doutrina dividiu-se sobre este ponto, como esclarece LÚCIO BITTENCOURT:*

“Enquanto em relação ao Congresso, de eleição em eleição, o povo pode escolher os seus representantes de acordo com a filosofia política dominante, no caso do Judiciário, a estabilidade dos juízes impede que se reflita nos julgados a variação da vontade popular.

A esta objeção, responde, com muita propriedade, NEUMANN, lembrando que o que caracteriza a democracia americana não é, propriamente, a intervenção do povo na feitura das leis, mas sim, o respeito a certos direitos fundamentais e imutáveis da pessoa humana, cuja guarda e defesa incumbe ao Poder Judiciário, justificando-se, por esta forma, a supremacia deste.” (19).

É conveniente ressaltar que a filosofia democrática americana, contudo, estabelece que a faculdade do Judiciário em decidir sobre a eficácia das leis em face da Constituição é exercida, somente, por

(19) LÚCIO BITTENCOURT. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Rio, Forense, 1968, p. 22.

via de exceção ou de defesa, isto é, quando de um litígio submetido ao seu julgamento, não podendo resultar em um poder geral de veto sobre a legislação do Congresso. Como se vê, as funções do Judiciário são limitadas à decisão de casos concretos, não sendo possível reconhecer-lhe o poder de emitir opinião sobre qualquer assunto, ou declarar, em tese, a inconstitucionalidade de qualquer ato do Congresso. Isto porque, se assim agisse, estaria atuando como um poder de revisão da obra legislativa, como expressou o Justice Day, no caso *Muskrat v. United States*:

“O direito de declarar a inconstitucionalidade das leis surge porque uma delas, invocada por uma das partes como fundamento do seu direito, está em conflito com a lei fundamental. Essa faculdade, que é o dever mais importante e delicado da Corte, não lhe é atribuída como um poder de revisão da obra legislativa, mas porque os direitos dos litigantes nas controvérsias de natureza judicial requerem que a Corte opte entre a lei fundamental e a outra, elaborada pelo Congresso na suposição de estar em consonância com sua competência constitucional, mas que, na verdade, exorbita do poder conferido ao ramo legislativo do governo.” (20).

3 — O controle da constitucionalidade no Brasil

3.1 — Constituição de 1824

Nossa Constituição de 1824 não atribuiu ao Poder Judiciário a função de resguardar a constitucionalidade das leis. Nem procurou o Supremo Tribunal de Justiça seguir o exemplo da Suprema Corte americana, com a introdução do instituto, através da interpretação dos textos sobre suas próprias funções.

Na verdade, esta situação se verificou porque a defesa dos princípios constitucionais fora confiada ao Poder Legislativo, ao qual, pelo art. 15, nº 8, “cabia fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las”, e seguindo o mesmo artigo, nº 9, “velar na guarda da Constituição”.

A principal razão desta situação atribui-se à existência do Poder Moderador. Para BENJAMIN CONSTANT, funcionava como “o poder judiciário de todos os poderes”, e para LÚCIO BITTENCOURT, como “uma suprema inspeção”, chegando mesmo a concluir que, se o instituto do controle da constitucionalidade tivesse sido configurado nessa Constituição, seria da competência do Poder Moderador.

Outra razão a ser apontada é a influência do constitucionalismo europeu nessa Constituição.

(20) LÚCIO BITTENCOURT. *Op. cit.*, p. 23.

3.2 — Constituição de 1891

Em nossa primeira Constituição republicana, sente-se a influência das idéias político-filosóficas providas dos Estados Unidos da América — forma de governo republicano e regime presidencialista —, o que resulta em se introduzir o sistema do controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, na forma adotada por aquela nação, isto é, o controle por “via de exceção”.

Já na Constituição Provisória de 1890, em seu artigo 58, § 1º, alíneas **a** e **b**, regulava-se a competência do STF, admitindo-se o exame da constitucionalidade das leis e atos do poder público. E o Decreto nº 848, do mesmo ano, que organizou a Justiça federal, é que fixou, no art. 3º, o dispositivo que consagrava o sistema do controle por “via de exceção”. Eis o que dispunha:

“Na guarda e aplicação da Constituição e leis federais, a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação de parte.”

Estes princípios serão consagrados na Constituição de 24-12-1891, assim como na Reforma Constitucional de 1926.

Diz-se ter sido decisiva a contribuição de RUI BARBOSA no sistema de controle, pois era profundo admirador do constitucionalismo norte-americano.

3.3 — Constituição de 1934

Uma inovação dada por esta Constituição foi a de exigir que a declaração de constitucionalidade fosse feita pela maioria absoluta de votos da totalidade dos Juizes componentes dos Tribunais.

Outra grande novidade introduzida foi quanto à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário. Cabia ao Senado esta competência.

Como o sistema de declaração por via de exceção tem como conseqüência lógica uma decisão que só vale para as partes e no processo em que foi instaurado, e como uma decisão da mais alta Corte do nosso país não abalava o espírito autônomo de nossa magistratura, muitas demandas multiplicavam-se fundadas na mesma lei, apesar de declarada inconstitucional, o que pressupunha que continuava em vigor.

A segunda inovação, portanto, era muito apropriada, porque dava efeitos **erga omnes** a uma decisão proferida apenas **inter partes**. Foi uma fórmula política hábil, porque não abalava o princípio da inde-

pendência dos poderes, pois a suspensão da execução de lei ficou sob a competência de um órgão do Legislativo — o Senado.

A terceira inovação, entretanto, pode ter sido a mais importante. Diz respeito à competência dos Estados da Federação de elaborar a sua Constituição e leis (art. 7º, item I), mas observados alguns princípios expressos, tais como: forma republicana representativa, independência e coordenação de poderes, temporariedade das funções eletivas, autonomia dos Municípios etc. A inobservância destes princípios por um Estado é que possibilitaria a intervenção federal (art. 12, § 1º), mas esta só poderia ocorrer se o Procurador-Geral da República provocasse manifestação ao Supremo Tribunal Federal e este declarasse a inconstitucionalidade da lei estadual para justificar a intervenção.

3.4 — Constituição de 1937

Apesar de terem permanecido em vigência os princípios constitucionais para a declaração de inconstitucionalidade, o período foi de grande retrocesso e isso se explica por diferentes maneiras. O mandado de segurança, instituto criado pela Constituição anterior — 1934 — para garantir ao cidadão defesa na luta pelos direitos lesados por atos ilegais e inconstitucionais do poder público, excluía de apreciação judicial os atos do Presidente da República, dos Ministros de Estado, Governadores e Interventores de Estado.

Da fase ditatorial que o Brasil veio a conhecer dali para a frente, até o término da segunda grande guerra, com o Estado Novo, a atividade do controle da constitucionalidade foi grandemente reduzida.

3.5 — Constituição de 1946

A Constituição de 18 de setembro de 1946, que vigorou até 15 de março de 1967, manteve, com algumas modificações, todos os princípios relativos à declaração da inconstitucionalidade.

Regulou os casos existentes até 1891; permaneceu a exigência da maioria absoluta de votos para declaração de inconstitucionalidade nos Tribunais; manteve a competência do Senado para suspender lei declarada inconstitucional e, neste caso, fixou orientação no sentido de ampliar esta competência não só para leis federais, como também estaduais e municipais; especificou melhor os casos de declaração pelo Supremo Tribunal Federal, melhorando o sistema de 1934. No seu art. 7º, item VII, fez permanecer a possibilidade de intervenção federal nos Estados, para assegurar observância de determinados princípios, tal como fizera a Constituição de 1934.

A Constituição de 1946 manteve o controle por “via de exceção”, conservando os casos de recurso extraordinário. Percebem-se nitidamente as deficiências apresentadas pela “via de ação”, pois sua abrangência ficava restrita aos casos de inconstitucionalidade verificada no campo dos Estados-Membros, permanecendo fora de sua compreensão os casos de inconstitucionalidade perpetrados pela União. E no segundo caso, mesmo na esfera estadual, apenas as normas que configurassem inconstitucionalidade aos princípios do texto constitucional eram atingidas pelo processo controlador. Se alguma norma configurasse violência ao texto da lei fundamental, mas não estivesse em desrespeito às hipóteses de intervenção, estaria ao desabrigo do mecanismo controlador, a não ser pela via de exceção, uma vez preenchidos seus pressupostos.

3.6 — Emenda Constitucional nº 16, de 1965

A Emenda Constitucional nº 16 introduz a competência do Supremo Tribunal Federal de processar e julgar originariamente representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Qualquer ato normativo federal ou estadual é suscetível de confrontação constitucional. O julgamento da norma em tese, isto é, independente de um caso concreto, com a finalidade exclusiva de preservar o ordenamento jurídico de intromissão de leis com ele incompatíveis, é, portanto, uma inovação nossa, que nos afasta da linha político-filosófica norte-americana, quanto ao papel do Poder Legislativo e do Poder Judiciário no processo de controle da constitucionalidade.

Enquanto a proteção dos direitos individuais já era e continua sendo assegurada pela via de exceção, a via de ação tem a preocupação da defesa do sistema jurídico, do direito objetivo enfim, preocupação esta que não se observa como primordial na Suprema Corte americana, onde a defesa das garantias e direitos individuais é que emana como a linha orientadora de toda e qualquer manifestação de controle constitucional.

Pela Emenda Constitucional nº 16/65, portanto, dividem-se em três os caminhos para se aplicar o controle constitucional no Brasil:

1º) por provocação da questão constitucional pelo lesado ou ameaçado de sofrer lesão, que pode fazê-lo em qualquer instância, na posição de réu, tomando a iniciativa do processo, através, por exemplo, de mandado de segurança;

2º) por provocação do Judiciário pelo Procurador-Geral da República, em vista de uma intervenção nos Estados-Membros ou de

suspensão da eficácia do ato inconstitucional decretado pelo Presidente da República;

3º) por provocação do Judiciário pelo Procurador-Geral da República, com a finalidade de defesa do ordenamento jurídico, e, mais especificamente, de fazer cumprir a vontade constitucional de respeito à hierarquia normativa — Constituição, lei ordinária e regulamento.

3.7 — Constituição de 1967, Emenda Constitucional nº 1, de 1969, e Emenda Constitucional nº 7, de 1977

A Constituição de 24 de janeiro de 1967, que entrou em vigor a 15 de março do mesmo ano, reproduziu todos os artigos da de 1946, referentes ao controle da constitucionalidade, e parte das inovações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 16/65. A última Emenda, a de nº 7, de 1977, deu as últimas alterações textuais, permitindo-nos concluir, sob o seguinte roteiro, como se configura o controle constitucional no Brasil nos dias atuais:

1º) **Declaração “in casu”:** C.F., art. 119, inciso III, alíneas a, b, c e d.

“Art. 119 — compete ao Supremo Tribunal Federal:

.....

III — julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; ou
- d) dar à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.”

Convém lembrar que, nestes casos, a matéria constitucional é usada como matéria de defesa.

2º) **Declaração “in thesi”:** C.F., art. 119, inciso I, letra I.

“Art. 119 — Compete ao Supremo Tribunal Federal:

I — processar e julgar originariamente:

.....

l) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual.”

3º) **Declaração para efeito de intervenção federal:** C.F., art. 11, § 1º, c, e/c art. 10.

“Art. 11 — Compete ao Presidente da República decretar a intervenção.

§ 1º — A declaração da intervenção dependerá:

.....
c) do provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, no caso do item VI, assim como nos do item VII, ambos do art. 10, quando se tratar de execução de lei federal.”

4 — Formas de controle da constitucionalidade

Entende-se por controle político a verificação da constitucionalidade de um ato jurídico através de um órgão não pertencente ao Poder Judiciário.

A opção por este órgão funda-se, principalmente, na alegação de que a interpretação da Constituição deve ser reservada a órgãos com sensibilidade política, porque a Constituição, mais do que uma simples lei, é um plano de vida político-filosófica, cujo sentido não permanece estático, nem pode ser hierarquicamente considerado. Outro motivo alegado é de que, dado o controle ao Poder Judiciário, estar-se-ia prejudicando o princípio da independência e harmonia entre os Poderes, já que se daria aos Juizes o poder de anular as decisões do Legislativo e do Executivo.

Apesar do controle político constitucional ser previsto, atualmente, por algumas Constituições, como por exemplo, a Constituição francesa, ele não predomina na maior parte dos países, pois a experiência tem demonstrado que esse controle pode ser ineficaz. A tendência é de apreciar as questões submetidas, antes pelo critério da conveniência e da oportunidade, do que pelo critério da concordância com a Constituição. A crítica que se faz é que quando assim atuam, estes órgãos tendem a agir redundantemente, ou seja, a se tornarem outro Legislativo, ou outro órgão fundamental.

O controle judicial originou-se da célebre decisão do Juiz Marshall, reconhecendo pertencer ao Poder Judiciário incumbência de zelar pela Constituição.

O controle judicial pode ser provocado de dois modos diferentes:

1º) por “via de exceção” ou “in casu”;

2º) por “via de ação” ou “in thesi”.

No primeiro caso, a inconstitucionalidade é questão prejudicial, é meio de defesa, que a parte usa para excusar-se do não cumprimento de lei ou ato inconstitucional.

No segundo caso, a inconstitucionalidade é o próprio objeto da lide e consiste no fundamento de um pedido de anulação de lei ou ato inconstitucional.

O controle por “via de exceção”, ou “in casu”, ofende menos a suscetibilidade dos órgãos políticos, pois o seu efeito, como declaração incidental de um caso concreto, é de natureza **inter partes**. Como direito subjetivo, pode ser demandada em qualquer Juízo e instância. Mas, na Constituição brasileira, pode alcançar, também, efeitos **erga omnes**, quando o Senado, através da competência que lhe é atribuída pela Constituição no seu art. 42, inciso VII, suspende a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

O controle por “via de ação” ou “in thesi” tem uma abrangência ampla já desde a sua declaração, pois tem efeitos **erga omnes** quando do trânsito em julgado do acórdão do STF. Esta decisão implica, evidentemente, na concentração da declaração de inconstitucionalidade nas mãos do mais alto Tribunal do país, cuja amplitude trará efeitos a todos, mesmo aos que não foram partes na demanda.

Estes são, enfim, os meios principais para o exercício do controle constitucional pelo Judiciário: a exceção, cabível perante qualquer juízo, mas abrindo ensejo a que a matéria chegue ao Supremo Tribunal Federal; e a ação direta, que só pode ser proposta perante à Máxima Corte e por iniciativa do Procurador-Geral da República.

O Supremo Tribunal Federal, na declaração incidente, ou “in casu”, julga a causa através da prestação jurisdicional; diz o direito para resolver o conflito **inter partes**. Na ação direta, ou “in thesi”, ele julga a lei através de um ato político. Daí se dizer que, no Brasil, existe um controle misto de constitucionalidade.

5 — Da declaração de inconstitucionalidade no Brasil

5.1 — Declaração “in casu”

A declaração “in casu” ou “via de exceção” ou defesa, está disciplinada em nossa Constituição segundo o que dispõe a Constituição federal no art. 119, inciso III, letras **a, b, c e d**.

E o mesmo artigo, nos §§ 1º e 3º, assim determina:

“§ 1º — As causas a que se refere o item III, alíneas a e d, deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no Regimento Interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal.

.....
§ 3º — O Regimento Interno estabelecerá:
.....

c) — o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da argüição de relevância da questão federal.”

Pois bem, reportando-nos ao art. 327, do Regimento Interno, vemos que caberá privativamente ao STF o exame da argüição de relevância da questão federal.

Como se vê, para se obter a declaração de inconstitucionalidade “in casu”, pode-se tomar dois caminhos: o recurso extraordinário (CF — art. 119, alíneas b e c) ou a argüição de relevância da questão federal (CF — art. 119, § 1º e § 3º, letra c). Quando ocorre a hipótese de admissibilidade do R. Ex., a argüição de relevância é desnecessária, ou melhor, descabível.

Já nas hipóteses de inadmissibilidade do R. Ex. (art. 325, do Regimento Interno) a argüição de relevância é indispensável, isto é, o seu processamento é autorizado.

Entende-se por argüição de relevância da questão federal o debate em torno daquilo que é de grande valor, que é relevante, conveniente para o interesse jurídico-social vigente. Este instituto foi criado pela Emenda nº 3/75 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. O processo da argüição de relevância da questão federal acha-se disciplinado pelo Regimento Interno do STF, no seu art. 328.

Mas, convém ressaltar aqui, nem sempre um recurso de ofensa à Constituição federal é relevante, pois para tanto é necessário entender o sentido da argüição de relevância da questão federal, que deve abranger matéria de interesse público e não somente a que diz respeito ao interesse exclusivo e imediato das partes.

Somente um processo bem fundamentado, desde as suas origens, pode produzir um recurso de argüição de relevância com capacidade de provimento.

5.2 — Declaração “in thesi”

Outro meio previsto no sistema jurídico brasileiro para o controle da constitucionalidade de leis é a ação direta. A declaração “in thesi”, ou via de ação, decorre do dispositivo constitucional, art. 119, inciso I, letra I, que atribui ao Procurador-Geral da República a titularidade da ação direta ou representação, como é mais habitualmente conhecida pelo STF.

Esta, aliás, é a única hipótese em que a ação pode ser proposta contra a lei em abstrato, sem a necessidade de um prejuízo particularizado.

O Regimento Interno do STF, no seu Título VI, estabeleceu as normas processuais da representação.

Apesar de a titularidade da ação ser privativa do Procurador-Geral da República, qualquer interessado poderá representar ao Procurador-Geral que este promova a arguição, hipótese em que ele terá prazo de trinta dias, a contar do recebimento da representação, para apresentar a representação.

Entende-se que o Procurador-Geral poderá não apresentar a arguição se entender que não existe a infração alegada; entretanto, isto é matéria controvertida.

5.3 — Declaração para efeito de intervenção federal

A Constituição, no art. 11, § 19, e c/c, o art. 10, determina que compete ao Presidente da República decretar a intervenção, mas esta dependerá do provimento pelo Supremo Tribunal Federal de representação do Procurador-Geral da República, na qual fundamenta a inconstitucionalidade da execução de lei federal.

VII — O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL

1. A discussão sobre o problema da inconstitucionalidade da reforma da Constituição foi levantada, de maneira mais concreta, nos Estados Unidos.

A jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos não manteve decisões uniformes sobre o assunto. A princípio (sec. XIX), prevalecia o entendimento de que o julgamento da constitucionalidade

de uma emenda constitucional era uma questão política, não devendo ser decidida pela Corte.

Neste século, entretanto, começou-se a fazer a distinção entre dois tipos de inconstitucionalidade: "matters of procedure" (forma do procedimento para a reforma) e "matters of substance" (conteúdo da reforma). Chegou-se, então, à conclusão de que o problema não era de fundo político, e sim judicial, cabendo à Suprema Corte controlar a constitucionalidade das emendas à Constituição.

A Suprema Corte passou a julgar vários casos, mas todos sobre inconstitucionalidade do procedimento da reforma: *Knight v. Sheldon* (1905), *Anderson v. Myers* (1910), *Glanke v. Smith*, em 1920 (cf. ORFIELD, *The Amending of the Federal Constitution*).

Em 1920, a Corte Suprema apreciou o primeiro caso de inconstitucionalidade material, nos "National prohibition cases", decidindo pela constitucionalidade da Emenda XVIII; em 1921, a Corte apreciou também a constitucionalidade material da Emenda XIX. Por outro lado, a Suprema Corte dos Estados Unidos tem se orientado, em alguns casos, no sentido de considerar a decisão sobre a inconstitucionalidade da emenda, como "political question", recusando-se a examiná-la por este motivo.

A doutrina norte-americana também se divide; grande parte tem sustentado a possibilidade de o Poder Judiciário ter o dever de controlar a constitucionalidade das emendas à Constituição, declarando inconstitucional aquela cujo conteúdo fira seus princípios fundamentais.

2. Não paira hoje qualquer dúvida sobre a possibilidade do controle da constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário (como no Brasil) ou por um órgão político (como na França).

Parece-nos, também, fora de qualquer dúvida a possibilidade de os mesmos órgãos efetuarem o controle da constitucionalidade das emendas à Constituição.

No Brasil, compete ao Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade das leis ou atos normativos. É indispensável que o mesmo órgão controle e zele pela integridade da Constituição, tanto no seu aspecto formal, como no material. Desde que se compreenda a diferença entre o poder constituinte originário e o poder constituinte derivado, não há como isentar este último do exame da constitucionalidade de seus atos normativos.

Observa NELSON DE SOUSA SAMPAIO:

“É estranho que se tivesse tanto cuidado em fiscalizar o legislador ordinário para que este não desrespeitasse a Constituição e se deixasse de mãos livres o revisor desta, recusando-se aplicar ao mesmo um instrumento, cujo principal objetivo é o de impedir reformas inconstitucionais da Constituição” (21).

O que se discute é a amplitude do controle da Constituição. A reforma que desrespeita a forma prevista na Constituição pode, desde logo, ser declarada inconstitucional.

A declaração de inconstitucionalidade material da reforma suscita controvérsias. Se há matéria que a Constituição expressamente proíbe reformar, também não cabe dúvida quanto ao controle da reforma.

Surge o problema quanto à matéria não expressamente vedada ao poder reformador. Defendemos aqui a possibilidade do controle da constitucionalidade de princípios fundamentais, que formam o espírito da Constituição, e que não se acham expressamente vedados ao poder de revisão.

Nossa Constituição atual protege a Federação e a República; expressamente só estes dois princípios estão vedados à reforma. Outros princípios há, entretanto, que estão acima de qualquer reforma, não havendo mesmo necessidade de se escrever a proibição. Assinala HAURIUO:

“... em qualquer povo, existem princípios fundamentais suscetíveis de constituir uma legitimidade constitucional superior à Constituição escrita, e, a fortiori, superior às leis ordinárias. Sem nos referirmos à forma republicana de governo, para a qual existe um texto, há muitos outros princípios que não necessitam texto, porque a característica dos princípios é existir e valer sem um texto” (22).

Insistimos, novamente, na existência de um direito acima e anterior ao direito escrito e na existência de uma Constituição real, além daquela escrita em uma folha de papel.

OTTO BACHOF, em excelente obra sobre a inconstitucionalidade das normas constitucionais, examina a existência de normas

(21) NELSON DE SOUSA SAMPAIO. *Op. cit.*, p. 108.

(22) MAURICE HAURIUO. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Madrid, Editorial Reus, 1927, p. 327.

constitucionais contrárias ao direito natural, infringindo direito supralegal. Analisando a jurisprudência alemã, o autor cita decisões dos tribunais; algumas são contrárias à declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais, pronunciando-se no sentido de que as normas suprapositivas não entram no critério do conceito de Constituição alargado, por inclusão do direito suprapositivo (decisão do VGH de Würthtemberg-Baden, de 13-11-1950). O acórdão do OVG de Lüneberg, de 16-3-1950, faz uma distinção entre a Constituição, formal e material. Diz BACHOF:

“É, porém, o Verf EH da Baviera que de modo mais decidido se afasta de um conceito de Constituição puramente formal ao incluir o próprio direito suprapositivo na “Constituição” como padrão de controle. Assim, afirma-se na sua decisão de 24-4-1950, muitas vezes citada, relativa ao art. 184 da Constituição da Baviera: “A nulidade inclusive de uma disposição constitucional não está a priori e por definição excluída pelo fato de tal disposição, ela própria, ser parte integrante da Constituição. Há princípios constitucionais tão elementares, e expressão tão evidente de um direito anterior mesmo à Constituição, que obrigam o próprio legislador constitucional, e que, por infração deles, outras disposições da Constituição sem a mesma dignidade podem ser nulos” (23).

BACHOF, assim como outros doutrinadores (DUGUIT, HAURIOU, LÉGON), admite limitações implícitas até mesmo ao poder constituinte originário, limitações impostas pelo direito natural.

Observa LINARES QUINTANA (in *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*) que STORY já sugeria a noção de limites implícitos ao poder de emendar a Constituição americana. Cita, ainda, COOLEY, como o primeiro defensor da tese dos limites implícitos ao poder de revisão.

Em nosso entendimento, não pode uma emenda à Constituição afetar os princípios fundamentais que formam a essência da lei fundamental de um país, cabendo ao Poder Judiciário zelar pela sua integridade, declarando-a inconstitucional. Certos princípios constitucionais fazem parte de um conjunto coerente de valores; a supressão ou modificação de um deles pode representar a destruição de todo o sistema político vigente, e de toda a Constituição. A emenda constitucional que tiver tal efeito não pode ser excluída do controle judicial.

(23) OTTO BACHOF. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Coimbra, Atlântida Edit., 1977, p. 23.

VIII — CONCLUSÃO

As instituições humanas não são uma criação artificial, nem as Constituições são obra de especulações doutrinárias daqueles que as elaboram. Resulta mesmo, num lugar comum, dizer que elas são feitas para o povo, e não o povo para elas. Assim, devem responder às aspirações da sociedade em um momento determinado e ser o instrumento através do qual o Estado, que elas organizam, possa cumprir sua missão.

Uma Constituição, ao surgir, representa a solução de uma crise histórica, que se conclui com a formação ou transformação do Estado. Assim, tem uma estrutura política fim ético e realidade social condizentes com a crise que a determina.

Deve-se notar, entretanto, que a sociedade não é estática e que suas concepções são suscetíveis de mudança, quanto aos modos ou maneiras de alcançar os fins que pretende realizar. O conhecimento das finalidades que a Constituição se propõe a atingir é fundamental.

Ressalte-se, ainda, que não só a Constituição, as leis complementares e as leis ordinárias exaurem todo o direito constitucional de um Estado; por sua própria natureza, o direito constitucional não se presta para ser declarado em fórmulas rígidas e em grande parte permanece não escrito: há certos princípios gerais, costumes, princípios morais, assim como certas necessidades sociais, que podem estar acima da lei escrita, ou serem-lhe paralelas, ora em relação de coexistência, ora em luta, ora ignorando-as. Assim, a Constituição deve representar a exposição dos seus sumos princípios e a formulação correta de seus conceitos básicos, tentando a visão de conjunto, pela síntese total.

A análise da sua estrutura normativa há de ilustrar-se com a determinação dos fins a que se destina e a fixação dos pressupostos sociais e filosóficos que a condicionam.

A análise constitucional é indispensável à sua compreensão, sem se ater a norma à descrição de seus elementos formais da realidade jurídica, e sem limitá-la ao estudo puramente normativo; não se deve excluir as indagações interpretativas, que levam o jurista a tomar contato com a realidade social subjacente às normas.

O direito constitucional deve oferecer visão mais ampla, quer naqueles sistemas que se caracterizam pela estabilidade das normas, quer nos que deixam a solução de conflitos à atividade criadora dos grupos sociais que se defrontam, organizando a paz mediante a ordenação voluntária dos interesses que representam.

Nenhuma Constituição pode pretender ser a palavra definitiva, ou a regra imutável da sociedade política; esta, formada por grupos em que se realizam vários fins, não pode deixar de refletir todo esse conjunto de forças sociais, traduzido em necessidades e aspirações individuais e coletivas. Há, necessariamente, uma certa configuração característica de cada Estado, resultante das condições peculiares do povo e do território respectivo, e, na medida em que essas condições sejam mutáveis, claro está que a Constituição não pode ser imutável, sob pena de deixar de corresponder à realidade.

A Constituição cujo texto é mais estável não resiste à pressão da dinâmica social e vai variando nas interpretações e na prática; as mais fluidas visam a uma orientação estável e certos equilíbrios de forças sociais a que correspondem.

A norma constitucional deve, além de traduzir as constantes próprias do caráter de seu povo, apresentar-se como repositório de sua experiência histórica, assegurando uma fácil adaptação das instituições políticas às circunstâncias que vão surgindo em cada época, enriquecendo-as com novas possibilidades e libertando-as de encargos ou poderes ultrapassados.

A flexibilidade da Constituição é condição indispensável para que ela possa perdurar. Não se trata, aqui, de facilidade de procedimento da sua reforma, mas de que seu conteúdo e forma sejam tais, que permitam que ela se adapte adequadamente às novas exigências e aos novos processos que suscitam o *devenir* da vida dos povos. A flexibilidade não será facilidade de troca, mas o oposto: flexível é o que pode ser dobrado, sem se romper, ajustado às novas condições e circunstâncias, sem experimentar mudança substancial. Assim, estabilidade e flexibilidade podem compatibilizar-se. Uma Constituição realmente estável é a que é flexível, neste sentido, e pode ajustar-se às novas experiências, sem necessitar modificações em sua essência.

A norma constitucional há de ser estável, mas não estática; seu conteúdo deve limitar-se à exposição dos grandes princípios fundamentais ou básicos, ao governo e à garantia da liberdade e da dignidade do indivíduo e da sociedade, sem descer a minúcias ou detalhes, para que não falte correlação entre suas cláusulas e a realidade sempre mutável do país.

Toda organização perdura enquanto renasce. A reforma da Constituição é uma necessidade imposta pela época e pelas necessidades de uma maior perfeição orgânico-institucional. Por maior que seja o senso de previsão do constituinte, o mundo evolui de maneira tal que o que se estabelece recebe influências por força de fatos novos e decisivos. A evolução é para os povos um fator de rejuvenescimento indis-

pensável. A estabilidade constitucional deve impor um espírito de prudência ante toda reforma; por outro lado, faz-se necessário não aferir-se, ou exceder-se na manutenção de prescrições arcaicas, ultrapassadas pelos fatos e pelo tempo, apenas para manter um respeito e uma prudência, que podem ser prejudiciais à Nação. Neste sentido, deve-se encarar a reforma constitucional, para atualizar o que seja incompatível com a evolução, ou para completar a Constituição nos diversos aspectos em que ela estiver em desacordo com a vida da coletividade.

Escrita ou costumeira, a Constituição é a peça político-legal básica de um povo; nela se não encontram princípios, de cuja estabilidade depende a sobrevivência das instituições eleitas pela Nação. Assim, tradicionalmente, defende-se a imutabilidade dos preceitos constitucionais. Espera-se, sempre, que o legislador constituinte faça a regra jurídica adaptar-se à realidade jurídica, política e social do povo a que se destina.

Ao procurar assegurar-se a estabilidade da Constituição, não se deve desejar, entretanto, a sua petrificação. A estabilidade e a permanência devem ser traduzir numa razoável duração. Os princípios gerais devem ser imutáveis, estáveis, mas, ao mesmo tempo, amplos, no sentido de poderem se ajustar às situações não previstas pelo constituinte, e que se tornam necessárias com a evolução social.

Para assegurar a constante renovação da Constituição, o constituinte prevê o poder de revisão, bem como seus limites. Se não se impusesse nenhum limite ao poder de revisão, haveria sempre o perigo de ação muito drástica por este poder, a qualquer tempo. Se não se admitisse a revisão da Constituição, haveria a ameaça constante de revolução, para mudá-la. Assim, o propósito de se prever, na própria Constituição, o poder de revê-la, é tornar possível, gradualmente, a mudança do texto constitucional, à medida que as mudanças sociais a tornem necessária, para ajustá-la e torná-la sempre eficaz. Imprescindível, porém, é que o poder reformador observe os limites impostos à sua atuação, tanto os de maneira expressa, como os de modo implícito, decorrentes dos princípios e do espírito da Constituição.

IX — BIBLIOGRAFIA

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Coimbra, Atlântida, 1977.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **A Teoria das Constituições Rígidas.** SP, José Bushatsky, 1980.

BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional**. Rio, Forense, 1980.

BITTENCOURT, Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. Rio, Forense, 1968.

BURDEAU, Georges. **Traité de Science Politique**. Paris, Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence, 1969, tomo IV.

COOLEY, Thomas M. **The General Principles of Constitutional Law**. Boston, Little, Brown and Company, 1880.

JAMESON, John Alexander. **A Treatise on Constitutional Conventions**. Chicago, Callaghan and Company, 1887.

HAURIUO, Maurice. **Principios de Derecho Público y Constitucional**. Madrid, Ed. Reus, 1927.

LASSALE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** Edit. Villa Martha, 1980.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. O poder de revisão constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 14, n. 56, out./dez. 1977.

LINARES QUINTANA, Segundo V. **Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional**. Edit. Buenos Aires, Alfa, v. II, 1973.

LYRA FILHO, Roberto. **Razões de Defesa do Direito**. Brasília, Obreira, 1981.

MALBERG, R. Carré de. **Contribution à la Théorie Générale de l'État**. Paris, t. II, Recueil Sirey, 1922.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. Revista dos Tribunais, t. III, 1973.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. **O Poder de Reforma Constitucional**. Bahia, ed. Progresso, 1954.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. México, Ed. Nacional, 1966.

SIEYÈS, Emmanuel. **Que es el Tercer Estado?** Buenos Aires, Edit. Americale, 1943.

VERDÚ, Pablo Lucas. **Curso de Derecho Político**. Madrid, Editorial Tecnos, 1974.

Legislativo brasileiro na Nova República

ROSINETHE MONTEIRO SOARES

Assessora Legislativa da Câmara
dos Deputados

Introdução

Em ambos os hemisférios, não apenas no ocidental, os países que ainda buscam, como o nosso, uma civilização justa e eqüitativa para sua sociedade, padecem de intensa instabilidade política ⁽¹⁾. Parece verdadeiro que só após a satisfação de suas necessidades básicas, referidas à sobrevivência, o homem começa a desenvolver virtudes. E a afirmação deve ser também válida quando se trata de corpos sociais.

Um regime político estável só é característico de sociedades amadurecidas, que já alcançaram certo grau de harmonia entre os vários estamentos de que se compõe; ou, por completa oposição, tenham-se desviado dessa harmonia natural, e derivado para uma capacidade estatal de repressão prolongada das aspirações populares, sob a forma de ditaduras ⁽²⁾.

(1) ASTIZ, C. *Legislatures in Comparative Perspective*. Ed. Kornberg, 1974.

(2) Referimo-nos a formas autocráticas de Governo com capacidade de se manter no poder, não necessariamente pela força ou com ostensiva supressão de direitos, como, normalmente, agem as ditaduras.

No Brasil, desde o Império, a instabilidade social foi flagrante, mesmo havendo paz aparente, e certa "estagnação", similar a um clima de estabilidade do regime político⁽³⁾. As tensões sociais, nas áreas rarefeitas de populações politizadas, permitiram uma estagnação duradoura, paralela aos pólos de desenvolvimento que despejam alhures o efeito do impacto industrial.

As espaçadas mudanças políticas que tivemos até 1930 corresponderam ao somatório, ou clímax, de sucessivas manifestações de grupos que, pouco a pouco, acumulavam a virtualidade de sua vontade de reagir ao *status quo*. Líderes intelectuais traduziram, a cada vez, os anseios de integração, conseguindo-a, em certa medida, para sucessivos segmentos populacionais, ampliando-se sua conquista, mas nem sempre na proporção do crescimento econômico. A população integrada sempre esteve longe de, sequer, representar a massa, e o poder político se manteve ainda mais concentrado.

As mudanças contra-revolucionárias

Dos mais decisivos dos momentos de aglutinação da virtual atitude mudancista, entre nós, foi o evento da bienal de São Paulo em 1929, alvorada do que se identificou como movimento cultural populista, afinal culminando com a Revolução de 1930⁽⁴⁾. Observe-se que, desde então, as mudanças constitucionais, refletidas na própria estrutura do Governo, sucederam-se com freqüência e intensidade⁽⁵⁾. Atribua-se o fato, igualmente, à proliferação dos meios de comunicação advinda do período de após-guerra.

A divulgação das formas de vida dos países ricos tornou a humanidade cheia de desejos e aspirações. Sua inquietude, ali onde o conforto ainda não alcança as maiorias, como é o nosso caso, torna os governos muito vulneráveis a tensões sociais e instabilidade econômica e política.

Em 1963, essas tensões mal se podiam conter, no Brasil. E, não foi outro o motivo da queda do Governo do Presidente João Goulart, tomando a direção o grupo mais conservador, o chamado poder moderador da era republicana. Desde então, as pressões dos grupos menos favorecidos pelas "benesses" da industrialização têm sido mantidas a um nível, às vezes médio, outras vezes, apenas suportável. Algumas reformas do tipo PROTERRA, PIS, PASEP etc., foram apenas suficientes para desinflar os tensos balões sobre bolsões de pobreza, nas áreas onde a poli-

(3) NOGUEIRA, Otaciano. Seminário de Política e Economia, na Câmara dos Deputados em 1983 — abril.

(4) Segundo o Prof. OTACIANO NOGUEIRA, em 1930, mais um segmento da sociedade ter-se-ia incorporado ao processo político, social e econômico.

(5) Só a partir de 1967, além dos atos institucionais de exceção, tivemos 25 emendas constitucionais.

tização não acompanha, mas antecipa-se ao desenvolvimento industrial (6). É que as reformas sociais foram estreitas demais, em cada caso, para alcançar as populações marginalizadas.

Supõe-se, no modelo brasileiro de Administração Pública, que o bolo econômico seja repartido com base na produtividade dos fatores que o geraram, com certas vantagens de acumulação para estimular a área produtiva. Considerando-se esses termos de redistribuição da produção, acumula-se capital fixo, mas, os contingentes de população mais pobres, desnutridos e deseducados, recebem muito pouco e perpetuam sua baixa produtividade no trabalho. Sua carência de capacidade para qualquer iniciativa se intensifica, mesmo na área sócio-política, pelo estado de apatia que muito tempo de marginalização criou. Sua fraqueza de capacidade de barganha social já se inicia ao nascer, em face da desnutrição das mães (7).

Os Governos do período da Revolução pretenderam apressar um salto na produtividade nacional, a nível global, com investimentos superdimensionados, financiados com o crédito, então, fácil, obtido no exterior. Além da inversão física, que representou o nosso endividamento interno e externo, esse tipo de administração da coisa pública importou enorme custo social.

As populações, principalmente as de rendas baixa e média, muito empobrecidas pela inflação, acabaram por encontrar uma via de manifestação de sua inconformidade. Afinal, elas não partilharam a opção por adiar o consumo de sua sobrevivência, mesmo que, eventualmente, pudessem até ter concordado com a mesma, se houvessem sido consultadas, sequer por intermédio de seus representantes legais no Congresso.

Mais ainda que os atingidos pela transposição do consumo para o futuro, as elites intelectuais, especialmente as que detêm os meios de comunicação mais populares, procuraram mobilizar a Nação por um movimento contra-revolucionário de base. Começaram identificando as tendências à distensão na política e pressionando pela conseqüente "abertura". Em breve os governos revolucionários não puderam conter, pelo menos não no ritmo de sua opção estratégica, nem a "abertura", nem a mobilização pela democracia plena (8).

(6) LOWI, Theodore. *The End of Liberalism*. Northon & Co Inc., 1969.

(7) Segundo o Prof. F. CHAVES, o encurtamento dos neurônios dos recém-nascidos por falta de nutrição materna já prejudicou as próximas gerações pobres do Nordeste para uma vida normal e inteligente. *Simpósio sobre o Papel da SUDENE*, CD, 1981.

(8) Os periódicos passaram, pouco a pouco, a se referir ao termo "abertura" em lugar da referência a "distensão", menos incisiva.

Passando-se para a chamada "abertura", parte do próprio Governo, constituído ou paralelo, já estava influenciado pela comunicação de massa que, rapidamente, foi, por assim dizer, tomando o poder⁽⁹⁾.

Desde a última eleição no Congresso, um condicionamento⁽¹⁰⁾ de relativa inércia, que era o subproduto de muitos anos de regime autoritarista centralizado, quebrou-se. Logo a ala renovada do Parlamento, em especial da Câmara dos Deputados, associou-se ao movimento renovador, ainda mal identificado e visto como simples oposição. De modo mais ostensivo, em pouco tempo, mobilizaram-se igualmente outras comunidades intelectuais que não a de comunicações, especialmente aquelas muito ligadas à aprovação da opinião pública para o exercício de seus trabalhos — artistas, clero, professores e políticos. E, naturalmente, em especial, ao nível local, as lideranças jovens⁽¹¹⁾, ávidas por ganhar espaços sobre os seus antecessores mais velhos. A opinião geral, assim fortificada, uniu até correntes secularmente adversas.

Toda essa movimentação se repercutia no Congresso⁽¹²⁾. Era, não só a caixa de ressonância de todos os ruídos sociais, mas o cadinho onde se processava a continuidade e seqüência dos acontecimentos; a sede das "démarches", o local de decisão formal e informal das questões políticas.

Essa conjuntura foi uma básica mudança no velho condicionamento do período revolucionário. A mudança começou a ganhar força desde a Legislatura anterior, com os projetos de reanexação de prerrogativas⁽¹³⁾ e, a seguir, agressivamente, com atitude de franca contestação⁽¹⁴⁾.

Desde que o Congresso demonstrou ganhar força interior, os meios de comunicação, na sua natural busca de notícias, passaram a colocá-lo "na berlinda", exigindo mais e renovadas atitudes audazes, a um ritmo, às vezes, difícil de acompanhar para uma instituição que passara por 20 anos de quase hibernação⁽¹⁵⁾.

(9) A leitura de periódicos do último semestre de 1984 demonstra como, em verdadeira avalanche, a população foi mobilizada em comícios enormes, tomando o poder pela pressão popular pacífica.

(10) SOARES, R. M. Poder Legislativo e Conjuntura Nacional. *Revista de Informação Legislativa*. Senado Federal, a. 20, n. 79, jul./set. 1983.

(11) BUSEY, J. *The Old and the New in Politics*. McGraw Hill, 1979.

(12) Veja-se o noticiário sobre a votação dos sucessivos decretos com que o Governo tentou congelar salários em 1984.

(13) SOARES, R. M. *Revista de Política da Fundação Milton Campos* out. 1983.

(14) Por volta do fim do 1º semestre de 1983, a atitude do Congresso já era suficientemente agressiva para rejeitar legislação de iniciativa do Executivo.

(15) Referimo-nos a 20 anos de ação reprimida, conforme nossa análise em trabalho apresentado em Recife. Encontro Anual da ANPOCS — 1982.

A opinião pública, aguçada, passou a exigir dos legisladores um comportamento cada vez mais contestatório, comparecendo, freqüentemente, às galerias para pressionar. Quem acompanhava o processo podia claramente perceber o andamento, mesmo que não explícito, sequer aos agentes, de uma contra-revolução. A um certo ponto do movimento, dois candidatos a uma eleição indireta concorriam pela identificação com a "oposição" ao regime. Estava consagrada a vitória do que hoje se chama a Nova República (16).

O Congresso na Nova República

Na linha de raciocínio acima abreviada, devemos esperar do Governo da Nova República um trabalho interativo com todos os meios de comunicação. Os profissionais de imprensa, por sua vez, deverão, coerentemente, exigir uma forma de administração pública intensamente participativa, com origem no Congresso Nacional, e permanente mobilização pública.

Nem poderá haver outra alternativa viável que credencie o Governo a suplantarmos uma situação inicial tão onerosa, composta que está a conjuntura de dívidas internas e externas. E, ainda assim, a negociação com os setores mais esperançosos da sociedade não será fácil. Os governantes terão, naturalmente, que tomar medidas saneadoras, nem sempre simpáticas, e dosar sabiamente os benefícios tão ansiosamente esperados para não ameaçar a continuidade do processo produtivo.

Se, ultrapassado esse período, o Executivo começar a colher os frutos dos investimentos que causaram a impopularidade dos Governos da Revolução, o Congresso, certamente, já terá aprendido a usar enérgicos instrumentos de fiscalização e controle. Portanto, o papel do Congresso continuará muito central.

Mas, enquanto, no período de transição do regime autoritário para a democracia, o papel do Congresso tem sido o de sujeito, objeto e intermediário, cada um desses papéis vividos e exercidos intensamente, consolidada a Nova República, ele terá que reaprender funções parlamentares tradicionais das democracias, como as de conter a bolsa pública e fiscalizar a gestão do Executivo. E, não está sequer aparelhado para isso.

Tanto a atividade orçamentária de acompanhamento congressional, como a fiscalização, em moldes modernos, pedem, para satisfazer a opinião pública, formas muito sofisticadas de exercício. A fiscalização por parte do Poder Legislativo não se faz mais em moldes de verificação da legalidade dos atos e honestidade dos executores da despesa. Essas são hoje atri-

(16) Termo consagrado pelo Presidente Tancredo Neves, quando de sua eleição em 1985.

buições dos órgãos auxiliares dos Congressos. Eles se dedicam, especificamente, a partir de análises prévias de órgãos especializados, a avaliar de modo amplo os atos da gestão do Governo, em relação à intenção do legislador e com respeito à sua eficácia na consecução da lei.

Praticamente todos os países desenvolvidos exercem sua fiscalização sobre os atos do Poder Executivo avaliando seus projetos em face dos objetivos da lei. Alguns desenvolveram enormes burocracias com esse propósito, outros, além da burocracia principal para fiscalizar, mantêm organismos paralelos para avaliação e controle, com metodologia cada vez mais sofisticada. Em qualquer caso, no entanto, a exposição dos atos governamentais à apreciação da opinião pública tem-se mostrado a maneira mais eficiente de mantê-los dentro de padrões adequados para os objetivos da sociedade.

Apoio parlamentar

Definidas as maiorias governamentais no Parlamento como seriamente comprometidas com a promoção das expectativas geradas pela campanha vitoriosa nas populações, surge a necessidade de que o Parlamento se instrumente para ajudar o Governo a cumprir sua missão.

O forte entrelaçamento entre o poder ascendente — a Nova República, e o emergente da campanha — a imprensa, é uma forte razão para esperarmos que o Governo passe a ser exercido, quase em vitrine, de total e constante exposição.

Parece nos que, a nível macrosocial, estamos justo ultrapassando a época de nossa história em que o Governo era uma atividade aceita pelo povo como algo longínquo. Também a nível microssocial, dentro das instituições, os agentes querem participar das decisões. No Governo do Distrito Federal, de população intensamente politizada, já se fala em eleições para diretores das escolas.

Mudanças recentes nas diretorias de ambas as Casas do Congresso, sem debate e divulgação, criaram um clima de expectativa e insegurança por parte de quem, em seu pequeno universo, decide ou depende das decisões. Hoje a administração já não pode fazer-se sem participação dos interessados, em todos os níveis, e este é um tipo de conquista social irreversível.

Certamente não se pode esperar que um novo Governo dependa de um apoio parlamentar reduzido, ao nível do Governo anterior, com organização e funções estereotipadas e enfeixadas em sistemas hierárquicos de grande rigidez e baixa produtividade. Portanto, espera-se, no Congresso, que reformas se façam na sua organização de apoio, como na própria instituição, quer nos moldes de trabalho como na estrutura. Elas devem

concorrer para o dinamismo das presentes propostas de Governo com pressupostos de integração dos amplos segmentos sociais. A mobilização iniciada, sem dúvida, vai desembocar no Governo pela via do Congresso.

Quando no Senado as estruturas sejam mais abertas a um processo decisório, em subsistemas de relativa independência, sua ação ainda é restrita, em função dos dispositivos legais vigentes, especialmente quanto à *despesa pública*.

Na Câmara dos Deputados, deve-se notar que a última grande reforma do sistema de apoio administrativo deu-se pela Resolução nº 20, em 1971. O documento foi um abrangente instrumento de modernização e racionalização organizacional, mas tem 14 anos, e o "racional" vigente na política era o da época e regime, totalmente diversos dos dias atuais.

A esse reestruturamento associou-se toda uma reformulação regimental⁽¹⁷⁾ tendente a conduzir os fluxos da atividade legislativa, com bastante eficiência no âmbito interno. A questão da eficácia da instituição estava muito na dependência dos entraves constitucionais delineados no próprio regime.

Em nossa análise do Poder Legislativo no Brasil⁽¹⁸⁾, em 1975, observávamos como o Regimento da Câmara dos Deputados fora adaptado aos pressupostos constitucionais da Emenda nº 1/69, em que a atividade política era mal interpretada e prejudgada como originalmente corrupta. Toda a formulação da época tinha uma conotação repressiva do *modus vivendi e modus faciendi* dos agentes do Poder Legislativo, supostamente desviados de uma linha de comportamento desejável pela instituição pública.

Diríamos que as reformas por volta de 1972, no seu conjunto, tanto na Câmara dos Deputados como no Senado Federal, foram muito bem sucedidas em seus objetivos específicos, que eram ligados a um sistema administrativo profissionalizado e capaz de suportar amplos níveis de crescimento vegetativo. Também foram um passo adequado como pressuposto da futura reaquisição de algumas prerrogativas institucionais, dentro das limitações a que os legisladores se sentiam sujeitos. Assim, na *impossibilidade de reformar-se o Poder Legislativo em sua interação com os demais*, e em seu papel como ramo do Governo, preparou-se-lhe um sistema de apoio como alternativa subliminar.

Reformas nos sistemas de apoio ao Legislativo tanto podem significar uma resposta às solicitações correspondentes ao desenvolvimento político interno, como tentativas de alcançar movimentos externos de repercussão no Parlamento. ABDO BAAKLINI, dedicado estudioso do assunto, acredita,

(17) Resolução nº 30/72.

(18) SOARES, R. M. & BAAKLINI, A. I. *Poder Legislativo no Brasil*. Câmara dos Deputados, 1975.

conosco, que as reformas administrativas no Legislativo também podem corresponder a reflexos de crescimento econômico externo, ou ainda a uma necessidade de mudanças intrínsecas na Instituição, a que ela, entretanto, não tenha condições de satisfazer (19).

Uma evidência de nossa hipótese é o fato de que os debates mais transcendentais de que tais reformas se originaram foram feitos no campo do poder e da imagem pública do Legislativo (20). E, realmente, nesse sentido, alguma coisa foi conseguida. Equipou-se o Congresso com estruturas para o propósito da divulgação, reestruturou-se o sistema de Comissões em correspondência funcional com os Ministérios, na Câmara dos Deputados; o Senado iniciou a instituição na automação dos sistemas informativos, disciplinou-se ainda o relacionamento institucional com as representações de organismos externos (21).

Mas, como no regime governamental de então, as adaptações regimentais moldaram um sistema altamente centralizado de decisões e ela se reflete, igualmente, na organização de apoio administrativo da Câmara dos Deputados, com hierarquia rígida e subsistemas hipertrofiados em dependência de decisões à distância.

No Senado Federal, mesmo que a pirâmide seja menos nítida quanto aos sistemas, a centralização subsiste na administração de meios, até por força de lei. Seu sistema de subsecretarias é bastante versátil sob o ponto de vista da fluidez do processo decisório no que se refere à atividade técnica de apoio à instituição. Mas sua dependência é rígida quanto aos meios. A referência dessas subsecretarias aos Membros da Mesa, experimentada e posta de lado, facilitou, em muito, a equiparação de capacidade de concorrência das várias funções administrativas ao nível de Mesa Diretora.

Uma relativa dispersão do "poder" individual da alta direção, por força dos vínculos das subsecretarias com a Mesa, permitia ao sistema global certa imparcialidade ao nível mais elevado. O mesmo esquema, no entanto, sujeita grandemente à personalidade política, a que estão vinculados, cada um dos titulares dos escalões intermediários de direção. Essa dependência estimula a produtividade e eficiência do subsistema administrativo no escalão médio, emprestada ao político como Membro da Mesa Diretora, mas também pode pôr à prova a habilidade administrativa do político ao nível acima dos seus subsecretários.

Freqüentemente, o vínculo entre Senadores e Diretores permanece, mesmo que informal, após a renovação da Mesa Diretora. Cria-se, por-

(19) BAAKLINI, A. I. Conferência em Albany — SUNYA — 1975.

(20) SANTOS, Senador Ruy. *O Poder Legislativo*. Brasília, Senado Federal, 1972.

(21) Art. 60 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

tanto, um esquema implícito de prêmio para a eficiência do funcionário. Uma vez bem sucedido no serviço do Senador, ele recebe seu apoio para manutenção de posições ou conquistas de ordem funcional, na organização. A alguns analistas esse tipo de fluxo pode parecer nepotista, mas ele se inicia em função da eficácia dos objetivos políticos quando eles se somam aos administrativos. Juízo de valor a parte, ele se mostra eficaz na institucionalização da organização de apoio. A medida de sua eficiência em relação à instituição pode prejudicar-se, apenas quando a Mesa Diretora não esteja atenta ao nível de delegação que dê aos diretores, e estes aos objetivos mais elevados do Legislativo. Um meio de assegurar-se de que tais objetivos estejam resguardados seria um avanço a mais no seu desenvolvimento, garantindo-se também um sistema de auto-avaliação periódico e permanente. A "performance" de cada subsistema pode ser avaliada por meio de padrões prefixados, a nível de Mesa, colocando-se então os interesses institucionais acima dos organizacionais. Em 1975 fizemos uma proposta (22) à Câmara dos Deputados visando a um controle similar da organização naquela Casa; entretanto não temos notícia de sua aplicação.

Na Câmara dos Deputados, a estrutura direciona um fluxo de meios, a partir do Diretor-Geral, em pirâmide hierárquica, que abarca, porém de modo dúbio, um processo concentrado em torno do Secretário-Geral, de ordem técnica e institucional, voltado para a atividade legislativa, especificamente (23).

Ao mesmo tempo, na Resolução nº 20/71, pretende-se que o Secretário-Geral, em linha indireta, coordene e dirija as atividades de elaboração legislativa, sob a direção-geral, paralela do Diretor-Geral. A própria "elaboração legislativa" (24) já é uma expressão que pode ser interpretada de modo menos ou mais amplo. Portanto, essas disposições tornaram o sistema dual, mas não necessariamente descentralizado.

Um Diretor-Geral "planeja, coordena, orienta, dirige e controla todas as atividades administrativas da Câmara dos Deputados" (25). Mas a Diretoria-Geral, em sua estrutura básica inclui, portanto, a Diretoria Legislativa, sob a administração indireta do Secretário-Geral da Mesa. Este "coordena e dirige" as atividades de "elaboração legislativa", todas colocadas num organograma sob a direção do Secretário-Geral e do Diretor Legislativo.

(22) SOARES, R. M. *Legislative Development Institutionalization*. CDSC, Albany, 1974.

(23) Art. 16 da Resolução nº 20/71 da Câmara dos Deputados.

(24) Presume-se definida nos termos da Constituição, no art. 46, mas, naturalmente, compreende toda a atividade formal e informal do processo de elaboração de normas.

(25) Art. 20 da Resolução nº 20/71 da Câmara dos Deputados.

O desenho da estrutura, portanto, não é muito claro quando coloca duas autoridades com o título de "Geral" exatamente no mesmo escalão hierárquico, que é o primeiro.

Torna-se evidente que o plano estrutural de 1971 tentava, com pouca agressividade, ou mesmo com certa timidez, descentralizar um processo, demasiadamente amplo, que girava, totalmente, em torno do Diretor-Geral. Ainda que ele seja a autoridade de execução da despesa, ao que nos parece, já não é o dirigente dos aspectos técnicos do apoio à elaboração legislativa. Também esta pode ser vista de modo mais estreito ou mais amplo, incluindo, pois, as atividades de assessoramento, assistência técnica às Comissões, controle do processo e áreas de informação ou ação política. É, pois, bastante larga a jurisdição do Secretário-Geral da Mesa.

Com um título adotado da nomenclatura mais tradicional dos Legislativos, o Secretário-Geral (2º) administra, na realidade, o processo político e legislativo, ao mesmo tempo que secretaria a Mesa, em particular a Presidência.

Estabeleceu-se, assim, um sistema dual de administração em que certas decisões são dificilmente definidas como de uma área ou de outra. A dualidade, no mesmo nível de hierarquia superior, sujeita o sistema a certos impasses que passam a depender de personalidades. Pode acontecer a hesitação de iniciativa, ou, quando as personalidades não sejam equivalentes em carisma, um exercer autoridade sobre o outro.

Não se pode inferir dessa análise que seja impossível administrar a organização dualmente. Funciona, a despeito de quantas omissões não percebidas. Há toda uma multiplicidade de opções para um desenho estrutural de organizações de apoio. Elas vão desde a integração global e inteiramente centralizada a sistemas de vasos comunicantes, integrados, porém dotados de relativa independência, produzindo serviços intermediários, convergentes aos objetivos da instituição.

Uma Comissão, ou um conjunto de Comissões, pode ter total ou quase total independência administrativa, criar seus métodos, receber dotações orçamentárias por que se responsabilize, ter seu sistema de pessoal, recrutar, consoante suas necessidades, e reportar-se, com produtos intermediários, ao sistema legislativo. Naturalmente, isso só seria possível, entre nós, depois das reformas de ordem constitucional e legal referentes a orçamento. Mais ainda, além das reformas da ordem vigente, as mudanças vão depender da extinção de um condicionamento prolongado a que os próprios legisladores foram submetidos quando os pressupostos de seu comportamento eram referidos a outros valores, menos democráticos que os de agora.

(28) A exemplo dos mais avançados sistemas de apoio parlamentar.

Hoje, a valoração vigente tende a reconhecer a dignidade e lisura da atividade política. Diz o Professor JAMES HEAPHEY⁽²⁷⁾ que Lord Churchill teria definido bem a razão pela qual o homem comum repudia a atividade política, mesmo o que a pratica habitualmente. E o teria feito em função da frustração humana ao reconhecer sua incapacidade de alcançar soluções integrais quando, através da política, procura equacionar seus problemas de relacionamento. Todas as decisões em que entram os vários interesses, e que caracterizam decisões políticas, podem ser, no máximo, a melhor alternativa *possível* ou viável, nunca a melhor de todas.

Além do próprio condicionamento prolongado dos legisladores, podem-se, também, prever outras dificuldades conjunturais, e vícios de comportamento do sistema, impedindo o reaparelhamento do Legislativo para fazer face às necessidades do Governo que se inicia.

Se iniciadas as mudanças de imediato, pelo menos as que forem viáveis sem prévias alterações constitucionais, e as que não dependam de legislação de processo demorado, terão que processar-se enquanto dure o impacto recém-trazido da alternância do poder. Se não se aproveitar "já" o impacto, ele pode esgotar-se.

Observe-se, por exemplo, o caso da fiscalização e controle. E também o longamente desejado acompanhamento orçamentário, como a participação no planejamento ou a apreciação de matéria financeira e influência no ordenamento monetário.

Exceto pela fiscalização e controle dos atos do Executivo, que exige estudo mais profundo para evidenciar suas vantagens para o poder dominante, as demais mudanças podem ser iniciadas pela própria maioria. E a oportunidade se reforça agora quando iniciam sua gestão, sabendo-se que o controle ao nível secundário facilita o trabalho dos escalões mais elevados.

Não duvidamos do idealismo, mas, adiante no tempo, é pouco natural e menos provável que as maiorias parlamentares na sustentação do Governo facilitem a aprovação de normas de controle. Tampouco se pode esperar tais providências de uma oposição oriunda das forças recém-derrotadas, ainda desestruturada.

Por enquanto, ainda não haveria rejeição ante a idéia de exposição dos atos da administração. Talvez haja até desejo de sua divulgação. É, pois, o momento para formar, no Congresso, as estruturas que permitam uma ampla atuação parlamentar no sentido de interagir com o Exe-

(27) HEAPHEY, James. No Seminário para Profissionais de Processamento de Dados, no Senado Federal, 1976.

cutivo de modo formal (28), e de o fazer na "vitrine", para a opinião pública.

Um Legislativo eficaz, além de eficiente, é de todo desejável para a maioria que apoiará o Governo. E há uma gama de reformas na burocracia legislativa que pode, de pronto, iniciar a tendência renovadora. Por exemplo, ocupantes de posições centralizantes poderiam delegar (29).

A médio prazo essas mudanças importariam em desburocratização do atendimento individual ao parlamentar pela reedição de documentos legais que permitam a criação de sistemas com relativa independência e capacitação legal e técnica. Esses sistemas dariam assistência ao legislador em sua função de fiscalizar, mobilizar, divulgar, expor, prognosticar, diagnosticar problemas públicos e, com o auxílio do próprio Executivo, formular os orçamentos.

Exceto nos casos de superposição antieconômica ou duplicação desnecessária, as unidades menores, com menos dependência, podem permitir um atendimento mais rápido ao legislador, evitando grande número de passos na rotina administrativa.

A descentralização poderia, igualmente, contornar um sério problema dos sistemas de apoio das organizações políticas. É o fato de que, frequentemente, há aglutinação de tarefas em algumas áreas, enquanto outras mantêm funcionários frustrados pela desocupação. A separação dos fluxos funcionais, com influência política dos demais, igualmente concentra o reforço funcional numa área em detrimento de outras.

Os funcionários ociosos buscam sempre uma ocupação paralela, ou criam outros vícios de ociosidade; os não reforçados psicologicamente criam ressentimentos perigosos dificultando o relacionamento social na organização. Trata-se, não apenas no Brasil, da má distribuição de um sutil efeito simbólico de prestígio político (30). Por um lado, esse efeito é altamente liberador de estímulos positivos, porquanto os funcionários partilham, com os políticos a que estão associados, seus sucessos, eficácia e até ideais. Já aqueles que não trabalham junto à cena política, e servem ao sistema no anonimato, são constantemente vítimas de intensa frustração.

Conquanto não seja solução total, uma base de sistemas liderados com criatividade poderia minimizar problemas deste tipo. Mas, não ape-

(28) Grande parte da atividade legislativa é informal, seja a mesma iniciada no Congresso ou no Executivo, conforme analisamos em nosso trabalho à Conferência sobre Legislativos na Sociedade Contemporânea, em Albany, 1975 — SUNYA.

(29) Art. 286 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

(30) EIDELMAN, M. *Symbolic Use of Politics*. Ed. Brooks, 1970.

nas ao organograma deve-se essa conjuntura, e sim à falta de reciclagem e treinamento de chefias. Os funcionários ascendem à chefia, às vezes por antigüidade, às vezes pelo sucesso em luta por progresso financeiro, mas nem sempre estão preparados para o exercício da liderança. E, mesmo quando estão, se encontram com as dificuldades de um sistema rígido e extremamente vertical de decisões, em que a chefia imediata não pode atribuir qualquer gratificação ao bom serviço prestado.

Essa verticalidade, por exemplo, não permite que o chefe premie o funcionário em compensação pela falta de outro fator favorável no seu trabalho. Não permite mudança alternativa de horário, liberdade de iniciativa, respeito a características naturais da personalidade e outros expedientes de promoção do humor e moral.

Na Câmara dos Deputados há setores, e os há, igualmente no Senado Federal, em que o serviço não deveria parar no horário de almoço. Alguns funcionários fazem o sacrifício voluntário de dar atendimento durante esses horários, às vezes em troca de um suposto prestígio, outras vezes na esperança de promoção e outras por arraigamento ao dever. Ora, o natural seria a divisão dos contingentes que servem a esses serviços, em turnos alternativos de horário corrido.

Entretanto, os chefes não podem permitir formalmente o horário corrido, por ser ilegal. E não o podem fazer informalmente naqueles setores sujeitos a muita visibilidade, quer pela sua amplitude como por sua exposição ao público. É evidente, que no Legislativo, onde gabinetes são servidos muito cedo, de manhã, outros até muito tarde, à noite, um horário corrido de 6 horas, com turnos alternados, seria o racional. Uma jornada de 8 horas (sem almoço) seria impraticável. Acrescentem-se a essas dificuldades de rigidez o fato de que há sessões extraordinárias a que estão relacionados os vencimentos dos funcionários, e que se realizam todas à noite, não se remunerando as da manhã, mesmo que extraordinárias.

Essas são apenas algumas das características do Legislativo e que devem ser observadas para um recondicionamento da organização que se colocará a serviço da instituição básica da Nova República.

As primeiras mudanças

Chegam ao nosso conhecimento alguns movimentos de atualização nas duas Casas do Congresso.

A primeira, divulgada fartamente no seu início, logo passou a um ritmo menos entusiástico: foi a tentativa do Senado Federal, por iniciativa do 3º-Secretário da Mesa Diretora, Senador Marcondes Gadelha. Ele se encarregou de adequar o Regimento Interno do Senado aos ter-

mos da Lei Benevides, que criou as Comissões de Fiscalização e Controle, regulamentando, pois, o artigo 45 da Constituição.

Uma análise do projeto do Senado mostra que, certamente, o aproveitamento do entusiasmo dos recém-elevados ao Poder será necessário, mas difícil na atual conjuntura.

Um dos motivos pelos quais, em 1971, foi possível a mobilização ampla do Legislativo para reestruturar seus serviços de apoio, foi a relativa falta de alternativa de ordem política, a interferência rarefeita do Congresso na ordem econômica⁽³¹⁾. Mesmo assim, ela teve momentos de retardo. Quando eventos de âmbito nacional deslocavam a atenção dos agentes da reforma — os próprios legisladores — para decisões mais motivadoras ou, pelo menos, para a perspectiva de que elas se tornassem viáveis, a reforma estacionava. Outras vezes era a oportunidade para o protesto contra a inviabilidade da ação legislativa desejada.

O Senador, nesta oportunidade, apresentou um projeto quase audaz, referido às duas Casas do Congresso, incluindo um assessoramento em moldes modernos para avaliação da execução do Governo. Em pouco tempo seu projeto reduziu-se tanto no cenário político que a Comissão, provavelmente, não passará de um modesto instrumento para cumprir o preceito legal apenas no estilo anterior à Nova República.

Na Câmara dos Deputados, por ocasião da reforma de 1971, os estudos prévios foram feitos pela Fundação Getúlio Vargas, em dezembro de 1969⁽³²⁾. Esse relatório que parecia, então, a pedra fundamental da reforma, apenas colocou em bríos os funcionários da Casa conduzindo-os a pressionar a ação dos legisladores. Mas outros interesses, choques políticos, ou sua expectativa, inibiam a decisão dos legisladores quanto à condução dos trabalhos.

Na atualidade, retardos semelhantes são esperados, ainda que por motivos diferentes. A mudança de Governo muito recente faz com que haja enorme concorrência pela atenção dos legisladores. Eles sabem que devem decidir quanto ao reaparelhamento interno, mas são ainda mais pressionados, até pelos órgãos de comunicação, a agir em outras frentes. Como o apoio político da reestrutura se demonstra insuficiente, porque é canalizado pelas áreas de maior força captadora de atenção, ela se vai retardando.

Foi o que se deu com os projetos de implantação das Comissões de Fiscalização e Controle⁽³³⁾ do Senador Marcondes Gadelha. Interesses nacionais e regionais estão em efervescência e demandam as atenções

(31) Art. 57 da Constituição.

(32) Relatório da Fundação Getúlio Vargas, em dezembro de 1969.

(33) Implantação da Lei nº 7.295, de 19-12-84.

dos políticos. É praticamente impossível tirar algum tempo da agenda dos parlamentares para uma atividade nova ou para interesses internos da Casa.

O documento que baseou a proposta Gadelha foi aprovado no final do Governo revolucionário, com o voto da sua maioria e no pressuposto de continuidade das forças do PDS no poder. Trata-se da Lei nº 7.295, de 19-12-84 (34). Para os ideais da Nova República o dispositivo legal é estreito, na medida em que delimita demasiadamente a forma da fiscalização e seus canais de execução. Vejam-se, por exemplo, as limitações do artigo 4º que disciplina o fluxo da atividade da Comissão que cria.

Essa poderia não ser a opção do Congresso, agora que outros valores prevalecem na ordem política. As informações ou convocações, por vias menos diretas, podem causar o esvaziamento do fato que se quer pesquisar; pode permitir a fuga dos responsáveis ou mudança das condições vigentes quando da observação inicial da eventual irregularidade sob fiscalização.

Alguns pontos da proposta que abrangeria ambas as Casas são dignos de nota, no sentido da valorização não apenas do Poder Legislativo mas também da eficiência e eficácia do Executivo, portanto do Governo, em geral.

A concepção se baseia na análise rápida e sumária e posterior avaliação da forma de execução dos projetos do Governo, quanto a sua eficácia, eficiência e economicidade e, em especial, quanto ao cumprimento dos objetivos visados quando da emissão do documento legal que os originou.

Deixando-se ao Tribunal de Contas da União a fiscalização dos termos de legalidade contábil e financeira da gestão do Governo, ao Legislativo interessa muito mais sua auditoria sob o ponto de vista do cumprimento dos objetivos sociais (35). A pesquisa e análise para o propósito da fiscalização e controle, por parte do Legislativo, enriquece igualmente o processo legislativo, com vantagens de ordem geral para a sociedade (36).

Um aspecto interessantíssimo das propostas em análise nas Casas do Congresso para a instalação das Comissões de Fiscalização e Controle é o fato de que não se pretende montar uma burocracia especial para esse tipo de trabalho, mas, praticamente, usar a já existente no Executivo, par-

(34) Também conhecida por *Lei Benevides*.

(35) BAAKLINI & HEAPHEY. *Comparative Legislative Reforms and Innovations*. SUNYA, 1977.

(36) JOHANNES, J. R. *Comparative Legislative Reforms & Innovations*. CDSC SUNYA — Albany, 1977.

tindo do ponto em que os técnicos do mesmo tenham parado sua auditoria e avaliação.

Propõe-se, nos termos do projeto do Senador Marcondes Gadelha, usar a própria aparelhagem, prevista na Constituição, e instalada por força do tipo de organização dos vários departamentos do Governo, para coletar dados que as Assessorias do Congresso e os membros das Comissões de Fiscalização e Controle analisarão.

Assim, quando, pelo destaque de qualquer parlamentar, um projeto ou programa do Governo é trazido à visibilidade pública, toda a administração procura resguardar-se de uma gestão menos prudente. Se o administrador é bastante competente e tem ambições políticas, poderá até ser estimulado no sentido de produzir serviços que venham a ter chance de visibilidade, e, portanto, lhe tragam dividendos publicitários.

Como a Nova República está recém-iniciando sua atividade, poderia aproveitar-se, grandemente, de um trabalho de fiscalização e controle, numa espécie de simbiose com o Legislativo. Por um lado, os eventuais insucessos imediatamente postos a descoberto ainda não poderiam ser debitados a seus delegados. Por outro lado, a divulgação de dúvidas, debate de alternativas e análise da Administração Direta e Indireta antecipariam ao Executivo uma orientação mais segura para suas decisões.

O controle por parte do Legislativo poderia evoluir para uma sistemática coleta de relatórios do Executivo por parte do Legislativo⁽³⁷⁾. Um dos instrumentos mais eficazes de que dispõe a democracia americana é a obrigatoriedade de relatórios ao Congresso, por parte da Presidência e Ministérios. Esses relatórios, não só são instrumentos de avaliação e controle de sua execução, como fontes ricas de sugestões para uma legislação profícua, mais realística e oportuna.

JOHANNES⁽³⁸⁾ destaca três tipos de relatórios exigidos pelo Legislativo que lhe dá uma amplitude de oportunidades para conferir a precisão na implantação das leis que ele elabora e, igualmente, para seu aperfeiçoamento. Esta seria uma boa sugestão a ser incluída em alguns tipos de legislação — um relatório periódico sobre sua implementação.

Entretanto, *a priori*, pode acontecer que algumas lideranças considerem menos prioritário ou até um tanto indesejável aparelhar o Legislativo para a atividade de fiscalização e controle. Um raciocínio de curtíssimo prazo, sem perspectiva das vantagens que advirão para o próprio Governo, depois que se tornar um hábito de todos os escalões do Executivo.

(37) Reports from GAO to the House Committee on Govn. Operations.

(38) *Ibid.*, 37.

Legalidade e legitimidade

O Executivo como legislador

JOSÉ EDUARDO FARIA

Professor-adjunto do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da USP

O problema da legitimação é, tanto em termos empíricos quanto analíticos, um dos mais tradicionais da sociologia política e do direito público. Até a Revolução Industrial, ele era tratado como uma questão de *definição de pautas*: o poder seria legítimo à medida que estivesse em conformidade com a tradição ou com o jusnaturalismo racionalista. Após a Revolução Industrial, tal problema passa a ser tratado como uma questão de *reconhecimento de pautas*: para tornar-se legítimo, o poder depende, então, de um critério externo aos legisladores e aos governantes. Ou seja: de uma explícita aprovação popular obtida por procedimentos formais.

Do ponto de vista da sociedade de classes, portanto, o problema da legitimação do poder está associado às múltiplas formas de organização política e aos diferentes modos de obtenção do consenso. A questão da legitimidade não é assim condicionada a um critério de racionalidade material, vinculando-se ao conteúdo substantivo de uma decisão, mas dependente da coerência lógico-formal dos processos decisórios. Daí a importância de uma ordem constitucional

imposta por uma vontade política soberana e independente, capaz de institucionalizar o que WEBER chamou de *império da lei* e de garantir um mínimo de segurança e certeza das expectativas nas relações econômicas, políticas, administrativas e sociais.

É por essa razão que os grupos e classes sociais costumam encarar a realidade de seu sistema político e de seu respectivo ordenamento jurídico a partir da maneira pela qual as instituições convertem suas aspirações em decisões públicas. A medida que o Brasil vem vivendo uma ampla crise estrutural, da qual se destaca a falta de credibilidade do regime, sua fragmentação organizacional e a anomalia de sua ordem constitucional, a legitimação do poder está a exigir uma nova Carta Magna. Esta, por sua vez, somente será possível a partir da convocação de uma Assembléia Constituinte, cuja grande tarefa é a de fornecer o enquadramento formal das novas bases nacionais de convivência política.

Evidentemente, a democratização brasileira não se esgota apenas na elaboração de uma fórmula jurídico-política. Sem o equationamento dos desequilíbrios sociais, setoriais e regionais existentes, a nova Constituição corre o risco de ser idealista, no sentido dado por OLIVEIRA VIANNA ao termo, e ineficaz. Ela pode não ser capaz, por exemplo, de criar condições para a consolidação de democracia, abrindo caminho para novos retrocessos autoritários. Eis por que precisamos ser realistas quanto ao tipo de transição historicamente possível. Para tanto, não podemos abrir mão de uma análise mais alargada do impacto das recentes mudanças sociais sobre nossas instituições de direito. O que essa análise nos mostra é a erosão lenta, firme e regular dos princípios norteadores de uma ordem jurídica forjada na melhor tradição do liberalismo. Uma ordem construída sob inspiração dos modelos doutrinários dos países avançados, mas destinada a regular e controlar comportamentos no âmbito de uma sociedade bastante estratificada, fracamente integrada e desigualmente desenvolvida.

Entre esses princípios, como se sabe, destacam-se a igualdade formal perante a lei, a autonomia de vontade, a liberdade contratual, a hierarquia lógico-formal dos diferentes textos normativos, o controle da legalidade e da constitucionalidade, as garantias processuais, a tripartição dos poderes e a individualização dos conflitos. Articulados organicamente, eles constituem o modelo liberal de organização jurídica, política e administrativa do Estado moderno, fazendo do direito positivo um critério seguro, explícito e objetivo para a ação dos cidadãos (1). Por isso, a certeza jurídica — certa-

(1) JURGEN HABERMAS, *Legitimation Crisis*. Boston, Beacon Press, 1975, pp. 24-31.

mente o efeito prático mais almejado desse modelo — depende necessariamente da obrigatoriedade de publicidade das regras positivadas, da inexistência de efeitos retroativos, da clareza de suas prescrições, da inexistência de contradições entre as normas dentro de um mesmo sistema e uma duração mínima de tempo.

Fortemente enraizados em nossa cultura jurídica, de acordo com a qual o Estado somente poderia estabelecer os objetivos coletivos após a prévia definição dos meios deixados à disposição dos governantes pelos órgãos representativos da sociedade, tais princípios cada vez menos podem ser encontrados na dinâmica do direito positivo brasileiro. Este se encontra, hoje, caracterizado pela procedimentalização dos critérios decisórios dos diferentes órgãos administrativos e sua conseqüente conversão em rotinas materializadas sob a forma de uma complexa teia de portarias, resoluções e instruções normativas. O resultado concreto desse cipoal legislativo tem sido a gradativa supressão das formas liberais de controle da produção jurídica e das decisões políticas por uma administração totalizante, cujo poder antes discricionário converteu-se num poder indiscriminado mediante a transformação do direito administrativo numa arma a serviço do planejamento e imposição de comportamentos ditados por critérios de eficiência da política econômica.

Basta ver, a título de mera ilustração do processo de perversão e crescente perda de legitimidade das instituições do direito, o que ocorreu após a aprovação da emenda Passos Pôrto, em 1983, formulada com o objetivo de coibir o absolutismo fiscal da receita federal: pelo seu alcance como instrumento redistribuidor de renda e de consolidação do federalismo, ela poderia ser um mecanismo decisivo para a recuperação da titularidade da iniciativa legislativa, por parte do Congresso Nacional. No entanto, ao proceder sua regulamentação, negando-se a aceitar o que fora decidido pelo Parlamento, os ministros da área econômico-financeira neutralizaram todos os efeitos práticos daquela decisão, manipulando as alíquotas das diversas alíneas que compõem o preço final do diesel e da gasolina.

Por isso, a tendência do Executivo em subtrair parcelas do campo de ação do Judiciário, como no caso das liquidações administrativas de instituições financeiras, apenas acentua o processo já verificado desde que o Estado brasileiro tornou-se “intervencionista”. Ou seja: regulador, planejador, empresário e até mesmo árbitro, basicamente nos círculos informais dos conselhos interministeriais, dos conflitos em que também é parte. Embora tenha sido retirada do Congresso, a emenda Figueiredo, por exemplo, objetivava dar à Administração Direta mecanismos mais ágeis, flexíveis e poderosos para a formulação, implementação e execução de polí-

ticas substantivas, retirando dos Tribunais o poder de apreciação judicial de clivagens decorrentes de decisões administrativas e fiscais.

Trata-se, assim, de mais uma tentativa de “legalizar” uma situação quase de fato: no universo da iniciativa privada, afinal, é notória a tendência do empresariado em optar, no caso de divergências com as autoridades econômico-financeiras — que hoje manipulam os orçamentos fiscal, monetário e das estatais, as decisões sobre a alocação do investimento governamental e das concorrências públicas, as garantias de preço e os subsídios, os créditos e a redistribuição secundária da renda —, mais por uma solução negociada a nível político do que por um processo jurídico. A preferência por um “bom acordo muitas vezes esconde, na prática, o temor de uma represália de um burocrata qualquer. E isso não se dá apenas no âmbito de empresas altamente dependentes de contratos governamentais ou situados no setor oligopolizado da economia. Embora em menor escala, tal situação costuma ocorrer até mesmo no setor competitivo, onde predominam as indústrias de trabalho intensivo.

A verdade é que há exemplos ainda mais sutis desse processo de desmoronamento dos princípios básicos da estrutura jurídica brasileira. E, o que é pior, eles não decorrem apenas da manipulação de alíquotas, índices, alíneas e estatísticas por parte dos diversos órgãos do Executivo. Vejamos alguns exemplos superficialmente, lembrando-nos de que, como dizia HANNAH ARENDT, “por mais rápidas que sejam as mutações sociais, nenhuma civilização — o artefato humano para obrigar gerações sucessivas — teria sido jamais possível sem uma estrutura de estabilidade que proporcionasse o cenário para o fluxo da mudança” (2). A afirmação pode ser um pouco conservadora, é certo, mas como imaginar uma sociedade complexa sem um mínimo de diretrizes capazes de fornecer os limites e os parâmetros para a vida social?

O primeiro desses exemplos diz respeito à “revolta dos fatos contra os Códigos”. Apesar da existência de pelo menos seis textos normativos distintos sobre reajuste salarial, no decorrer de 1983, e do enorme desgaste político sofrido pelo Governo na tentativa de tornar eficaz o arrochante Decreto-Lei nº 2.065, essa é uma matéria cujas disposições legais têm sido crescentemente afrontadas pelos fatos. Cada vez mais as negociações diretas entre sindicatos trabalhistas e empregadores são, nos segmentos modernos da economia brasileira, a principal forma de resolução das divergências relativas aos aumentos de salários — o que faz da empresa particular de

(2) Cf. HANNAH ARENDT. *Desobediência Civil*, in *Crises da República*. São Paulo, Perspectiva, 1973, p. 72.

médio e grande porte, especialmente no setor industrial, um importante *locus* de barganha à margem do Ministério do Trabalho, da Justiça do Trabalho e da própria lei. A vigência desta, em outras palavras, não se segue necessariamente a eficácia — não só porque os segmentos expressivos da iniciativa privada estão concedendo aumentos integrais com base no INPC e assinando acordos reconhecendo um número cada vez maior e mais diferenciado de novas concessões e formas de negociação, mas, igualmente, porque as próprias estatais têm conseguido da SEPLAN e do Conselho Nacional de Política Salarial *autorização* para reajustar seus funcionários acima dos limites fixados por aquele decreto.

O precedente foi aberto pela Companhia Vale do Rio Doce, sob o argumento de que seria impossível manter seus profissionais de alto nível pagando salários substancialmente mais baixos do que os que são normalmente oferecidos pela iniciativa privada. Em seguida, a Cosipa, a Usiba e a Embraer seguiram com sucesso o mesmo caminho hoje trilhado pela Petrobrás, pela Siderbrás, pela Telebrás e pelo IBGE. Em termos concretos, portanto, o arrepio à legislação vigente firmou jurisprudência. E, o que é mais paradoxal, órgãos administrativos — a Secretaria Especial das Estatais, no âmbito da SEPLAN, e o Conselho Nacional de Política Salarial, no Ministério do Trabalho — terminaram convertidos num poder parajudicial investido da “autoridade” para *julgar* e aprovar solicitações talvez razoáveis quanto ao mérito, porém de discutível legalidade. Diante do achatamento do topo da pirâmide salarial, provocando a “evasão de cérebros” das estatais, os fins parecem justificar os meios, isto é, a supressão “parcial” da vigência de um decreto.

Eis aí, de modo claro, como o cumprimento das leis vem tornando-se “relativo” no Brasil. Se os funcionários das estatais foram “autorizados” a ultrapassar o Decreto-Lei nº 2.065, por que os demais funcionários da iniciativa privada tiveram de respeitá-lo até o dia em que o decreto foi revogado? Diante da ruptura da racionalidade formal pela racionalidade material, como ficarão os tão decantados princípios de certeza jurídica e da igualdade formal perante a lei, concebidos pelo liberalismo como condição de funcionamento dos regimes democráticos? Não discuto aqui nem a questão da justiça dos interesses defendidos de maneira cada vez mais eficiente e contundente pelos movimentos sindicais, revelando uma certa transformação da práxis trabalhista rumo à empresa, em lugar da simples representação indiferenciada de categorias profissionais, nem, muito menos, o problema da ilegitimidade de um decreto-lei imposto como vontade intempestiva por um poder que, embora enquadrado formalmente, por uma Constituição, ainda detém grande capacidade de pressão e intimidação. O que me interessa, isto sim, é identificar como as instituições de direito estão sendo

ajustadas estruturalmente a uma realidade sócio-econômica mais complexa. A meu ver, por mais paradoxal que possa parecer, tal ajuste revela tanto uma crescente regulação e manipulação administrativa do cidadão comum quanto uma extraordinária diversificação de mecanismos paralegais ou mesmo ilegais de auto-regulação dos conflitos. Interessa-me, também, verificar como os princípios formulados pela cultura jurídica de caráter positivista e de inspiração liberal estão sendo erodidos numa sociedade ora em mudança. Qual a natureza da ordem normativa emergente em meu País?

Que essa erosão está sendo acelerada pela crise econômica e por seus devastadores efeitos sociais, disso não há dúvida. A simples existência de 30 a 35 milhões de brasileiros numa situação de pobreza absoluta revela como o formalismo normativista, até hoje vigente entre nós, vem escondendo, na prática, uma terrível desigualdade real. Uma situação tão grave que, para manter a ordem pública dentro de uma estratégia meramente pragmática de absorção da insegurança e neutralização das tensões, face ao alto nível de estratificação social e às mudanças na estrutura ocupacional e no nível de emprego, o Governo federal optou pela utilização *incremental* dos instrumentos jurídicos. Ou seja: o direito como simples meio de governo, o que leva a utilizar toda a legislação dispositiva para esvaziar o equilíbrio entre os Poderes, a hierarquia das leis, o controle de constitucionalidade, o princípio de legalidade, configurando, no limite, em quadro de "inutilidade das leis". Quanto mais a intrincada manipulação dos decretos, das portarias, das resoluções e das instruções normativas se converte num mecanismo capaz de propiciar soluções conjunturais para conflitos estruturais, menos a legislação ordinária é respeitada — pior, conseqüentemente, para os tradicionais institutos e princípios jurídicos que constituem o modelo liberal de organização política e administrativa do Estado.

Essa erosão não se limita, porém, a uma *perversão de direito público* como simples decorrência da adoção de critérios de "racionalidade técnica" por um regime patrimonialista, centralizador e burocratizante. Tal *perversão*, resultante das condições de vida urbana e do aumento dos bens de uso coletivo, que estimulam a proliferação de novos dispositivos legais para conflitos não imaginados pelo legislador décadas atrás, já é patente na interferência regulatória do Estado sobre a família, sobre a propriedade e sobre a responsabilidade — uma espécie de intromissão em domínios ao menos teoricamente reservados às relações inter-individuais. Embora formalmente inseridos no Código Civil, tais institutos encontram-se de tal modo limitados pelo jogo das regulamentações em vigor que, na prática, já ultrapassaram de há muito os limites do

direito privado. Diante das “metamorfoses econômicas, sociais e políticas do direito de hoje”, para usar as célebres palavras de SAVATIER, quanto de espaço resta para a vontade individual?

O fenômeno é, pois, bem mais complexo do que parece à primeira vista. Vejamos outro exemplo: qual a possibilidade do direito das obrigações no âmbito de uma economia instável? O alto percentual de desemprego da moderna força de trabalho, associado à pauperização das classes médias, vem explodindo literalmente a velha regra do *pacta sunt servanda*. De acordo com ela, em face da autonomia da vontade e liberdade contratual, todos os contratos em princípio devem ser cumpridos. Todavia, a crescente inadimplência dos mutuários do BNH, atingidos por uma real incapacidade de amortização de dívidas contraídas num longo espaço de tempo, não se limita apenas a corroer as bases tradicionais de um dos mais importantes institutos do direito privado. Mais do que isso, ao acelerar o colapso do Sistema Financeiro da Habitação, já que os financiamentos foram feitos com recursos de terceiros — optantes do FGTS e titulares de cadernetas de poupança —, dissemina uma situação de angústia e incerteza: diante das “quebras” sucessivas de empresas do setor (como a Delfin, a Continental, a Haspa, a Apesp, a Economisa, a Colmeia etc.), com prejuízos acumulados superiores a US\$ 8 milhões, até quando o Estado poderá garantir o pecúlio da clientela atingida? Em que medida conseguirá manter a confiança do investidor no sistema? Pode um sistema “inconfiável” sobreviver? O grande risco, portanto, é o de que alguém sairá perdendo ao longo desse processo. Daí a insegurança entre a clientela das sociedades de crédito imobiliário: como proteger e/ou reclamar um “direito” violado?

A razão de ser dessa indagação é simples. De um lado, porque os contenciosos administrativos já existentes não dão garantias efetivas aos pretensos direitos subjetivos. Dito de outra maneira: as regulamentações fiscais e econômicas de direitos absolutos “à moda napoleônica”, como diz ANDRÉ JEAN ARNAUD (3), esvaziaram os decantados direitos subjetivos. Tanto que a “relatividade” no cumprimento das leis tornou possível, nos últimos tempos, soluções informalmente “negociadas” no caso de escândalos financeiros, desfalques, derrama de letras frias e outros golpes do gênero (4). De outro lado, porque os tribunais já estão consagrando um novo

(3) Ver ANDRÉ JEAN ARNAUD. *Les Juristes Face à la Société*. Paris, PUF, 1975.

(4) A inexistência de limites efetivos nessa área é tão corriqueira que, embora operações com moedas estrangeiras somente possam ser feitas por meio do Banco Central, por imposição de lei, o mercado negro encontra-se institucionalizado: basta abrir os jornais para se ver a cotação e as flutuações do dólar paralelo.

princípio: aquele segundo o qual quando, por motivos imprevisíveis ou por mudança de caráter técnico, um acordo jurídico — um mútuo com garantia hipotecária, por exemplo, nos moldes do SFH — se torna excessivamente oneroso para uma das partes, ela tem o “direito” de pedir uma revisão das cláusulas contratuais, sob pena de, não sendo aceita pela parte contrária, tornar-se um contrato sem eficácia.

Tudo isso nos mostra, em suma, como a emergência de uma crescente complexidade econômica e social vem esvaziando tanto os mecanismos normativos quanto os controles políticos forjados pelo liberalismo para garantir a vigência de um Estado de direito. Ao lado da ineficácia de certos textos legais e do desarranjo estrutural de certos institutos, existe ainda a questão do sentido e da unidade do próprio sistema jurídico brasileiro. Como ambos são possíveis diante de uma avassaladora produção legislativa ditada por critérios de conveniência tecnocrática e caracterizada pela marginalização de melhor técnica legislativa? A decorrência racional desse pragmatismo “legislativo” é, como se sabe, a dupla violação do princípio da unidade legal: múltiplos assuntos integrados numa só lei e o mesmo assunto distribuído por várias leis. Dessa redundância e desse desordenado inter cruzamento, por extensão, resulta o descontrole provocado pelo uso cada vez mais corriqueiro da cláusula “revoguem-se as disposições em contrário”, dada a tendência de centralização normativa por parte das diferentes instâncias administrativas do Executivo. Decorre daí, como afirmamos antes, o asfixiante processo de regulamentação que, mediante expansão descontrolada do direito administrativo, esvazia institutos jurídicos de direito privado antes considerados intangíveis.

Na visão do legalismo liberal, cuja concepção de legitimidade muitas vezes a funde e confunde com a noção de legalidade, nossas estruturas estariam vivendo uma situação de *metástase*: a ruptura da hierarquia lógico-formal do sistema jurídico brasileiro seria, nessa ótica, condição de sua atual ilegitimidade. O legislativo liberal, afinal, não prescinde em hipótese alguma da calculabilidade e da certeza — princípios básicos da ideologia burguesa que permeou a consolidação dos modernos Estados de direito.

O modelo burguês partia do pressuposto de que os homens conheciam eles próprios suas necessidades individuais, podendo assim prever e calcular a satisfação delas através dos bens correspondentes obtidos no mercado. Hoje, no entanto, as necessidades individuais se formam num processo necessariamente coletivo — de modo que a superação da ênfase lockeana ao *individualismo possessivo*, uma das fontes inspiradoras da cultura jurídica liberal, reintroduz com novos graus de complexidade o velho problema hobesiano do poder. Como conciliar as exigências de maior igual-

dade real, advogadas pelos diferentes matizes socialistas, com a liberdade formal louvada em prosa e verso pelo liberalismo? Seria possível evitar que as crescentes regulamentações efetuadas pelo Estado intervencionista, por meio do direito administrativo, na maioria das vezes ditadas por razões de conjuntura e impostas por critérios de racionalidade material, continuem a abrir rombos fatais tanto no formalismo quanto na segurança jurídica, comprometendo assim a pretensa universidade do modelo liberal de direito?

Essa idéia de *metástase* não significa necessariamente que o ordenamento jurídico brasileiro não tenha um mínimo de sistematização e hierarquização. Ele pode não caber no conhecido figurino kelseniano, onde horizontalmente as normas se harmonizam pelo princípio da não-contradição e da compatibilidade, e, verticalmente, as normas inferiores se subordinam mecanicamente às normas superiores, tudo convergindo naturalmente para o arcabouço constitucional. Nem por isso, contudo, nosso sistema deixa de ter a sua "lógica" (5). Dito de outro modo: o que temos mais não é um conjunto de regras dispostas numa ordem rigidamente linear e unitária, culminando obrigatoriamente no vértice de uma Constituição capaz de determinar originariamente o sentido de validade das instituições de direito. É, isto sim, um complexo sistema de cadeias normativas cujo intercruzamento faz com que as normas modifiquem continuamente o sentido dos códigos e das leis vigentes. Daí a necessidade de novas concepções de legitimidade e, mais do que isso, de uma ordem jurídica mais coerente e estável.

É impossível abrir a Constituição atual e, a partir de uma simples leitura de seus artigos, descobrir o escalonamento de nossas normas, em termos de hierarquia de competências e compatibilidade de conteúdos. Resta-nos, então, nos conformarmos em tentar descobrir sua organização atual. Afinal, os relacionamentos cruzados decorrentes de uma desordenada superprodução legislativa e de uma *administrativização* do direito público chegam mesmo a desconfirmar tanto as hierarquias constitucionais quanto os princípios de interpretação e aplicação das leis. Conseqüentemente, o desejável equilíbrio entre os três Poderes — uma das condições de legitimidade do Estado liberal — já não consegue mais servir de critério para medir, avaliar e controlar a ação concreta do Estado intervencionista, pois o cipoal legislativo existente vai deixando em aberto inúmeros problemas que somente ampliam o risco do arbítrio e/ou perversão valorativa das decisões tomadas no interior dos círculos burocráticos do Executivo.

(5) Ver JOSÉ EDUARDO FARIA. *Direito, Modernização e Autoritarismo: Mudança Sócio-Econômica e Liberalismo Jurídico*. São Paulo, Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da USP, 1981.

A medida que a instrumentalidade do direito vigente torna a ordem legal cada vez mais dependente dessas decisões, reduzindo as matérias reservadas à lei ordinária para o ato administrativo de caráter dispositivo, e provocando assim uma extraordinária ampliação da esfera de vida regulamentada, uma coisa é certa: para os “criadores” e “intérpretes” da “nova” ordem legal, o que importa são apenas os resultados. Isto é: a legitimação é obtida exclusivamente pela eficiência na consecução das metas propostas pela burocracia pública, fundando-se assim numa ética pragmática de acordo com a qual os fins justificam os meios. Uma ética, em essência, autocrática. Logo, longe de se revelar como um critério seguro e explícito de ação, a ordem daí emergente passa a ser o mero resultado de uma simples vontade ditada por critérios de obrigação funcional — do gerente de uma repartição pública a um ministro de Estado (6).

Deste modo, *soberanos* não são mais nem o Legislativo e o Judiciário, mas os órgãos regulamentadores e executores do Executivo. É por esta razão que a conversão do direito num simples instrumento de governo — quase sempre justificado em nome da nobreza dos fins e das boas intenções dos governantes — encerra um grande risco de retrocesso autoritário: o perigo de que, agindo fora do alcance operacional dos Tribunais e funcionando corporativamente como *loci* de absorção de incertezas do processo econômico, mediante um intrincado sistema de representação baseado em barganhas com os grupos produtivos organizados ao nível de suas lideranças setoriais, a distensão política venha a ser abortada por um aparelho estatal ainda mais burocratizante e centralizador do que o neopatrimonialismo corporativista destas duas últimas décadas, quando a Administração Direta e Indireta passou a manipular cerca de 45% do patrimônio líquido das cinco mil maiores empresas do País (7). Um regime em que a execução da política

(6) Nesse sentido, escândalos como da CAPEMI, Haspa, Delfin, Coroa/Brastel etc., são extremamente ilustrativos, pois mostram com clareza o tráfico de influência e a perversão da legislação ordinária nos meandros insondáveis da máquina estatal, onde cada chefe tem um poder real muito mais amplo e efetivo do que seu poder formal.

(7) Ver, nesse sentido, PHILIPPE C. SCHMITTER. *Still the century of corporatism?*, in *The New Corporatism (Social-Political Structures in the Iberian World)*. Federick Pike e Thomas Strich editores, University of Notre Dame Press, 1974. FÁBIO WANDERLEY REIS. *Autoritarismo, Intervencionismo e Controle do Executivo*. (Paper apresentado ao 3º encontro anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais), Belo Horizonte, 1979; FERNANDO HENRIQUE CARDOSO. *Autoritarismo e Democratização*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1975; SERGIO HENRIQUE ABRANCHES. *Estado e Democracia*. (Paper apresentado ao 3º encontro anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais), Belo Horizonte, 1979, e *Crise e Transição*. (Paper apresentado na 5ª reunião anual da mesma entidade); e LUCIANO MARTINS. *Estatização da economia ou privatização do Estado?*, in *Jornal do Brasil*, 2-10-77.

econômica e a aplicação de suas normas se deram em conformidade com os parâmetros fixados pelos órgãos administrativos mais genéricos do Executivo, em especial o Conselho Monetário Nacional e o Conselho de Segurança Nacional, sempre em função dos arranjos e das pressões entre as diversas agências estatais e os diferentes segmentos sociais.

Nestes dias de negociação e entendimento, portanto, em que a possibilidade de uma Constituinte é uma aspiração viável e factível, destinada a legitimar uma nova ordem jurídica, o momento é paradoxal e delicado. De um lado, tanto a recente aprovação de um novo Código Civil pela Câmara dos Deputados quanto a própria emenda Figueiredo, depois retirada, pareciam indicar um emergente período de racionalização do direito. De outro lado, porém, a práxis jurídica vem revelando que as codificações tendem a ser superadas pela velocidade das transformações sócio-econômicas. *Tanto que muitos segmentos sociais vêm, quase espontaneamente, auto-regulando* seus próprios conflitos, mediante a formulação de mecanismos bastante informais de arbitragem e resolução de suas próprias divergências. Em alguns desses segmentos, há até mesmo uma consciente disposição de *politizar* as demandas de grande porte, buscando soluções fundadas mais em critérios de conveniência política de que em virtude de sua eventual compatibilidade com o ordenamento vigente ⁽⁸⁾. Trata-se de uma tentativa de reconquistar um espaço para a racionalidade material em detrimento da racionalidade formal, como condição de legitimação de uma sociedade mais complexa e impossível de ser ordenada por modelos de inspiração ortodoxamente liberal. Em suas aulas de filosofia de direito, o Professor MIGUEL REALE, que se tem destacado na renovação do direito positivo brasileiro, brindava seus alunos com uma bem-humorada tirada hegeliana. Ele dizia que “todo tempo é tempo de se codificar quando se tem consciência do tempo”. Em que medida nossos políticos e nós mesmos, como advogados e professores preocupados com o direito constitucional, estaremos conscientes das necessidades de nosso tempo, isto é, de uma ordem legal mais justa, aberta e legítima? Só o tempo dirá.

CONCLUSÕES

1) A positivação de uma ordem jurídica no âmbito de uma sociedade de classes está ligada a um complexo processo decisório,

(8) Ver, nesse sentido, BOAVENTURA DOS SANTOS. *The law of oppressed: the construction and reproduction of legality in Pasargada*, in *Law and Society Review*, 1977, vol. 12, nº 1, e *Law and Community: the changing nature of State power in late capitalism*, in *The Politics of Informal Justice*, New York, Academic Press, 1982.

por meio do qual as instituições políticas convertem as aspirações dos grupos sociais em decisões públicas. A legitimidade dessa ordem envolve uma intrincada intermediação do poder na obtenção do consenso dos governados, seja porque ela não se pode sustentar apenas na força do monopólio da violência, seja porque a própria política não se situa no campo da razão pura.

2) Por isso, a legitimação do poder num país tão contraditório e complexo como o Brasil exige fórmulas jurídicas modernas e abrangentes, capazes de transcender a velha tendência idealizante do liberalismo e do positivismo em confundir a sociedade como simples produto do direito, o Estado como mero ordenamento jurídico e o cidadão como um centro de imputação de deveres e direitos. A percepção da lei como objeto único do fenômeno jurídico nada mais é do que um reducionismo vinculado a uma tradição ideológica identificável basicamente com o Estado do século XIX.

3) Isso não significa, contudo, que a obtenção de legitimidade no Estado intervencionista do século XX prescindia de critérios de racionalidade formal. Afinal, os modos de intermediação do poder na obtenção do consenso dos governados são altamente problemáticos, motivo pelo qual precisam ser explicitados por um contrato social. Sem esse contrato, o arbítrio se torna um risco sempre presente.

4) A legitimidade é, assim, um tema permanentemente aberto, requerendo, de um lado, que a opinião pública tenha o direito de julgar os títulos e os fundamentos em nome dos quais as obrigações jurídico-políticas são exigidas e, de outro, que o espaço público da palavra e da ação seja institucionalizado por uma ordem constitucional democraticamente formulada.

5) A legitimação do poder, no Brasil, está na dependência da democratização definitiva das instituições políticas. Tal processo, por sua vez, depende da convocação de uma Constituinte. Mas é preciso cuidado para não acreditar que um novo texto legal possa, por si só, ser capaz de reassegurar a estabilidade política e promover a justiça social.

6) Em suma: a legitimação do poder somente é possível quando a conjugação da racionalidade formal com a racionalidade material estiver integrada em formações sociais específicas. A dialética entre prática social e racionalidade formal revela a necessidade da revisão tanto dos códigos vigentes quanto das categorias jurídicas tradicionais relativas ao Estado de direito.

A expansão do poder no Estado social — aspectos. Idéias para contê-la

SÍLVIO DOBROWOLSKI

Juiz Federal e Professor da Universidade Federal do Ceará

SUMÁRIO

1. A desarticulação do liberalismo
2. As novas dimensões do Estado
3. As condições de vida na civilização tecnológica
4. Os valores do Estado social
5. O apagamento da linha separatória Estado-Sociedade
6. O desencadeamento do Leviatã
7. A lei como instrumento de ação do Estado social
8. O declínio do Poder Legislativo
9. A concentração do poder político em mãos do Poder Executivo
10. A tentação tecnocrática
11. A substituição da racionalidade jurídica pela racionalidade técnica
12. A ideologia tecnocrática
13. O caráter deusmano do governo tecnocrático
14. O crescimento do aparelho administrativo e a tecnoburocracia
15. A Administração Pública como quarto Poder
16. A tecnoburocracia incontrolável
17. O feudalismo tecnoburocrático
18. O governo de ninguém no Estado administrativo
19. A separação de Poderes atualizada
20. O papel do Poder Judiciário
21. O controle popular no poder estatal.

1. A desarticulação do liberalismo

Após o término da Primeira Grande Guerra, acelera-se o processo de desarticulação do liberalismo. Não mais se sustenta a crença numa ordem natural da sociedade e da economia, desmentida pelas crises sociais coroadas pela conflagração mundial. A pura passividade do Estado, sobre a qual os liberais assentam seu edifício doutrinário, é combatida, ainda no século XIX, pelas mais diversas tendências de pensamento. Socialistas de variados matizes exigem a condução da economia pelo poder político; a Igreja, em posição oposta, denuncia o regime liberal e formula o princípio das intervenções estatais para inserir justiça na ordem social.

A Revolução russa, as Constituições do México e de Weimar, o "New Deal" rooseveltiano são alguns indicadores históricos das novas tendências, que levam o Estado a cuidar dos interesses sociais. Nos países não dominados pela ideologia marxista, trata-se de adaptar o Estado liberal às condições decorrentes da revolução industrial. O dilema de suportar a irracionalidade do capitalismo ou a das tiranias ao estilo nazi-fascista ou estalineano, se resolve conferindo ao Estado de direito um conteúdo econômico e social. Da política dos fins do século XIX, de remediar as péssimas condições dos economicamente desafortunados, passa-se à promoção do bem-estar geral, à uma amplíssima e permanente participação e direção da vida econômica pelo Estado, "com o propósito de reajustar a estrutura econômico e social" (1). Em lugar da harmonia espontânea do liberalismo, busca-se a harmonia criada através de cuidadoso planejamento, necessário para conferir coerência ao sistema econômico.

2. As novas dimensões do Estado

As massas exigem do Estado que as liberte da fome, da miséria e da insegurança. Em vez da liberdade formal, com uma esfera individual assegurada contra o Poder Público, as multidões famintas preferem que este concentre cada vez mais faculdades e garanta a paz, a abundância e a prosperidade. A política é o instrumento apropriado para refazer o mundo. O Estado torna-se em provedor para satisfazer todas as necessidades dos indivíduos. As demandas têm crescimento constante e a atividade pública as acompanha. De simples polícia, inerte economicamente, o poder político ativa-se, converte-se em responsável não só pelo socorro nas situações excepcionais, mas também em

(1) SANCHEZ AGESTA, Luis. *Las Antitesis del Desarrollo*. Madrid, Instituto de estudios políticos, 1976, p. 39.

instrumento para corrigir as desigualdades sociais, dirigir a economia e orientar a atuação dos particulares.

Há uma interação entre Estado e sociedade. O primeiro, para subsistir, assume a regulação permanente daquela, que, incapaz de dar-se ordem a si mesma, pede ao Estado que lha dê. Este é, agora, um Estado social.

As disfunções cíclicas desvelam a irracionalidade do pseudo-racionalismo da ordem liberal na economia. Constata-se o utópico da sua construção teórica com facilidade. O equilíbrio do sistema é impossível, pois se baseia no funcionamento conjugado de motores contraditórios: liberdade para realizar os interesses pessoais, concorrência entre os particulares e responsabilidade a ser suportada individualmente. Na aguda observação de LAJUGIE, "o interesse pessoal pode levar os homens a usar a liberdade para restringir a concorrência e evitar as responsabilidades" (2). A regulação com tais componentes abandonados às suas próprias forças não se concretiza. A anarquia capitalista, como a denomina ARON (3), só pode ser contida mediante a intromissão de uma força externa, precisamente pela intervenção estatal, que, sem romper as molas básicas do campo econômico, protege-as, reforça-as e dita as regras necessárias para "restaurar as condições de uma concorrência praticável, de uma empresa dinâmica e de um investimento particular vigoroso" (4). São indispensáveis corretivos políticos para tornar estável a economia dentro no capitalismo.

Enquanto o Estado liberal é unidimensional, ao considerar os homens apenas naquilo que, por abstração, possuem em comum, a qualidade de cidadãos, o Estado social acresce suas dimensões, ao se relacionar com as pessoas integradas em suas múltiplas formas de vida, no seu trabalho, em seu lugar no mundo, ou seja, ao lidar com homens concretos, com o homem situado, na expressão de BURDEAU.

3. As condições de vida na civilização tecnológica

Importante papel para o incremento de funções estatais têm as mudanças nas condições de vida dos indivíduos, resultantes do industrialismo e da tecnologia. Graças àquele, a satisfação das necessidades

(2) LAJUGIE, J. *As doutrinas Econômicas*. 3.^a ed., São Paulo, Difusão Européia do Livro, 1964, p. 99.

(3) ARON, Raymond. *Dezoito Lições sobre a Sociedade Industrial*. São Paulo, Martins Fontes/Ed. Universidade de Brasília, 1981, p. 83.

(4) PERROUX, François. *O Capitalismo*. São Paulo, Difusão Européia do Livro, 1961, p. 132.

humanas passa a ser feita, cada vez mais, pelo modo heterônomo, ou seja, a produção industrial cria valores de troca em lugar de valores de consumo. Dito em outras palavras, para atender às suas necessidades básicas de sobrevivência, as pessoas deixam de atuar autonomamente, de produzir cada uma, pelo menos, o essencial para o seu uso, mas precisam recorrer à intermediação de um elemento anônimo, o mercado, onde se encontram os bens produzidos por terceiros, em enorme quantidade. O progresso tecnológico, em especial nos últimos trinta anos, aumenta a heteronomia, de forma extraordinária. Segundo a lição de FORSTHOFF, cresce o espaço vital efetivo, enquanto diminui o espaço vital dominado, aquele que o indivíduo tem sob seu domínio direto, que lhe pertence intimamente. Este setor reduz-se cada vez mais, em prol do outro. O homem deixa de cultivar os seus próprios alimentos, não bebe água retirada do seu poço, nem usa a lenha por ele cortada na floresta, para fazer fogo. Dispõe, em troca, de uma infinidade de recursos excluídos de sua dominação pessoal. Para que esses bens sejam postos ao alcance dos indivíduos, não resta outra fórmula, senão atribuir ao Estado a responsabilidade de assegurar o correto funcionamento dos sistemas produtores. Cabe a ele, portanto, o cuidado pelas necessidades fundamentais da existência (Daseinsvorsorge). Pode-se afirmar, com o autor germânico, que “o homem moderno, de quem se retirou o controle sobre a própria existência, não vive somente no Estado, mas sobretudo, do Estado” (5).

4. Os valores do Estado social

O Estado social conserva os valores da liberal-democracia. Deixam de ser entendidos como interessando exclusivamente aos particulares. A consideração de que indivíduo e sociedade não são categorias separadas e opostas, mas dois termos em recíproca e permanente interação, dá a esses princípios fundamentais um colorido social. A coletividade, representada pelo Estado, cabe prover uma base real, um conteúdo material para eles. Em contrapartida, o seu gozo é condicionado pelo interesse comum. Não devem ser usufruídos egoística e isoladamente; porém, como só se realizam com a colaboração do grupo, exercem-se em função deste. Assim, a propriedade deixa de ser absoluta. Pesa-lhe uma “hipoteca social”. Limita-se pelo interesse geral da comunidade e pelas demandas setoriais, dos que, por seu trabalho, a fazem produzir.

Ao lado dos direitos individuais, arrolam-se os direitos sociais e econômicos, destinados, antes de limitar a ação estatal, a exigí-la,

(5) FORSTHOFF, Ernst. *Stato di Diritto in Transformazione*. Milano, Giuffrè, 1973, pp. 148/50.

como direitos a prestações concretas, positivas. Os cidadãos, por meio deles, participam do produto social, em todas as ordens, a fim de lhes ser possível o real exercício da sua liberdade, cuja afirmação é figura de retórica, se desacompanhada dos meios mínimos para efetivá-la.

A igualdade jurídica se completa com a correção das desigualdades econômicas e sociais. A segurança, de formal, deve passar a concreta, pela defesa do indivíduo frente a suas necessidades econômicas, momentâneas ou permanentes. Para tanto, salário mínimo, estabilidade no trabalho, assistência médica, garantia na velhice e no desemprego. Em resumo, a garantia das condições básicas da existência.

Dessa visão atual dos direitos humanos se depreende a missão básica do Estado social, de realizar a justiça material, compatibilizando liberdade e igualdade. Aquela não é entendida como ausência de restrições, mas de restrições arbitrárias. A igualdade pressupõe inexistirem privilégios, inclusive o de disporem apenas alguns homens dos recursos materiais necessários para gozá-la realmente. A coordenação entre esses valores básicos se faz em dois níveis. No plano concreto, através do cuidado quanto às necessidades existenciais (*Daseinsvorsorge*), por meio de prestações positivas e, também, com a redistribuição do produto nacional; no jurídico, com a atribuição de pautas de responsabilidade, de modo que a autonomia de cada um se desenvolva responsavelmente, no sentido de cooperar para o bem comum.

5. O apagamento da linha separatória Estado-Sociedade

Para cumprir suas atribuições, o Estado não é inibido, como ao tempo do liberalismo. Cabe-lhe agir, permanentemente, no setor econômico. Se a redistribuição do produto nacional pode ser em parte feita pelo uso do poder fiscal, é preciso ainda garantir ou ativar a produção de bens quando a iniciativa se revela deficiente ou inadequada. O Estado torna-se empresário: monopoliza atividades essenciais ou atua ao lado dos particulares, com empresas de capital público ou misto. Como "centra-se na distribuição" (6), compete-lhe a responsabilidade pela direção geral da economia: é o Estado gerente, que planeja para ordenar os recursos e esforços individuais com vista ao interesse coletivo nacional.

O compromisso social do poder político obriga-o a se preocupar com a superação do subdesenvolvimento, do atraso econômico, para

(6) GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*. 3.ª ed., Madrid, Alianza, 1982, p. 35.

atender à crença generalizada de ser possível fazê-lo e, com isso, eliminar a miséria. Esta orgulhosa expectativa provém da confiança de um crescente domínio da natureza e dos fenômenos sociais, proporcionado pela ciência aplicada. Afirma-se, nesta razão, que um homem privado de alimento ou de instrução "não é vítima das coisas, mas sim dos homens" (7) e, assim sendo, o esforço humano é capaz de corrigir semelhante imperfeição que, por não ser fatal, desmerece ser tolerada passivamente. Os homens querem, em suma, controlar o seu destino. Disso resulta que o Estado tem de adotar medidas para induzir o crescimento da economia. É seu papel estimular a produção e favorecer o pleno emprego para aumentar o consumo, pressupostos keynesianos para a regulação do sistema capitalista, necessariamente expansivo.

O apoio logístico ao mercado é condição do progresso. Criar estruturas para modernizar todos os setores; realizar obras de infraestrutura, como rodovias, sistemas de água e esgotos, usinas e redes elétricas; formar quadros e pessoal qualificado, são outras tantas tarefas estatais.

Na era tecnológica, anulam-se as fronteiras entre saber e utilização prática. A ciência, ao incidir sobre a técnica, é instrumento de ação, força produtiva. A expansão econômica irmana-se ao progresso da tecnologia. O Estado, promotor da primeira, dedica-se ao segundo, tornando-se cientista. Aliás, em prol disso, contam, ainda, dois motivos: em tema de relações internacionais, o poder das nações vincula-se ao conhecimento científico, porque este é decisivo para estabelecer, v.g., a capacidade militar e o potencial econômico nacional; no seu interior, não pode permitir que outra organização alcance o domínio de sistema tecnológico superior ao seu, a fim de não perder a soberania.

Como pólo de atuação científica, o Poder Público financia a pesquisa. Ademais é ele quem dispõe dos recursos para as grandes inversões financeiras exigidas por essa atividade, e muitas vezes sem rentabilidade a curto prazo, fora de alcance ou interesse dos particulares. Esse setor abrange as ciências aplicadas à indústria e também os estudos sociais, cujo objetivo de conhecer as leis regentes da realidade social é imprescindível para uma racionalização da política.

Não mais se guarda a linha separatória entre Estado e sociedade. Aquele se torna onipresente, para realizar prestações, atribuir, distribuir, dividir, ajudar o indivíduo de modo concreto. Em lugar de estipular limites aos cidadãos, ao estilo liberal, é um administrador

(7) ARON, R. *Ensaio sobre as Liberdades*. Lisboa, Aster, 1965, p. 61.

diligente, enérgico. Não há dificuldade da vida social para que não crie um serviço encarregado de estudá-la e dar-lhe solução. O poder político é onipresente e polivalente.

6. O desencadeamento do Leviatã

Encarregado de gerir a atividade econômica, globalmente, o Estado social integra-se na civilização tecnológica, sujeita-se a seus valores. Torna-se instrumento da racionalidade técnica; tem de compatibilizar suas decisões às exigências do mundo submetido ao cálculo. Se o objetivo é o bem-estar das massas e o desenvolvimento econômico, o critério fundamental da sua atuação é a eficácia em alcançar os resultados. "Há uma preocupação maior por acelerar o crescimento da economia do que por evitar a violação dos direitos individuais ou a tirania de uma minoria" (8). Consuma-se o trânsito do governo das leis (nomocracia) para o dos fins, a telocracia, segundo o molde de JOUVENEL (9). A legitimidade do poder político se resume em ser funcional, em conseguir aproximar-se das metas orientadas para o aumento da riqueza do país.

O possível monismo da eficiência tende a fazer com que se considerem os homens como números, simples recursos produtivos. Caso não se oponham mecanismos para defesa dos valores humanísticos, existe, portanto, o grave risco denunciado por HAYEK, do Estado social converter-se em caminho da servidão, ao invés de constituir-se em instrumento da liberdade do homem. O Estado Leviatã liberta-se de suas frágeis cadeias, detém recursos e atribuições sempre crescentes e, de acordo à dinâmica do poder, transita para as outras ordens, ameaçando tudo invadir e subordinar sob o seu comando.

7. A lei como instrumento de ação do Estado social

Para prover às necessidades dos cidadãos, o Estado social tem de realizar múltiplas prestações materiais. É, por isso, predominantemente administrativo, em substituição do Estado tradicional, legislador por natureza. As regras jurídicas são, também, empregadas para o Poder Público atuar. A lei sofre modificações profundas, que lhe afetam a própria substantividade.

O seu conceito tradicional é o de uma norma geral, abstrata, válida para um número indefinido de casos e para um tempo indeterminado. É uma ordem de conduta para os indivíduos, não se cons-

(8) ARON, R. *Op. cit.*, ref. 7, p. 86.

(9) JOUVENEL, Bertrand de. *El Principado*. Madrid, Ed. del Centro, 1974, p. 82.

tituindo, normalmente, em instrumento para o Estado intervir no curso dos fatos; não é criada, mas preexiste “na razão, na consciência, nas regras não escritas que presidem ao destino da humanidade” (10). Exprime a vontade geral e se revela pela discussão, no Parlamento. Genérica e objetiva como a própria razão donde flui, cria uma ordem igualmente objetiva, à qual devem adaptar-se e podem reduzir-se as condutas e os acontecimentos (11). Os regulamentos administrativos conferem-lhe, apenas, condições de atuar.

A idéia contemporânea de lei é diferente. É um plano de ação destinado a modificar a ordem social existente ou simplesmente a resolver um problema específico e concreto. Exprime, pois, uma vontade construtiva, e vem adequar-se à razão instrumental ou operacional do nosso tempo, que desconhece a ordem racional objetiva e admite somente racionalidades subjetivas, considerando racional o que serve para conseguir um objetivo, para resolver um problema. Constituindo um instrumento para a ação, envolve-se com valores diferentes dos jurídicos, como os de natureza técnica ou econômica, aos quais tem de ajustar-se.

A lei, na atualidade, aumenta, de modo extraordinário, em quantidade e diversificação. Dura, muitas vezes, reduzido tempo, impondo-se-lhe alterações ou substituições constantes. O acúmulo e a habilidade das normas corrói a certeza do ordenamento legislativo, que lembra um autêntico “manicômio jurídico” (12). Muitas são meros esquemas, face à impossibilidade de entrar em especificações técnicas, ou por ser imprescindível atualizá-las a sucessos em veloz mutação. Inúmeras são estabelecidas pelo Poder Executivo através de delegações legislativas ou decretos-leis. Outras, como as leis-quadros, são complementadas por ele ou pela Administração.

8. O declínio do Poder Legislativo

Transformada em solução, a lei perde os seus contornos clássicos: passa a regular casos concretos e determinados, durante a contingência temporal em que isso for necessário ou possível. Numa sociedade tecnicizada, os problemas são sempre cada vez mais técnicos, principalmente, os de natureza econômica e financeira. Nesse todo social

(10) BORDEAU, Georges. “La démocratie et les contraintes du nouvel age”. In: *Traité de Science Politique*. 2. ed. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974, v. 8, p. 454.

(11) GARCIA-PELAYO, M. *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*. 3. ed., Madrid, Alianza, 1982, p. 62.

(12) BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 2.ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1972, pp. 3-10.

complexo e em permanente transformação, legislar se converte, de regra, em assunto de especialistas, capacitados para equacionar o sem-número de problemas atribuídos ao Estado, no papel de “organizador geral da comunidade, que deve coordenar a atividade de todos os setores particulares no quadro de um projeto coletivo” (13).

Por motivo dessas mudanças na legislação, o Poder Legislativo entra em crise. Os Parlamentos declinam, incapazes de atender aos reclamos da atualidade, porque delineados para uma época em que se legisla pouco, e não em massa e sobre problemas “que anteriormente ninguém imaginava pertencerem ao campo legislativo” (14). Entre as causas da deficiência parlamentar se apontam:

a) o caráter técnico dos textos, para cuja apreciação os membros do Legislativo são incompetentes;

b) a incapacidade da corporação legisladora em responder de pronto, com normas imperiosamente exigidas em face de alterações da conjuntura: deliberar exige tempo;

c) a inconveniência do método de discussão pública, quanto a certas matérias, como a defesa do País e política monetária e cambial.

9. A concentração do poder político em mãos do Poder Executivo

Dessa impotência parlamentar em tomar as decisões necessárias, a par do acréscimo de atividade material do Estado, desloca-se o centro do poder político, do Legislativo, para o Executivo. “O Governo passa a ser o centro de impulso e decisão política” (15). Dispõe do pessoal com as qualificações exigidas e dos instrumentos apropriados para a ação. A própria função legislativa é a ele atribuída, ou lhe cabe completar normas apenas esquematizadas pelo Parlamento. A iniciativa das leis é, na maioria dos casos, exercida pelo Governo. Existe uma “tendência geral das sociedades altamente industrializadas para a submissão crescente da esfera de ação política e social à racionalidade técnico-organizativa e com isso incluir a esfera de ação política no domínio da Administração” (16).

Entre o político com investidura pública e o especialista dotado de autoridade operacional sustentada pelo conhecimento, a lógica da

(13) LASSALE, Jean Pierre. *Introdução à Política*. 2.^a ed., Lisboa, Dom Quixote, 1971, p. 55.

(14) JOUVENEL, B. de. *Op. cit.*, p. 81.

(15) LASSALE, J. P. *Op. cit.*, p. 58.

(16) GARCÍA-PELAYO, M. *Burocracia y Tecnocracia y Otros Escritos*. Madrid, Alianza, 1974, p. 56.

organização leva a preferir o segundo. Como assinala JOUVENEL, com o acúmulo legislativo, a manutenção da coerência entre as normas do ordenamento jurídico e a estimativa dos efeitos produzidos pela introdução de novas leis só pode ser feita por um corpo permanente e profissional, que, de fato, pertence ao Poder Executivo⁽¹⁷⁾. Desvaloriza-se a representação popular. Na expressão de RAYMOND ARON, “os altos fornos simbolizam hoje melhor a modernidade do que o Parlamento”⁽¹⁸⁾.

10. A tentação tecnocrática

Como o Estado se imiscui em assuntos subordinados à racionalidade técnica, os conhecimentos a ela relacionados crescem de importância na tomada das decisões políticas. Como explica SÁNCHEZ AGESTA, se a direção da vida econômica e social pelo Poder Público são facetas básicas de sua atividade no mundo contemporâneo, os técnicos nessas esferas fazem ato de presença como suporte assessor dos governantes e, em muitos casos, tendem a substituí-los. Assim acontece, ainda segundo o autor espanhol, devido à circunstância de serem eles os únicos “capazes de avaliar as necessidades de uma realidade sócio-econômica e de arbitrar os instrumentos para modificá-la ou impulsioná-la na direção pretendida”⁽¹⁹⁾. Daí deriva a tentação de governar através dos puros técnicos ou tecnocracia.

A idéia de uma sociedade dominada por sábios remonta à República de Platão. Ganha nova força com a Revolução industrial. SAINT SIMON e COMTE são seus grandes paladinos no século passado. No “Manifesto do Partido Político Futurista”, de 1915, MARINETTI prega “um governo técnico, sem parlamento, um governo composto por vinte técnicos eleitos mediante o sufrágio universal”⁽²⁰⁾.

11. A substituição da racionalidade jurídica pela racionalidade técnica

A regra da eficiência técnica insinua a consideração da sociedade nacional como uma espécie de empresa, a ser explorada de forma racionalmente apropriada. Descabem soluções tomadas por políticos sem preparo específico em assuntos econômicos, científicos e militares.

(17) JOUVENEL, B. de. *Op. cit.*, p. 209.

(18) ARON, Raymond. *Op. cit.*, ref. 7, p. 64.

(19) SÁNCHEZ AGESTA, L. *Op. cit.*, p. 91.

(20) MARINETTI. Manifesto político do partido futurista. In: Bernardini, Aurora Fornoni. *O Futurismo Italiano*. São Paulo, Perspectiva, 1980, p. 196.

Pensa-se em substituir o governo dos homens pela administração objetiva das coisas, em resolver os problemas asceticamente, de acordo com a ciência, afastando a instância política, “domínio da paixão, da irracionalidade, da impotência” (21). A racionalidade jurídica necessita de ceder espaço à racionalidade técnica. “A conversão do “logos” e dos objetivos tecno-econômicos em valores para sustentar e orientar o sistema institucional” é, segundo GARCÍA PELAYO, “o ponto de partida para a irrupção do momento tecnocrático” (22).

Sob a liberal-democracia, o Estado gira de acordo à racionalidade jurídica. Esta se expressa em normas, vincula pessoas, prescreve condutas aos indivíduos, dentro de uma legitimidade axiológica, com base em valores. As ações praticadas são avaliadas conforme sua licitude e quando violam a ordem normativa rigidamente monocêntrica e hierárquica, deve seguir-se a sanção. No Estado atual, a prevalência é da racionalidade técnica, que se traduz em regras e relaciona coisas ou mesmo pessoas, consideradas como objetos ou “elementos”. Suas prescrições visam ao manuseio adequado para obter um resultado, de acordo a uma legalidade natural. Considera as ações do ponto de vista da funcionalidade ou eficácia; por isso, a hierarquia do sistema de regras depende do objetivo a conseguir ou do problema a resolver; o erro, na escolha da que for adequada, é seguido do fracasso” (23).

12. A ideologia tecnocrática

Doutra parte, a ideologia tecnocrática é usada pelo autoritarismo político como justificativa de dominação. Conforme anota GALVÃO DE SOUZA, “o mito do ‘desenvolvimentismo’ faz dos tecnocratas homens providenciais nos povos economicamente subdesenvolvidos, ou onde há regiões atrasadas que esperam pela salvação vinda da técnica” (24). Essa miragem da abundância a ser obtida por esse meio é, segundo observa JACQUES BILLY, “a versão renovada do *panem et circenses* dos romanos...” (25).

Sem embargo dessa possibilidade, ocorre, em geral, um deslizamento de competência dos órgãos políticos para as tecno-estruturas presentes na organização estatal. O homem político se retrai graças

(21) BURDEAU, G. *Op. cit.*, p. 16.

(22) GARCIA-PELAYO, M. *Op. cit.*, ref. 16, p. 32.

(23) GARCIA-PELAYO, M. *Op. cit.*, ref. 16, p. 30.

(24) SOUZA, José Pedro Galvão de. *O Estado Tecnocrático*. São Paulo, Saraiva, 1973, p. 87.

(25) BILLY, Jacques. *Les Technocrates*. 3. ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1975, p. 124.

à supervalorização do saber especializado; este pode impor seus pontos de vista. O governo torna-se tecnocrático. AGESTA indica-lhe três características: o segredo no preparo das decisões e em sua apresentação, debaixo de formas cujo entendimento escapa ao leigo, sejam símbolos matemáticos ou linguagem tecnicizada, como o “economês”, encontrável em inúmeras leis brasileiras. Por outro lado, o conhecimento necessário é detido pelos comitês de especialistas, que crêem suficientes as suas conclusões, e não admitem submetê-las ao debate por pessoas incapazes de entender os problemas e as respostas científicas. Enfim, os esquemas adotados são teóricos, “com certo desprezo quanto às realidades sociais e às ineludíveis reações humanas que podem opor-se àquilo que na construção teórica aparece como correto” (26).

13. O caráter desumano do governo tecnocrático

A política tecnocrática não merece o nome de política porque não toma o homem em consideração, ou melhor, considera-o como simples elemento a ser incorporado de maneira conveniente no sistema produtivo. É, por igual, antidemocrática, ao escapar do controle dos governados e de seus representantes. Vale recordar, a propósito, a afirmativa de ORTEGA de que “o técnico não pode mandar” pois lhe cabe, exclusivamente, inventar os meios mais simples e seguros de realização do “programa da vida humana”. Decidir sobre qual deva ser esse programa escapa à sua competência (27). Lembre-se, ainda, a especialização exigida pelo conhecimento científico, que o torna, quase sempre, em “sábio-ignorante” (28), desprovido da visão de conjunto necessária a uma decisão de governo. O político exige consideração global dos fatores existentes, à qual a ótica técnica, orientada sobre parcelas da realidade, acomoda-se mal.

14. O crescimento do aparelho administrativo e a tecnoburocracia

O Estado social não se conforma em ser simples árbitro e mantenedor da ordem social. Fazer leis é insuficiente; deve administrar, prestar serviços, utilizar dinheiro. Consoante assinala BOBBIO, a democratização do sufrágio permite às massas fazerem subir suas demandas até o Governo. Essas reivindicações se resolvem com a assun-

(26) SÁNCHEZ AGESTA, L. *Op. cit.*, p. 93.

(27) ORTEGA Y GASSET, José. *Meditación de la Técnica*. 3. ed., Madrid, Revista de Occidente, 1957, pp. 46-50.

(28) ORTEGA Y GASSET, José. *La Rebelión de las Masas*. 14. ed., Madrid, Revista de Occidente, 1954, p. 100.

ção de novos encargos pelo Estado; em consequência, este é obrigado a fazer crescer o seu aparelho administrativo (29). O fenômeno é universal, segundo reporta SANCHEZ AGESTA, com "o crescimento desorbitado da burocracia" (30).

As exigências da civilização tecnológica fazem incluir as tecnoestruturas nos quadros de pessoal administrativo. Há alguns casos de articulação e outros em que se justapõem buroestrutura e tecnoestrutura. Os técnicos participam nos órgãos burocráticos. Constitui-se a tecnoburocracia, o que ajunta quase sempre, às características da tecnocracia, os vícios clássicos da burocracia: tendência à rotina, sacrifício da flexibilidade à regra, demora na tomada de decisões, resistência às novidades e fuga à responsabilidade.

15. A Administração Pública como quarto Poder

Embora ideada para ser um simples instrumento de governo, canal para fluírem, de cima para baixo, as ordens do Poder Executivo, a Administração Pública estrutura-se, de regra, como um quarto Poder. Em alguns países possui, até, jurisdição própria. A faculdade regulamentar lhe permite adiar a vigência das leis ou modificar o seu sentido. Os estudos e pareceres técnicos oferecidos ao Governo prestam-se, muitas vezes, como suporte para as decisões políticas. Segundo DION, referindo-se aos Estados Unidos, a Administração "é uma das maiores fontes de legislação", mediante o preparo de grande número de projetos de lei (31).

O vínculo profissional entre seus membros possuidores de saberes científicos e especializados, sejam os da moderna tecnologia ou o conhecimento próprio da burocracia, relacionado à Administração do Estado, transforma-a em uma realidade sociológica, um estamento de funcionários preocupados em conservar e aumentar as vantagens decorrentes do seu *status* profissional. Com isso separam-se os tecnoburocratas e os governados. É comum, também, a continuidade do pessoal administrativo, enquanto mudam as equipes políticas. O recrutamento dos seus membros é feito pela própria Administração Pública, através de concursos efetuados perante comissões de funcionários.

Mas, afora isso, existe uma constante de estrutura, uma continuidade de tradição, que é, na afirmativa de ELLUL, a verdadeira

(29) BOBBIO, Norberto. "Quais as alternativas para a democracia representativa?" In: *O marxismo e o Estado*. Rio de Janeiro. Graal, 1979, p. 38.

(30) SANCHEZ AGESTA, L. *Op. cit.*, p. 61.

(31) DION, Léon. *Les Groupes et le Pouvoir Politique*. Québec, Ed. Université Laval, 1965, p. 92.

força da Administração Pública. Segundo esse autor, as mudanças de pessoal e a introdução de alterações na sistemática de seus procedimentos são incapazes de lhe trazer abalo. As novidades são aplicadas algum tempo, com perda da eficácia funcional, e logo deixadas de lado para o espontâneo regresso às técnicas rotineiras⁽³²⁾. Quer dizer, a tecnoburocracia é impenetrável a modificações em profundidade, como, aliás o prova o exemplo do Brasil, onde, depois de mais de dez anos de vigência da legislação de reforma administrativa (Decreto-Lei nº 200, de 1967), com fundamento na eficiência (cf. art. 25, V e VII; 26, III; 94, II e 95), é necessário instituir um programa de desburocratização, porque tudo está como dantes. . .

16. A tecnoburocracia incontrolável

A necessidade de especialização fragmenta a tecnoburocracia em repartições, cada qual com competências próprias, distintas e parciais. Como expõe BURDEAU, uma delas diz com os transportadores, outra com os desabrigados, uma terceira com os inválidos ou os aposentados; nenhuma “é competente para se ocupar do homem”⁽³³⁾. Por isso, a tecnoburocracia é menos um estamento monolítico, que uma pluralidade de grupos, cada um deles exercendo uma parcela de poder, que se dispersa por suas estruturas. Ademais, como o exercício desse poder é feito por órgãos coletivos com pronunciamentos de técnicos e especialistas em cada setor, passa a ser anônimo e secreto, sendo impossível identificar o autor de cada decisão concreta. Na explicação de ELLUL, as chefias emitem diretivas gerais; nos escalões subordinados, tomam-se decisões que não podem ser atribuídas especificamente a alguém, porque fruto da colaboração de várias repartições, de grupos técnicos e até da circunstância, como prevêem as formas procedimentais tecnoburocráticas⁽³⁴⁾.

O sentimento da dignidade profissional, em muitos dos grupos tecnoburocráticos, gera forte “esprit de corps”, capaz de degenerar em espírito de casta⁽³⁵⁾, com o conseqüente isolamento em face da sociedade e ao próprio controle pelos órgãos políticos. “Cada grupo administrativo ligeiramente unificado defende suas atribuições e reage quando estão ameaçadas”⁽³⁶⁾. Segundo DRUCKER, as repartições pú-

(32) ELLUL, Jacques. *L'illusion Politique*. Paris, Laffont. 1977, p. 202.

(33) BURDEAU, G. *Op. cit.*, p. 623.

(34) ELLUL, J. *Op. cit.*, pp. 204-5.

(35) ESCOUBE, Pierre. *Les Grands Corps de l'État*, 2. ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1976, p. 123.

(36) SALLOIS, Jaques, e CRETIN, Michel. O papel social dos altos funcionários e a crise do Estado. In: POULANTZAS, Nicos. *O Estado em Crise*. Rio de Janeiro, 1977, p. 233.

blicas tendem a tornar-se autônomas e passam a ser dirigidas “por suas próprias razões, por sua visão curta”, em lugar de o ser pela política nacional⁽³⁷⁾. Esses órgãos tratam de influir nas instâncias políticas, em favor dos seus projetos e “procuram ter à sua disposição quantidades sempre crescentes de recursos da sociedade”⁽³⁸⁾. Interferem junto ao Parlamento, ao Executivo e até com a opinião pública, no sentido de conseguir o favorecimento de políticos cujos objetivos eles mesmos fixam. Nesse papel, falam em nome da sociedade “sobre problemas acerca dos quais ninguém foi consultado”⁽³⁹⁾.

A inflação de repartições públicas e também de empresas estatais, que se fecham em si mesmas, como quaisquer organizações, dificulta o controle de sua atividade, e suscita um poder paralelo ao politicamente institucionalizado. Mesmo quando os órgãos competentes segundo a Constituição tomam as decisões, fazem-no, em boa parte dos casos, com base em informes oriundos da tecnoburocracia. Esta se torna, segundo BILLY, em “um novo poder que, se é finalmente submetido ao Executivo, o disputa ao Legislativo, às vezes ao Judiciário; e também aos outros grandes poderes da época, aqueles da propriedade capitalista, da informação, dos sindicatos operários”⁽⁴⁰⁾.

17. O feudalismo tecnoburocrático

Das necessidades administrativas do Estado social e do caráter técnico de muitos dos seus problemas decorre essa feudalização do poder governamental através da tecnoburocracia. O resultado corresponde ao fenômeno geral da tecnoestrutura, com a difusão do poder, que transita da sua localização formal para grupos dentro das diversas organizações ou para grupos interorganizacionais. Estes últimos também assolam o setor público, porque como toda organização necessita de outras para cumprir com os seus objetivos as organizações estatais precisam das particulares e por isso, formam-se os complexos públicos-privados, associando entidades de um e outro setor, cujos problemas são resolvidos em comissões mistas de especialistas. De lembrar, por exemplo, a fabricação de armamentos, que reúne um agregado com pesquisadores e técnicos oriundos de órgãos oficiais e privados, pessoal e organizações militares e indústrias estatais e particulares. Da mesma forma, a assistência médico-hospitalar da Previdência Social pressu-

(37) DRUCKER, P. F. *Uma Era de Descontinuidade*. 3. ed., Rio de Janeiro, Zahar, 1976, p. 250.

(38) POGGI, Ginefrancesco. *A Evolução do Estado Moderno*. Rio de Janeiro, Zahar, 1981, p. 144.

(39) ELLUL, J. *Op. cit.*, p. 247.

(40) BILLY, J. *Op. cit.*, p. 99.

põe suas estruturas tecnoburocráticas e as organizações médico-hospitais públicas e da iniciativa privada, encarregadas de prestar os serviços.

Por outro lado, os grupos privados que buscam obter certas políticas tratam de influir na tecnoburocracia, em razão da importância desta no processo legislativo. Como explica DION, esses interessados descobrem que “uma cruzada em favor de um projeto de lei está ganha por metade se conseguem assegurar o apoio dos serviços administrativos competentes” (41). Reciprocamente, a Administração Pública busca obter a simpatia daqueles em prol dos seus programas legais e administrativos, quando as metas por ela visadas se aproximam das que os particulares perseguem.

Resulta em razão disso uma simbiose entre as tecnoestruturas, para as quais flui o poder decisório nas sociedades. Trata-se de um jogo entre elites, oligárquico em sua essência, ainda quando influenciado por elementos exteriores (eleitores, opinião pública, sindicatos, partidos de oposição). Aliás, estes mesmos, em algumas ocasiões, são manipulados pela propaganda nos meios de comunicação de massa, gerando um consenso geral acerca das soluções propostas pelos técnicos.

18. O governo de ninguém no Estado administrativo

A tecnoburocracia pública e privada, segundo GURVITCH, “possui um poder de decisão não controlado que torna as suas competências técnicas excepcionais independentes dos fins a que deveriam servir e cuja força reside na sua onipresença, que se estende das grandes empresas industriais à alta administração do Estado aos organismos de planificação pública e privada, assim como aos estados-maiores dos exércitos modernos” (42). Os tecnoburocratas decidem às ocultas, nos seus grupos, sem qualquer responsabilidade política. É o governo de ninguém, na expressão de HANNAH ARENDT (43), de difícil controle, mais ainda porque as decisões aparecem envoltas em mistério e um halo de santidade que a técnica lhes empresta (44).

Um Estado em que o governo é assim exercido porque se pensa em resolver os problemas concretos, com pontos de vista objetivos e

(41) DION, L. *Op. cit.*, p. 93.

(42) GURVITCH, Georges. *Os Quadros Sociais do Conhecimento*. Rio de Janeiro, Moraes, 1969, p. 124.

(43) ARENDT, Hannah. *Sobre la Violencia*. México, Joaquín Mortiz, 1970, p. 37.

(44) SANCHEZ AGESTA, L. *Op. cit.*, p. 95.

práticos, é o Estado administrativo referido por CARL SCHMITT, no qual “nem o governo dos homens nem o império das normas é soberano, mas em que as coisas se administram por si mesmas” (45). O regime em tela é antidemocrático e despreza os verdadeiros valores humanos, para cultivar tão-só a eficácia.

Como atualmente é preciso contar com os métodos tecnoburocráticos, é preciso excogitar “uma adequada estrutura institucional que neutralize seus maus efeitos, que submeta à responsabilidade o seu exercício e que converta tais métodos em funcionais para a totalidade” (46).

19. A separação de poderes atualizada

A separação de poderes estatais tem de ser atualizada em roupas correspondentes à realidade do Estado social. Um retorno ao esquema clássico é inteiramente destituído de funcionalidade. Não se obtém um Estado ativo como exige a época, sem as faculdades legislativas do Poder Executivo; a redução da tecnoburocracia ao seu verdadeiro papel depende da reunião de recursos apropriados sob as mãos do Governo. Um Poder Legislativo forte com a assessoria competente para as questões técnicas, e capacitado a proceder a investigações sobre quaisquer assuntos, inclusive para reprimir as investidas tecnocráticas, é o órgão necessário para submeter a controle as decisões governamentais. Força o Executivo “a expor à luz do dia a sua política e a dar contas de sua gestão, a revelar os fatos que motivam suas decisões” (47). Impede o governo anônimo.

No Parlamento, há de se reservar espaço e oportunidade para a manifestação das minorias e das associações de interesses, permitindo uma eficiente crítica à atividade governativa, bem ainda, à dos detentores dos diversos poderes sociais.

A mediação do Legislativo é importante para introduzir uma dimensão humanística nas decisões políticas. Para estas não é suficiente, muitas vezes, o ótimo econômico, científico ou tecnológico; completa-o e adapta-o aos valores dominantes no meio social, o ótimo humano que facilita a aceitação das medidas tomadas e ainda, embora sua aparente irracionalidade, por estar baseado em parte sobre considerações subjetivas, evita o irracionalismo coisificante, a dureza fria da racionalidade objetiva.

A prática da democracia de Partidos revela algumas situações em que a limitação do Executivo pelo Legislativo é ilusória. Quando

(45) SCHMITT, Carl. *Legalidad y Legitimidad*. Madrid, Aguilar, 1971, p. 7.

(46) GARCIA-PELAYO, M. *Op. cit.*, ref. 16, p. 99.

(47) LASSALE, J. P. *Op. cit.*, p. 74.

a maioria deste e o Governo pertencem ao mesmo Partido ou coalizão partidária, a independência entre eles encontra-se relativizada, em face da sua articulação por um mesmo centro, o qual considera desleal e pouco elegante exprobar publicamente aos agentes governamentais recrutados em seus quadros. Os parlamentares, outrossim, submetidos a uma disciplina rígida por suas agremiações, ficam a elas subordinados de tal forma que não lhes resta autonomia para serem considerados verdadeiros representantes do povo.

Ainda assim, a separação de Poderes disciplina e limita o uso do aparelho de Estado pelos exercentes do poder político.

20. O papel do Poder Judiciário

A fim de afastar as conseqüências de uma colisão entre Executivo e Legislativo, é recomendável dotar o Judiciário da efetiva condição de Poder estatal, capaz de defender o cidadão contra os excessos administrativos ou legislativos. A atribuição de recursos orçamentários na Constituição, a serem liberados automaticamente, independente de específica autorização do Congresso ou do Governo, garante a autonomia sob o aspecto material, complementada, no plano pessoal, com o asseguramento de garantias efetivas aos magistrados, inclusive real irreduzibilidade dos seus vencimentos em face do fenômeno inflacionário. Ao controle da constitucionalidade, mesmo quanto à lei em tese, convém acrescentar a representação por ilegalidade de normas secundárias emitidas pelos órgãos e tecnoestruturas do Poder Executivo, facultando a repressão dessas violações ao império da lei, na sua fonte.

21. O controle popular do poder estatal

Qualquer sistema de controle do poder do Estado somente será eficaz, se existir uma fiscalização popular ativa, interessada e esclarecida, exercendo-se sobre os detentores das funções de Governo, mediante a prática de debates públicos, ação sobre os parlamentares e eleições livres, honestas e freqüentes.

O povo, nas democracias, em vez de objeto do poder, é o seu titular. Não pode, por isso mesmo, deixar de assumir os encargos do controle. Democracia é participação em todos os setores da vida pública. Supõe, como ensina LASSALE⁽⁴⁸⁾, um compromisso do cidadão na vida cotidiana, algo mais que o exercício periódico do direito de voto. São precisos cidadãos politicamente ativos para que possa realizar-se um regime democrático.

(48) LASSALE, J. P. *Op. cit.*, p. 89.

(49) ORTEGA Y GASSET, J. *Op. cit.*, ref. 27, p. 78.

O quadro atual é desolador. A alienação política é um problema das sociedades industriais. Vivemos a época do homem-massa, cuja mentalidade, no vívido retrato traçado por ORTEGA, é a de uma criança mimada, inconsciente dos seus deveres, porquanto conhece, apenas, desejos a serem satisfeitos a qualquer preço, mesmo com o sacrifício da liberdade autêntica.

Sem uma conscientização popular, inexistirá controle eficiente do poder político. É preciso suscitar “uma hiperestesia de responsabilidade” (49), a fim de que o povo venha assumir o seu papel fiscalizador, em ordem a assegurar a esfera de dignidade pessoal dos cidadãos contra as investidas do Leviatã.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA:

- 1) ARENDT, Hannah. *Sobre la Violencia*. México, Joaquin Mortiz, 1970.
- 2) ARON, R. *Ensaio sobre as Liberdades*. Lisboa, Aster, 1965.
- 3) ARON, Raymond. *Dezotto Lições sobre a Sociedade Industrial*. São Paulo, Martins Fontes Ed. Universidade de Brasília, 1981.
- 4) BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 2ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1972.
- 5) BILLY, Jacques. *Les Technocrates*. 3ª ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1975.
- 6) BOBBIO, Norberto. Quais as alternativas para a democracia representativa? In: *O Marxismo e o Estado*. Rio de Janeiro, Graal, 1979.
- 7) BURDEAU, Georges. La démocratie et les contraintes du nouvel âge. In: *Traité de Science Politique*. 2ª ed., Paris, Librairie Générale et de jurisprudence, 1974, v. 8.
- 8) CHATELET, Francois e Pisier — KOUCHNER, Evelyne. *As Concepções Políticas do Século XX*. Rio de Janeiro, Zahar, 1983.
- 9) DION, Léon. *Les Groupes et le Pouvoir Politique*. Québec, Ed. Université Laval, 1965.
- 10) DRUCKER, P. F. *Uma Era de Descontinuidade*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Zahar, 1976.
- 11) ELLUL, Jacques. *L'Illusion Politique*. Paris, Laffont, 1977.
- 12) ESCOUBE, Pierre. *Les Grands Corps de l'État*. 2ª ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1976.
- 13) FORSTHOFF, Ernst. *El Estado de la Sociedad Industrial*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975.
- 14) FORSTHOFF, Ernst. *Stato di Diritto in Transformazione*. Milano, Giuffrè, 1973.

- 15) FRAGA IRIBARNE, Manuel. *La Crisis del Estado*. 2ª ed., Madrid, Aguilar, 1958.
- 16) GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*. 3ª ed., Madrid, Alianza, 1982.
- 17) GARCIA-PELAYO, M. *Burocracia y Tecnocracia y Otros Escriptos*. Madrid, Alianza, 1974.
- 18) GURVITCH, Georges. *Os Quadros Sociais do Conhecimento*. Rio de Janeiro, Moraes, 1969.
- 19) JOUVENEL, Bertrand de. *El Principado*. Madrid, Ed. del Centro, 1974.
- 20) LAJUGIE, J. *As Doutrinas Económicas*. 3ª ed., São Paulo, Difusão Européia do Livro, 1964.
- 21) LASSALE, Jean Pierre. *Introdução à Política*. 2ª ed., Lisboa, Dom Quixote, 1971.
- 22) LEIBHOLZ, Gerhard. *Problemas Fundamentais de la Democracia Moderna*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1971.
- 23) LEPAGE, Henri. *Autogestion et Capitalisme*. Paris, Masson, 1978.
- 24) MAILLET, Pierre. *O Crescimento Económico*. São Paulo, Difusão Européia do Livro, 1968.
- 25) MARINETTI. Manifesto político do partido futurista. In: BERNARDINI, Aurora Fornoni. *O Futurismo Italiano*. São Paulo. Perspectiva, 1980.
- 26) ORTEGA Y GASSET, José. *La Rebelión de las Masas*. 14. ed., Madrid, Revista de Occidente, 1954.
- 27) ORTEGA Y GASSET, José. *Meditación de la Técnica*. 3ª ed., Madrid, Revista de Occidente, 1957.
- 28) PASINI, Dino. *Stato-Governo e Stato-Società*. Milano, A. Giuffrè, 1978.
- 29) PERROUX, François. *O Capitalismo*. São Paulo, Difusão Européia do Livro, 1961.
- 30) POGGI, Gianfranco. *A Evolução do Estado Moderno*. Rio de Janeiro, Zahar, 1981.
- 31) REALE, Miguel. *Política de Ontem e Hoje*. São Paulo, Saraiva, 1978.
- 32) SALLOIS, Jaques, e CRETIN, Michel. O papel social dos altos funcionários e a crise do Estado. In: POULANTZAS, Nicos. *O Estado em Crise*. Rio de Janeiro, 1977.
- 33) SÁNCHEZ AGESTA, Luis. *Las Antítesis del Desarrollo*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1976.
- 34) SCHMITT, Carl. *Legalidad y Legitimidad*. Madrid, Aguilar, 1971.
- 35) SOUZA, José Pedro Galvão de. *O Estado Tecnocrático*. São Paulo, Saraiva, 1973.
- 36) VECCHIO, Gorgio del. *Lições de Filosofia do Direito*. 2ª ed., Colmbra, Arménio Amado, 1951.

Do Estado na arbitragem privada

JOSÉ CARLOS DE MACALHÃES

Mestre em Direito pela Universidade de Yale. Doutor em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo. Professor Assistente-Doutor da Faculdade de Direito da USP

SUMÁRIO

- 1 — *Da cláusula arbitral nos contratos com o Estado*
- 2 — *Da arbitragem como obrigação contratual*
- 3 — *Da arbitragem como jurisdição*
- 4 — *Da arbitragem como instituto "sui generis"*
- 5 — *Da capacidade do Estado de firmar compromisso*
- 6 — *Da capacidade do Estado brasileiro para firmar convenção arbitral*

1 — *Da cláusula arbitral nos contratos com o Estado*

A posição política que anima principalmente os juristas e mesmo os políticos dos países menos desenvolvidos não afasta o interesse desses mesmos países em atrair investimentos estrangeiros para seus grandes projetos. Se, de um lado, há o desejo de preservar a independência política, de outro, há o reconhecimento de que a independência econômica e tecnológica não foi conseguida e que é necessário contar com capitais e técnicas dos investidores estrangeiros. As garantias que estes postulam, nos ajustes de desenvolvimento que realizam com Estados, para acautelarem-se basicamente dos riscos de nacionalizações e modificações legis-

lativas, fizeram surgir complexo sistema, ancorado em três pontos fundamentais (1):

- cláusula de direito aplicável;
- cláusula de estabilização legislativa;
- cláusula compromissória.

Pela cláusula de direito aplicável, determina-se a lei reguladora do contrato, subordinando-se, por vezes, a relação ajustada a princípios gerais de direito, ou, ainda, a normas do organismo internacional que discipline o objeto do contrato.

A cláusula de estabilização legislativa, embora de efeito prático limitado, refere-se à intenção das partes de evitar dúvidas sobre a aplicação de leis editadas *a posteriori* pelo Estado e que venham a afetar o cumprimento das obrigações reguladas no contrato. A previsão desta cláusula, imaginada como meio eficaz de coarctar o poder de império do Estado, em seu próprio território, na verdade mostrou-se de pouca eficácia e passou a ser recusada nos contratos econômicos firmados com países não industrializados.

Tanto a cláusula de direito aplicável, como a de estabilização legislativa referem-se ao direito material regulador das obrigações pactuadas.

A cláusula compromissória, por sua vez, objetiva assegurar a imparcialidade na resolução de controvérsias, constituindo garantia que o próprio Estado está interessado em prover. Daí a observação oportuna de PROSPER WEIL (2):

“A submissão do contrato ao direito interno e aos Juízes nacionais, não obstante não evite sejam acionados mecanismos internacionais, como a proteção diplomática, não assegura proteção suficiente ao contratante. Essa proteção, no entanto, é necessária e o próprio Estado está interessado em concedê-la, como forma de garantir fluxo de investimentos estrangeiros e acordos de desenvolvimento. Há, portanto, tendência à liberalização das relações contratuais, com a caracterização da igualdade jurídica das partes, predispondo-as a aceitar normas internacionais e a submissão de litígios à arbitragem internacional.”

A admissão pelo Estado de cláusula arbitral pela qual se obriga a dirimir eventuais disputas com o particular por meio de arbitragem significa a renúncia à processualidade estatal no entendimento de PONTES DE MIRANDA (3).

(1) JEAN-FLAVIEN LALIVE. Un Grand Arbitrage Pétrolier entre un Gouvernement et Deux Sociétés Privées Étrangères, in *Journal de Droit International*, 1947, v. 2, p. 321.

(2) “Contrats entre États et Particulier”, *Recueil des Cours*, v. 128, p. 101.

(3) *Tratado de Direito Privado*, vv. 26/32, p. 3.121.

F. A. MANN, por sua vez, sustentou que ao admitir a cláusula arbitral, em contrato de que participe, o Estado assume a característica de entidade privada e, assim, se sujeita à jurisdição de outro Estado, pois a arbitragem privada está sempre regulada por uma lei nacional, salvo no caso especial e único da Convenção sobre Solução de Litígios sobre Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados, sob os auspícios do BIRD (4).

2 – Da arbitragem como obrigação contratual

Há, aqui, de se indagar da natureza da arbitragem. Constitui ela uma obrigação contratual, acordada entre partes juridicamente iguais, ou possui conotação jurisdicional, por criar uma jurisdição nova e diversa da do Estado?

A cláusula compromissória ou o compromisso, ao instituírem a arbitragem, fazem nascer uma jurisdição privada, conferindo aos árbitros o poder e autoridade para julgar determinado litígio, nascido da relação obrigacional disciplinada no contrato. Enquanto que os Juízes possuem jurisdição, ou seja, autoridade para declarar o direito, conferida pela Constituição e pelas leis, enfim, pela comunidade, os árbitros a adquirem pela vontade das partes. São estas que, consensualmente, renunciando à autoridade jurisdicional dos Juízes, criam a competência dos árbitros.

Ao examinar a lei aplicável à arbitragem, como um todo, a doutrina controverte. Segundo a concepção contratualista, a convenção de arbitragem e a sentença arbitral formam um só todo integrado. A convenção das partes é a base de uma pirâmide da qual o laudo é o topo, formando um complexo de atos incidíveis, que compreende a convenção, o processo arbitral e o laudo. Assim, a decisão complementa e integra a convenção arbitral, instrumento principal que expressa a vontade das partes e delimita a autoridade dos árbitros nomeados. Essa concepção, defendida por BALLADORE-PALLIERI e por KLEIN, foi consagrada, na França, na decisão do caso *Roses*, em 27 de julho de 1937, em que a Corte de Cassação afirmou que

“As sentenças que têm por base um compromisso a ele se integram e participam de sua característica convencional” (5).

Admitindo-se a arbitragem como simples obrigação contratual, os seus efeitos confundem-se com os das obrigações, possibilitando as exceções todas do direito contratual.

(4) F. A. MANN, “State Contracts and International Arbitration”, in *Studies in International Law*, p. 257.

(5) PIERRE LALIVE, “L’Arbitrage International Privé”, *Recueil des Cours*, 1967, v. 120, p. 584.

3 – Da arbitragem como jurisdição

Contudo, há os que sustentam que o centro de gravitação da arbitragem está no laudo arbitral, que possui características de julgamento judiciário. O árbitro decide como Juiz, e sua autoridade, em relação ao litígio submetido à sua decisão, é similar à do magistrado. Ambos possuem a mesma jurisdição, entendida esta como autoridade para declarar o direito, com a diferença de que a do Juiz é conferida pela comunidade, pela Constituição e a do árbitro pelas partes, pela convenção arbitral.

Essa tese publicista da arbitragem não nega que ela repousa em convenção arbitral, mas sustenta que, firmada esta, nascida a jurisdição dos árbitros, emerge o caráter jurisdicional preponderante da arbitragem. O compromisso seria um contrato especial de direito público, instituindo normas de processo.

Defendida por LAINÉ⁽⁶⁾ no começo do século, essa doutrina foi abandonada, tendo em vista, basicamente, o interesse em favorecer a homologação das arbitragens estrangeiras.

4 – Da arbitragem como instituto sui generis

A doutrina moderna concilia as duas tendências anteriores, vendo na arbitragem uma instituição *sui generis*, de natureza híbrida, que nasce da vontade das partes e, portanto, de caráter obrigacional e regula a relação de direito processual, de natureza pública. Assim, a convenção arbitral seria, na verdade, contrato privado que disciplina matéria de direito público, que interessa à ordem pública, nacional ou internacional, à medida que se destina a compor controvérsia que, mesmo entre particulares, afeta essa ordem pública.

Essa doutrina é, atualmente, defendida sobretudo por PIERRE LALIVE⁽⁷⁾ e PHILIPPE FOUCARD⁽⁸⁾ e contou com o prestígio do Instituto de Direito Internacional, representado pelo Professor SAUSER-HALL⁽⁹⁾.

O exame da natureza da arbitragem é importante quando se defronta com a participação do Estado na arbitragem privada e as conseqüências que disso advêm.

5 – Da capacidade do Estado de firmar compromisso arbitral

Com efeito, admitido o caráter convencional ou institucional da arbitragem, há de se cogitar das normas que regulam a submissão do Estado à arbitragem privada, certo como é que há Estados cujas leis proíbem sua

(6) Cf. PHILIPPE FOUCARD. *L'Arbitrage Commercial International*. Dalloz, p. 8.

(7) PIERRE LALIVE. Nota 5, p. 584.

(8) PHILIPPE FOUCARD. Nota 6, p. 8.

(9) Cf. FOUCARD. Nota 6, p. 9.

participação no processo arbitral. É o caso da França, onde os artigos 83 e 1.009 do Código de Processo Civil vedam expressamente às entidades públicas firmarem contratos, nos quais se estabeleça a arbitragem como meio de solução de litígios. Em tal situação, somente o Judiciário pode examinar controvérsias envolvendo o Estado. Em se tratando de contrato internacional, aquela restrição não se aplica, pois a Corte de Cassação, ao decidir o caso Galakis, afirmou que a proibição refere-se apenas às arbitragens internas e é inaplicável aos contratos internacionais.

Essa orientação da jurisprudência francesa firmou-se com a decisão de 10 de abril de 1957, referente ao caso *Myrtoon Steam Ship*, cujos fatos podem ser assim resumidos: o Estado francês, por intermédio de uma missão de transportes marítimos em Londres, afreteou, em 1940, certo número de cargas, para serem transportadas à França, firmando cartapartidas que continham cláusula compromissória. Surgindo controvérsia sobre um dos contratos, o armador provocou a instauração da arbitragem em Londres, em consonância com a cláusula arbitral, obtendo ganho de causa. A França, recusando-se a participar da arbitragem, opôs-se ao processo homologatório da sentença arbitral, perante seus Tribunais, sob a alegação de que seus representantes não teriam recebido poderes para firmar compromisso e, sobretudo, porque a cláusula arbitral seria nula, em face da incapacidade do Estado francês em se comprometer.

A Corte de Paris, ao decidir a questão da capacidade, declarou que:

“proibição (feita ao Estado de se comprometer) é limitada aos contratos de ordem interna e não tem aplicação às convenções de caráter internacional” (10).

Essa decisão provocou inúmeros comentários e controvérsias na doutrina francesa, que submeteu os argumentos da Corte aos rigores da lógica cartesiana. Às falhas de argumentação nela contidas, notadamente sobre a lei aplicável à determinação da capacidade de contratar, que levaria à conclusão da aplicação da lei francesa — e, portanto, da prevalência da proibição de o Estado comprometer-se — sobrepõem-se considerações sobre a distinção entre ordem interna e ordem internacional, para justificar tratamento diverso aos contratos internacionais.

Ao comentar a sentença, corroborou MOTULSKY que a questão primordial no litígio foi a da interdição feita ao Estado francês de se comprometer, regra essa não verificada no direito inglês ou no alemão, tratando-se, pois, de norma peculiar ao direito francês (11). Ademais, o comportamento do Estado aceitando firmar contrato contendo cláusula arbitral e, posteriormente, recusando-se a participar da arbitragem, sob o fundamento de que seu direito interno não o permite, é contraditório.

(10) PHILIPPE FOUCHARD. Nota 6, p. 94.

(11) HENRY MOTULSKY. *Écrits — Études et Notes Sur l'Arbitrage*. Dalloz, 1974, p. 366.

Ao admitir a validade da cláusula compromissória, acordada pelo Estado francês, apesar da norma expressa no Código de Processo Civil, a Corte de Paris reconheceu a existência do uso e costume internacional, que confere plena validade e eficácia à cláusula compromissória e a conseqüente capacidade do Estado de se comprometer. Esta é a conclusão de PHILIPPE FOUCHARD ⁽¹²⁾, como se depreende das indagações que faz a propósito da decisão, da qual destaca, para sustentar sua opinião, o seguinte tópico:

“il serait contraire aux intérêts de l'État de défendre à les représentants d'accepter un mode de règlement de ses différends conforme aux usages du commerce international, alors que son refus entrainerait souvent la rupture des pourparlers engagés”.

Este é, na verdade, o cerne da questão. O contratante privado estrangeiro, ao condicionar a celebração do contrato, à inserção de cláusula arbitral, assume postura clara e de franca oposição à submissão de eventuais litígios à jurisdição interna do Estado-Parte. Se este aceita essa condição, não lhe cabe, ulteriormente, invocar norma interna, em total contradição com o acordado.

O princípio da boa fé que rege as relações internacionais — e que, de resto, está na base de todo contrato — torna-se fundamentalmente afetado. MOTULSKY chegou a sugerir que, ignorando o contratante estrangeiro a incapacidade do Estado, inserita em norma de direito interno, e sendo escusável essa ignorância, haveria de se considerar válida a submissão do Estado e plena sua capacidade ⁽¹³⁾. Há de prevalecer a boa fé das partes.

Essa decisão, não obstante peculiar ao direito francês, teve repercussão pela questão levantada. A incapacidade do Estado de praticar certos atos, na ordem interna, regida pelo direito nacional e, portanto, restrita a fatos e relações circunscritas ao território do Estado, não se estende à ordem internacional, sujeita a usos e costumes internacionais e, porque não dizê-lo, ao direito internacional.

Por outro lado, a capacidade de o Estado submeter-se à arbitragem deve ser examinada não apenas em face dos participantes da relação ajustada, mas, mormente, do objeto dessa relação jurídica. Se o Estado, parte no contrato, obriga-se numa relação de direito público, regida pelo direito administrativo, em que prepondera o poder político do Estado, em sua condição de organização política da comunidade nacional, a incapacidade decorre da própria natureza do ato. Nos contratos administrativos, fundados no direito público, não há como deixar o Estado de impor, ao contratante privado, a exclusividade da jurisdição pública do próprio Estado. As autoridades que agem pelo Estado estão adstritas à organi-

(12) PHILIPPE FOUCHARD. Nota 6, p. 101.

(13) HENRY MOTULSKY. Nota 11, p. 368.

zação judiciária da comunidade e os ajustes celebrados interessam à ordem pública interna do Estado. A matéria não é arbitrável, porque não passível, igualmente, de transação.

Já o mesmo não ocorre quando o Estado atua fora de sua condição de entidade pública e política da comunidade nacional e pratica ato de natureza privada, situado na ordem privada e franqueado aos particulares. Neste caso, o Estado equipara-se ao particular, pois a relação ajustada rege-se não pelo direito público, mas sim pelo privado. Não há contrato administrativo, mas há o de natureza comercial. O Estado poderia ser substituído por um particular no pólo passivo ou ativo da relação ajustada, e nada se alteraria. Daí ser admissível a cláusula arbitral, salvo se o Estado fosse incapaz também de contratar. Afastada essa premissa, ou seja, reconhecido ao Estado o direito de contratar, na órbita privada, isto é, fora das normas do direito administrativo, a consequência natural será admitir-se sua plena capacidade para comprometer-se. A convenção arbitral, quer se revista da forma de cláusula arbitral, quer de compromisso, constitui relação de direito público, regida pelo direito privado.

Nesse quadro, é preciso ter em mente que o Estado liberal — concebido como organização da comunidade nacional, sem nela interferir ativamente, senão como defensor de princípios perseguidos pela comunidade, ou como simples Estado policial — atuava estritamente na esfera do direito público. Daí por que se editou interdição geral às pessoas de direito público de se submeter à arbitragem, salvo autorização especial, como ocorreu na Grécia, Estados Unidos, Bélgica e França (14).

Nos países de economia planificada, ao contrário, a arbitragem constitui o mecanismo preferido para dirimir litígios, mesmo tendo como partes organismos públicos. Esse contraste faz ressaltar o cerne da questão. É que nestes, tratando-se de matéria subordinada ao direito privado, sempre se reconheceu capacidade de as entidades públicas resolverem controvérsias por arbitragens. Naqueles, somente quando se constatou a efetiva intervenção do Estado na ordem econômica e sua atuação como comerciante, ou agindo como entidade privada, realizando ajustes como se particular fosse, é que se questionou a capacidade de se comprometer o Estado. E a confusão emergiu da circunstância de, anteriormente, o Estado agir apenas na esfera do direito administrativo, em que as relações são indispensáveis e subordinadas ao direito público.

6 — *Da capacidade do Estado brasileiro para firmar convenção arbitral*

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal enfocou a matéria de forma admirável, ao decidir o chamado caso da Organização Lage (15). Os fatos

(14) FOUCHARD. Nota 6, p. 92.

(15) Agravo de Instrumento nº 52.181-GB — Agravante: União federal. Agravados: Espólio de Renaud Lage e outros; Henry Potter Lage e Espólio de Frederico Lage e Espólio de Henrique Lage. RTJ, v. 68, p. 382.

podem ser assim resumidos: a União federal, pelo Decreto-Lei nº 4.648, de 2 de setembro de 1942, incorporou ao Patrimônio Nacional os bens e direitos da Organização Lage e do espólio de Henrique Lage, constituído de valioso conjunto aproveitável no interesse da defesa nacional. Avaliados os bens, determinou o Ministro da Fazenda sua venda em hasta pública, para pagamento de débitos anteriormente contraídos pela empresa com a União, com a restituição do saldo aos proprietários. Estes formularam protesto judicial, propondo a criação de Juízo Arbitral, não-aceito na forma sugerida, mas afinal instituído pela edição do Decreto-Lei nº 9.521, de 26 de julho de 1946, que estabeleceu:

- a incorporação definitiva dos bens que especificou;
- a desincorporação de bens que também discriminou;
- o pagamento, pela União, de uma indenização correspondente ao justo valor que os bens e direitos incorporados, com base na data em que entrou em vigor o Decreto-Lei n.º 4.648, de 2-9-42;
- o pagamento por meio de apólices da Dívida Pública;
- a instituição de Juízo Arbitral para o fim especial de julgar, em única instância e sem recurso, as impugnações aos decretos-leis anteriores, oferecidas pelo espólio, sua legatária e legatários;
- não-recorribilidade da decisão do Juízo Arbitral;
- a composição do Juízo Arbitral por três membros, sendo um indicado pelo Ministro da Fazenda, outro pela parte e o terceiro dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal;
- que a União e os interessados não poderiam pleitear quaisquer indenizações ou vantagens não especificadas no Decreto-Lei nº 9.521/46 (16).

O Juízo Arbitral, constituído pelo Dr. Raul Gomes de Matos, indicado pela União, Prof. Antonio Sampaio Doria, pelo espólio e pelo Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, Dr. Manoel da Costa Manso, terceiro desempatador, proferiu seu laudo, fixando a indenização, inicialmente reconhecida pela União, que tomou providências administrativas, enviando mensagem ao Congresso, solicitando abertura de crédito especial para atender ao pagamento do valor arbitrado.

A essa altura, houve mudança de governo e o Procurador-Geral da Fazenda, Dr. Haroldo Renato Ascoli, em cumprimento à orientação recebida, emitiu parecer sustentando a inconstitucionalidade do Juízo Ar-

(16) V. Nota 15, pp. 383/384.

bitral, dando fundamento a que o Ministro da Fazenda solicitasse o envio de nova mensagem ao Congresso cancelando a anterior. Apesar do parecer contrário da Comissão de Justiça da Câmara dos Deputados, esta última mensagem foi aprovada, abrindo-se a questão ao Judiciário, por provocação dos sucessores e herdeiros dos Lage.

Já em primeiro grau, a pretensão foi acolhida. O recurso interposto para o Tribunal Federal de Recursos mereceu exaustivo exame do relator — Ministro Godoy Ilha — tendo a ementa registrado, dentre outros tópicos, a decisão sobre a constitucionalidade do Juízo Arbitral no Brasil, a possibilidade de a União a ele submeter-se e a natureza consensual da arbitragem. Sobre essas duas últimas questões decidiu o Tribunal:

“Juízo Arbitral — Na tradição de nosso direito, o instituto do Juízo Arbitral sempre foi admitido e consagrado, até mesmo nas causas contra a Fazenda. Pensar de modo contrário é restringir a autonomia contratual do Estado, que, como toda pessoa sui juris, pode prevenir o litígio pela via do pacto de compromisso, salvo nas relações em que age como Poder Público, por insusceptíveis de transação.”

“Natureza consensual do pacto de compromisso — O pacto de compromisso, sendo de natureza puramente consensual, não constitui foro privilegiado, nem tribunal de exceção, ainda que regulado por lei específica.”

Esses dois tópicos da ementa fixam, admiravelmente, os contornos da arbitragem, reconhecendo seu caráter contratual, regulado pelo direito privado, e a capacidade de o Estado brasileiro comprometer-se “salvo nas relações em que age como Poder Público, por insusceptíveis de transação”.

O Supremo Tribunal Federal, em acórdão relatado pelo Ministro Bilac Pinto, confirmou a decisão do Tribunal Federal de Recursos, enfatizando, com novos fundamentos, o caráter contratual da arbitragem e a legitimidade do comprometimento da União. Invocando parecer de Castro Nunes, o acórdão esclarece que, ao tempo do Império,

“muitas controvérsias se levantaram contra a possibilidade da extensão do instituto (arbitragem), então disciplinado pelo D. 3.900, de 26-7-1867, às causas da Fazenda Nacional, prevalecendo, no sentido afirmativo, os autorizados pronunciamentos dentre outros, de Lafayette, Visconde de Ouro Preto e do Conselheiro Silva Costa” (17).

Ainda invocando o mesmo parecer, o Acórdão sustenta

“não ser possível a interdição do Juízo Arbitral, mesmo nas causas contra a Fazenda, o que importaria numa restrição à auto-

(17) V. Nota 15, p. 391.

nomia contratual do Estado que, como toda pessoa *sui juris*, pode prevenir o litígio, pela via transaccional, não se lhe podendo recusar esse direito, pelo menos na sua relação de natureza contratual ou privada, que só esta pode comportar solução, pela via arbitral, dela excluídas aquelas em que o Estado age como Poder Público que não podem ser objeto de transação" (18).

Essa decisão, tomada por unanimidade do Plenário da mais Alta Corte do país, afasta, no Brasil, qualquer dúvida quanto à possibilidade de a União submeter-se à arbitragem privada.

Por outro lado, como já se adiantou, a Lei n.º 1.518, de 24-12-1951, e o Decreto-Lei n.º 1.312, de 15-2-1974, autorizam o Tesouro Nacional a firmar contratos contendo cláusula arbitral, na esfera internacional. Assim sendo, reconhece-se a plena capacidade do Estado brasileiro de submeter-se à arbitragem interna e internacional, ao contrário do que ocorre na França, como se viu, em que essa capacidade é restrita a contratos internacionais.

Há de se mencionar o entendimento de que a capacidade de firmar compromisso do Brasil estaria subordinada à desnecessidade de homologação do laudo arbitral, no país onde for proferido. É o que sustentou JACOB DOLINGER, que invocou, em apoio a essa conclusão, a regra do art. 775 do Decreto n.º 15.783, de 8-11-1922, que aprovou o regulamento para execução do Código de Contabilidade Pública (19). Esse dispositivo reza:

"Art. 775 — A estipulação dos contratos administrativos compreende cláusulas essenciais e cláusulas acessórias.

§ 1º — São cláusulas essenciais e como tais não podem ser omitidas em contrato algum, sob pena de nulidade:

.....
e) nos contratos com pessoas naturais ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro, a cláusula que declara competente o foro nacional brasileiro para dirimir quaisquer questões judiciais originadas dos mesmos contratos."

Disse o professor DOLINGER que, se a arbitragem não for considerada exercício jurisdicional, esse dispositivo não tem aplicação, pois o governo só não pode submeter-se à jurisdição estrangeira. Mas, advertiu:

"Considerando que na maioria dos países o laudo resultante da arbitragem deve ser submetido posteriormente à homologação judicial, poder-se-ia entender que a submissão à arbitragem

(18) V. Nota 15, p. 391.

(19) JACOB DOLINGER. "A Imunidade Jurisdicional dos Estados", *Revista de Informação Legislativa*. Senado Federal, a. 19, n. 76, out./dez. 1982, pp. 5/84.

constitui, de certa forma, uma submissão à jurisdição estrangeira” (20).

Esse raciocínio levaria a especular sobre a revogação do art. 775, § 1º, e, do Código de Contabilidade da União, pelos já mencionados Decreto-Lei n.º 1.312, de 1974, e Lei n.º 1.518, de 1951. Essa conclusão é afastada pelo ilustre Professor do Rio de Janeiro, que verificou que o Decreto-Lei n.º 1.312, de 1974, limitou-se a autorizar o governo brasileiro a aceitar submeter eventuais controvérsias a arbitragens, o que não significa renúncia à imunidade de jurisdição, hipótese vedada pelo Decreto n.º 15.783/22.

Dessa forma, a submissão do governo brasileiro, ou de entidades públicas, à arbitragem no exterior, estaria limitada aos casos em que o laudo arbitral independe de homologação no país onde foi proferido, como é o caso das arbitragens conduzidas pela Câmara de Comércio Internacional de Paris. *O exame atento desses dispositivos, no entanto, leva a conclusão diversa.*

O art. 775 do Decreto n.º 15.783/22 faz referência apenas aos contratos administrativos, ou seja, àqueles regidos pelo direito público, em que o Estado participa na sua qualidade de poder político, não sendo lícito aos que o representam abrir mão do exercício da competência judicial do Estado para dirimir eventuais litígios decorrentes dessa relação. Houvesse intenção de estender a regra a todos os contratos, não teria o *caput* do art. 775 feito referência expressa a “contratos administrativos”.

Haveria, então, de se identificar quais são os contratos administrativos, que, para ORLANDO GOMES, são os que

“se ajustam entre a Administração Pública e particulares para execução e desempenho de atividade do Estado, de interesse geral, que este não pode ou não quer exercer diretamente” (21).

HELLY LOPES MEIRELLES, por sua vez, conceituou o contrato administrativo como

“o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa, para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração” (22).

Mas o que caracteriza o contrato administrativo distinguindo-o do de natureza privada é a participação da Administração na relação jurídica,

(20) DOLINGER, Nota 19, p. 60.

(21) ORLANDO GOMES. “Os Contratos e o Direito Público”. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, nº 10, junho, 1977, pp. 45/46.

(22) HELLY LOPES MEIRELLES. *Direito Administrativo Brasileiro*. 4ª ed., Ed. Rev. Tribunais, 1976, pp. 182/183.

sob suas vestes de autoridade pública, exercendo sua supremacia de poder em relação à outra parte contratante, que se submete às condições ditadas pela Administração.

Como salientou, ainda, HELY LOPES MEIRELLES — de quem são os conceitos ora expendidos — não é o objeto, nem a finalidade pública, nem o interesse público que caracterizam o contrato administrativo — pois que presentes em todos os contratos — e sim

“a participação da Administração derogando normas de direito privado e agindo *publicae utilitatis causa*, sob a égide do direito público” (23).

Ora, admitidos como corretos esses conceitos, há de se compreender o art. 775 do Decreto nº 15.783, de 1922, em seu escopo de disciplinar os requisitos essenciais dos contratos administrativos, sem aplicação aos demais contratos que à Administração é facultado celebrar.

Dáí por que não se compreende por que os contratos de empréstimos contraídos pela União e Estados-Membros, além de empresas públicas ou autarquias, não poderiam abrigar cláusula arbitral, prevendo a instituição de Juízo Arbitral no exterior. Tais contratos não se revestem das características de contrato administrativo. Trata-se de contratos regulados pelo direito privado e o Estado deles não participa com sua presença preponderantemente política.

Por este motivo, não há como se aceitar a conclusão de que seriam ineficazes as cláusulas dos contratos de financiamento aceitas por entidades públicas brasileiras e constantes de contratos firmados com pessoas domiciliadas no exterior, prevendo a arbitragem privada como meio de solução de litígios.

O raciocínio de que a cláusula arbitral somente poderia ser acolhida nos contratos que prevêem, como local da arbitragem, o Brasil, ou país que não imponha a necessidade de homologação judicial do laudo arbitral, considera a submissão à arbitragem como renúncia à imunidade de jurisdição.

E assim posta a questão, não se discute a capacidade de o Estado submeter-se à arbitragem privada, e sim à renunciabilidade da imunidade de jurisdição que PONTES DE MIRANDA tratou como matéria constitucional (24), mas que, na verdade, é questão que interessa a mais de um Estado e, destarte, regulada pelo direito internacional.

(23) V. Nota 23, p. 184.

(24) PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo II, pp. 174 e segs.

Em contrapartida, a questão não envolve a disposição do art. 125, nº I, da Constituição federal, que confere competência aos Juizes federais para julgar

“as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas, na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Militar”.

Essa norma disciplina, no direito interno brasileiro, a distribuição de competências do Poder Judiciário. Portanto, coisa de competência interna do Juiz brasileiro, distinta da competência internacional de que o mesmo se encontra também investido, como regulado nos arts. 88 e 89 do Código de Processo Civil.

O conteúdo de ambos os preceitos é de natureza e fins diversos. O primeiro regula a competência dos Juizes federais de maneira precisa, como órgão do Poder Judiciário, enquanto que os dois últimos estabelecem a competência internacional do juiz brasileiro, sem distinguir o órgão do Poder Judiciário a que pertence, aplicando-se, pois, a todos, Juizes comuns, federais, trabalhistas e militares.

O art. 125 da Constituição federal e todo o Capítulo VII, onde se situa, cuidam da organização judiciária do Brasil, estabelecendo os órgãos do Poder Judiciário, delimitando-lhes a jurisdição, logo, disciplinando-lhes a competência, uns frente aos outros, criando parâmetros precisos para a identificação das atribuições de cada um.

As normas sobre competência internacional, consagradas no Código de Processo Civil, disciplinam a jurisdição do Juiz brasileiro frente ao Juiz estrangeiro, excluindo-a ou admitindo-a.

O art. 88 do Código de Processo Civil estabelece:

“Art. 88 — É competente a autoridade judiciária brasileira quando:

I — o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;

II — no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;

III — a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil.”

As hipóteses elencadas nesse dispositivo, contudo, não afastam a competência do Juiz estrangeiro. Havendo submissão à autoridade judiciária

estrangeira, ainda que presentes os pressupostos elencados no art. 88, a sentença que esta proferir poderá ser executada no Brasil, após sua homologação pelo Supremo Tribunal Federal. A competência, aqui, é concorrente, ou relativa (25).

Já o art. 89 do Código de Processo Civil estabelece as hipóteses em que a competência é exclusiva:

“Art. 89 – Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:

I – conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil:

II – proceder a inventário e partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional.”

Além dessas, pode-se acrescentar, como de competência absoluta do Juiz brasileiro, a prevista no art. 7º da Lei de Falências (Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945):

“Art. 7º – É competente para declarar a falência o Juiz em cuja jurisdição o devedor tem o seu principal estabelecimento ou casa filial de outra situada fora do Brasil.”

Em nenhuma delas se faz referência à competência absoluta *ratione personae*, ao contrário, o critério para a exclusão da competência estrangeira é o da localização dos bens no Brasil.

Nada impede, por esta razão, que a União ou qualquer das entidades referidas no art. 125 da Constituição federal submeta-se à jurisdição estrangeira, mesmo porque não lhe resta alternativa quando forem autores em controvérsias cuja decisão deva ser executada em outro país. O princípio da efetividade prevalece, pois nenhum efeito terá a decisão de Juiz nacional não reconhecida pelo país onde deva ser executada.

Por último, há de se observar que a capacidade de se comprometer é matéria de direito civil, não se podendo negar ao Estado brasileiro sua legitimidade em ajustar convenção arbitral, como reconhecido pela já citada decisão do Supremo Tribunal Federal. Os dispositivos que regem a competência internacional constituem assunto de direito processual internacional, de natureza diversa.

(25) GUIDO FERNANDO SILVA SOARES. *Das Imunidades de Jurisdição e de Execução*. São Paulo, 1980 — s.c.p., p. 25; VICENTE GRECO FILHO. *Homologação de Sentença Estrangeira*. Saraiva, 1978, pp. 71/72; CELSO AGRÍCOLA BARBI. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. II, 1975, pp. 398/399.

A inconstitucionalidade da nomeação do Governador do Distrito Federal sem a audiência prévia do Senado

MIRTÔ FRAGA

Mestre em Direito. Assessora Parlamentar do Senado Federal. Ex-Assessora Jurídica do Ministro da Justiça. Ex-Professora de Direito Constitucional e de Direito Internacional

O caso concreto da nomeação temporária do Governador do Distrito Federal, sem a audiência prévia do Senado Federal, reaviva questão por mim analisada em 1978, referente à substituição temporária de Prefeitos nomeados, isto é, de Prefeitos das Capitais dos Estados, dos Municípios considerados estâncias hidrominerais em lei estadual e dos Municípios declarados de interesse da segurança nacional em lei de iniciativa do Poder Executivo federal (Const. fed. 1967, com redação da Emenda nº 1/69, art. 15, § 1º, a e b).

2. Naqueles casos, como no atual, a situação é semelhante, pois, em todos eles, a Constituição atribui ao Poder Executivo (federal, no caso do Governador do Distrito Federal; estadual, nos demais) a competência para a nomeação, também, de outros Chefes de Executivo, mas,

ao mesmo tempo, reserva a determinado Poder (Executivo federal, na hipótese de nomeação de Município declarado de interesse da segurança nacional; legislativo estadual, quando se tratar de Prefeito de Capital e de estância hidromineral; Senado Federal, na nomeação do Governador do Distrito Federal) o direito de ser ouvido, previamente, sobre o nome proposto.

E, como naqueles casos, no atual, a Constituição só cuidou da nomeação em caráter efetivo silenciando quanto às substituições temporárias ou às nomeações em caráter interino. E em todos eles, omitiu-se, também, quanto à figura do **Vice** (Vice-Prefeito ou Vice-Governador).

3. Vale a pena transcrever os dispositivos constitucionais.

“Art. 15 —

§ 1º — Serão nomeados pelo Governador, com prévia aprovação:

- a) da Assembléia Legislativa, os Prefeitos das Capitais dos Estados e dos Municípios considerados estâncias hidrominerais em lei estadual; e
- b) do Presidente da República, os Prefeitos dos Municípios declarados de interesse da segurança nacional em lei de iniciativa do Poder Executivo.”

“Art. 17 —

§ 2º — O Governador do Distrito Federal e os Governadores dos Territórios serão nomeados pelo Presidente da República.”

“Art. 42 — Compete privativamente ao Senado Federal:

.....

III — aprovar, previamente, por voto secreto, a escolha de magistrados nos casos determinados pela Constituição, dos Ministros do Tribunal de Contas da União, do **Governador do Distrito Federal**, bem como dos Conselheiros do Tribunal de Contas do Distrito Federal e dos Chefes de missão diplomática de caráter permanente;

.....”

4. Como se vê, as hipóteses são semelhantes. No caso que ora nos interessa, a Constituição federal atribuiu ao Presidente da República a competência para nomear o Governador do Distrito Federal, mas reservou ao Senado Federal o direito de ser ouvido previamente.

Entretanto, a Lei nº 3.751, de 13 de abril de 1960, editada sob a vigência da Constituição de 1946, que previa não o Governador, mas o Prefeito do Distrito Federal, dispõe:

“**Art. 19** — O Poder Executivo será exercido pelo Prefeito do Distrito Federal.

§ 1º — O Prefeito será nomeado depois que o Senado Federal houver dado assentimento ao nome proposto pelo Presidente da República.

§ 2º — O Prefeito será demissível *ad nutum*.

§ 3º — Nos impedimentos não excedentes de 30 (trinta) dias substituirá o Prefeito um dos Secretários-Gerais por ele designado. Nos demais casos a substituição se fará por nomeação do Presidente da República.”

O disposto no § 3º do art. 19 enseja discussão, uma vez que autoriza o Presidente da República a nomear o Governador (Prefeito) do Distrito Federal, sem a audiência prévia do Senado. As questões em torno do assunto podem ser sintetizadas em três indagações:

1) A substituição temporária do Governador está abrangida pelos arts. 17, § 2º, e 42, III, da Constituição federal?

2) São auto-aplicáveis tais dispositivos?

3) É inconstitucional o § 3º do art. 19 da Lei nº 3.751/60?

Analisemos, separadamente, cada tópico.

I — A substituição temporária

5. Na interpretação de um dispositivo constitucional, devem-se observar, entre outros, os princípios maiores do regime, das formas de Estado e de governo, que se adotaram na Lei Maior. É princípio pacífico na doutrina do federalismo que o governo da União deve sediar-se fora de qualquer dos Estados-Membros, afastando-se, com isso, os inconvenientes de ser o governo central hóspede do governo local. O Distrito Federal é a Capital da União. A “nomeação do Governador

dá mais segurança ao governo central, que não fica à mercê de contingências políticas a atuarem diretamente sobre sua situação pessoal na capital” — como diria THEMISTOCLES B. CAVALCANTI (**Do Controle da Constitucionalidade**, Rio, Forense, 1966, p. 155).

6. Uma vez que compete ao Presidente da República a nomeação do Governador do Distrito Federal, uma vez que o Senado tem o direito de manifestar-se, previamente, sobre o nome indicado, presente a omissão quanto ao substituto, como conciliar tais competências para decidir-se sobre a substituição do titular do Executivo da Capital da União? “Na interpretação constitucional deve sempre prevalecer o conteúdo teleológico ou finalista da Constituição, que, se é instrumento de governo, é, também, restrição de poderes”, devendo-se orientar no sentido de que, “na aplicação de seus preceitos, sejam cumpridos os fins que a orientaram e impuseram” (S. LINARES QUINTANA, cfr. THEMISTOCLES CAVALCANTI, ob. cit., p. 44).

7. E qual foi a finalidade da Constituição ao estabelecer a nomeação do Governador do Distrito Federal? Dar segurança e estabilidade ao governo federal, com maior entrosamento entre as duas esferas de poder, impedindo que contingências políticas perturbem a diretiva do governo central. Qual a finalidade da Constituição ao determinar a audiência prévia do Senado Federal? Restringir o poder do Presidente da República e permitir a participação de todos os Estados na escolha do Chefe do Executivo da sede da União. O Governador do Distrito Federal é o administrador da sede do governo central. Se a “Capital é patrimônio de todo o Estado” (GERALDO FREIRE, **Anais da Constituição**, 1967, vol. IV, tomo II, p. 666), o Distrito Federal é patrimônio da Federação. Uma das características básicas da forma federativa é a composição bicameral do Poder Legislativo da União, cabendo à Câmara dos Deputados a representação popular e ao Senado a representação igualitária das Unidades federadas. Por isso, compete ao Senado a aprovação do nome do Governador do Distrito Federal e, também, legislar para a Capital. É a participação igualitária de todos os Estados no governo da Capital da União.

8. O substituto do Governador, ao assumir o cargo, Governador será, ainda que por poucos dias, com todos os direitos, todas as vantagens e todas as responsabilidades de Governador. Atingir-se-á o fim que orientou o dispositivo constitucional se se permitir que o próprio Governador designe o seu substituto, nos impedimentos não excedentes de trinta dias (Lei nº 3.751/60, art. 19, § 3º, 1ª parte)? Atingir-se-á o objetivo que norteou o constituinte na redação do dispositivo da Lei Maior, se se permitir ao Presidente da República no-

mear livremente o substituto? No primeiro caso, não restaria violado o preceito constitucional que confere ao Presidente da República o poder de nomear o Governador? Na segunda hipótese, não haveria violação do direito outorgado pela Carta Magna ao Senado Federal de aprovar ou rejeitar o nome proposto?

O conteúdo da norma constitucional e a necessidade de seu desdobramento

9. Pelo que já foi dito, percebe-se, com clareza, minha posição: são inconstitucionais os dispositivos legais que prevêem substituição de Chefe do Executivo sem a observância do disposto, na Lei Maior, para o efetivo. Dessa forma, em 1978, considerei inconstitucional o art. 3º da Lei nº 5.449/68, alterado pelo Decreto-Lei nº 560/69 na medida em que, determinando que a substituição eventual do Prefeito se fizesse de acordo com o disposto na Lei Orgânica dos Municípios, desconhecera a relevância atribuída pela Lei Maior ao interesse federal, retirara do Presidente da República a possibilidade de negar aprovação ao nome e, mais que tudo, transferira ao Estado a competência federal de legislar sobre o cumprimento da Constituição (art. 8º, XVII, a, Const. fed.). Também, em 1981, argüi a inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.866/81, que criou a figura do Prefeito **pro tempore**, retirando do Governador a competência constitucional de nomear o Prefeito de Município declarado de interesse da segurança nacional. Nesse último caso, salientei:

“É verdade que a Constituição fala em nomear e o projeto de decreto-lei em designar. A inteligente solução encontrada pelo autor da idéia não chega, contudo, a impressionar, porque não importa a distinção terminológica. Mais que a letra, feriu-se o espírito da Constituição que prevê a participação das duas esferas de poder para que alguém ocupe o cargo, desempenhe as funções a ele inerentes, ou exerça as atribuições que lhe são próprias.”

10. A Constituição, por sua natureza, compreende um todo harmônico, representando “um ideal político, um programa que se completa pela legislação e pela administração”, como salientou o Ministro THE-MÍSTOCLES CAVALCANTI, em voto vitorioso no STF (H. C. nº 45.232-GB, 21-2-68), adiantando:

“Ter-se-ia, entretanto, de repelir uma interpretação que ferisse os pressupostos constitucionais da Federação, da Re-

pública

Quando se fala em todo harmônico, pressupõe-se o exame do conjunto de normas que regulam cada instituto ou cada matéria e a sua compreensão em face dos princípios fundamentais da Constituição. A interpretação de uma norma contrariando as bases essenciais do regime não pode ser tolerada, porque atrita com os princípios gerais de interpretação.”

Ora, um dos pressupostos constitucionais da Federação brasileira é a participação de todas as Unidades federadas, por meio de seus representantes no Senado, na escolha do Governador do Distrito Federal, Capital da União. Em consequência, a substituição do Governador do Distrito Federal está compreendida no § 2º do art. 17 c./c. o item III do art. 42, ambos da Lei Maior. Não há liberdade para dispor, sobre os substitutos, de forma diversa da estabelecida para o titular. A escolha do Governador — sem qualquer adjetivo, seja titular, efetivo, temporário, substituto, interino ou outra designação que se lhe dê — é ato complexo a exigir a participação de dois Poderes, ou melhor, de um Poder, o Executivo, e de uma das Casas do outro, o Senado. Quem tem o poder expresso de nomear o titular, tem também o de nomear o substituto. Quem tem o poder expresso de aprovar ou rejeitar o titular, deve ter idêntico poder quanto ao substituto.

11. Embora não haja liberdade quanto à matéria, há necessidade de lei para, repetindo o dispositivo, desdobrá-lo integrando sua eficácia, estabelecendo regras de procedimento, a fim de que a norma constitucional produza os seus efeitos, porque muitas vezes ao titular será impossível prever com antecedência (e não muito raro, nem poderá prever) a sua falta ou impedimento, a fim de ser-lhe designado substituto. E, se entendemos inconstitucional o dispositivo em exame, ficará acéfalo o Distrito Federal?

12. Duas soluções podem ser propostas. A primeira, emenda à Constituição, criando o cargo de Vice-Governador (e ao mesmo tempo cargos equivalentes para os Municípios a que se referem as alíneas a e b do § 1º do art. 15), cuja nomeação seria feita, simultaneamente, com a do Prefeito.

A segunda solução consistiria em alteração à lei em exame, para dispor que o substituto eventual do Governador do Distrito Federal

seja nomeado, também, com o titular. Não se trata da mesma solução por outra via. O Vice-Governador tem certos direitos, incluindo o de substituir eventualmente o titular e suceder-lhe no de vaga. Na variante que apresentamos, secundariamente, o substituto não teria direito de suceder, em caso de vaga do cargo. Ocupá-lo-ia até que, pela forma estabelecida na Constituição, fosse preenchido. A lei não estaria criando cargo não previsto na Carta Magna, mas, simplesmente, desdobrando o dispositivo, integrando a sua eficácia. A figura não é nova. Na própria Constituição, nós a encontramos. O Vice-Presidente é o substituto eventual do Presidente da República nos seus impedimentos e é sucessor no caso de vaga (art. 77, **caput**, Const. fed.). O Presidente da Câmara dos Deputados, o do Senado Federal e o do Supremo Tribunal Federal, nesta ordem (art. 78) são substitutos eventuais a ocuparem a Presidência da República no impedimento do titular e de seu substituto e sucessor, e, ainda, se vagarem os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, neste último caso, até que o eleito tome posse (art. 79, Const. fed.). Dessa forma, buscando na própria Constituição uma figura similar, a lei em exame poderia ser modificada, para determinar a nomeação de um substituto, sem direitos sucessórios, desdobrando o dispositivo constitucional e integrando sua eficácia, a fim de que a Carta Magna possa, nesse particular, ser cumprida.

Uma palavra sobre o caso concreto e atual da nomeação do Governador

Embora o trabalho esteja sendo desenvolvido sob o aspecto teórico, não posso deixar de fazer ligeira menção ao atualíssimo caso da nomeação provisória do Governador do Distrito Federal. Somente seria nula de pleno direito se não tivesse embasamento legal. Todavia, calcada em dispositivo de lei, deve produzir seus efeitos, até que a norma em que se fundou seja declarada inconstitucional, em ação direta do Procurador-Geral da República, ou incidentalmente, por exemplo, em mandado de segurança impetrado pelo Senado, que teve seu direito violado.

Apesar de inconstitucional, por violar preceito da Carta Magna, a nomeação é legal porque baseada em lei. É incensurável o ato presidencial baseado em lei, até agora, jamais inquinada de inconstitucional, apesar de sê-lo como demonstrado. Outra poderia ser a ação. Mas, a praticada tem apoio legal. Justa, também, a reação do Senado que viu seu direito constitucional violado por lei aprovada pelas duas Casas do Congresso. **Habemus legem** e, até que se declare sua inconstitucionalidade, pode ser cumprida. Qualquer confronto entre os dois

Poderes será, todavia, prejudicial, além de não produzir nenhum resultado prático, eis que, dificilmente teríamos uma solução do Supremo Tribunal Federal antes de esgotado o prazo da interinidade. De qualquer forma, o incidente tem o seu aspecto positivo, qual seja o de levantar a questão para ser discutida na Constituinte.

Conclusões

Em resumo, pode-se afirmar:

a) a substituição temporária do Governador do Distrito Federal está abrangida pelo art. 17, § 2º, c./c. art. 42, III, da Const. federal;

b) os dispositivos constitucionais não são auto-aplicáveis, reque-
rendo, além de desdobramentos, regras de procedimento;

c) é inconstitucional o § 3º do art. 19 da Lei nº 3.751/60, porque adota, para a substituição, critério diverso do estabelecido na Lei Maior para o Governador (sem distinção: efetivo, temporário, titular, substituto, interino etc.). A lei ordinária, não tem liberdade quanto à matéria;

d) o Distrito Federal não deve, todavia, ficar acéfalo.

Duas soluções podem ser propostas:

1 — emenda à Constituição para prever o cargo de Vice-Governador;

2 — desdobramento dos dispositivos constitucionais, por meio de alteração da Lei nº 3.751/60, prevendo a figura de um substituto eventual, sem direitos sucessórios, nos moldes estabelecidos, pela Lei Maior, para o substituto eventual a ocupar a Presidência da República (art. 78) até a posse do novo titular (art. 79);

e) no caso concreto e atual, objeto de parecer do Consultor-Geral da República, cujos fundamentos não me convenceram, a nomeação, embora legal, porque fundada em lei, é inconstitucional por haver impedido a manifestação do Senado;

f) na prática, qualquer medida impetrada junto ao STF resultaria improdutiva porque é improvável a solução antes de findo o período da interinidade.

Código Penal de 1984

Antecedentes. Ideologia.

Princípios. Orientação. Finalidade.

LUIZ VICENTE CERNICCHIARO

Professor da Universidade de Brasília

Há mais de vinte anos, o Governo iniciou estudos para elaboração de novo Código Penal. É notória a dificuldade de levar a tarefa a bom termo.

O Ministro de Estado da Justiça, Ibrahim Abi-Ackel, elegeu como prioridade a reforma de todo o sistema, abrangendo também a Lei de Execução Penal e o Código de Processo Penal.

As Comissões foram presididas pelo ilustre Professor Francisco de Assis Toledo. Na fase de elaboração do anteprojeto do Código Penal atuaram: Francisco de Assis Serrano Neves, Ricardo Antunes Andreucci, Miguel Reale Jr., Hélio Fonseca, Rogério Lauria Tucci e René Ariel Dotti; o Professor Sérgio Marcos de Moraes Pitombo prestou valiosa colaboração; na revisão, além do Coordenador, Dínio de Santis Garcia, Jair Leonardo Lopes e Miguel Reale Jr. A Secretaria esteve confiada à Dr^a Lucinda Lemos dos Santos Rocha.

A remessa do projeto de lei ao Congresso Nacional foi precedida de ampla divulgação e democraticamente debatido. Transformou-se na Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, cuja vigência principiou aos 13 de janeiro de 1985.

A presente análise busca registrar os princípios que orientaram a reforma, entre os quais atualizar às exigências da sociedade brasileira, ajustá-la às doutrinas modernas e realizar a justiça material.

1 - Introdução

O Código Penal revogado datava de 1942. Daquela época para cá, a sociedade brasileira sentiu profunda transformação; fatores internos, de um lado, e externos, de outro, confluíram para que hoje apresente feições diferentes, muitas vezes em desarmonia com a anterior. As ciências desenvolveram-se, muitos valores adquiriram novas roupagens, impondo ao homem padrões de conduta também novos.

O direito, fenômeno cultural para a realização de valores, sentiria os reflexos das transformações. Vai ficando longe a concepção do direito como expressão normativa meramente formal. A interpretação deixa de ser considerada simplesmente declaratória; confere-se ao intérprete a dignidade de expressar o significado histórico da norma. Da lógica formal passou-se à lógica existencial. Em sendo assim, a legislação teria que ser sensível aos reclamos para não sacrificar a sua eficácia.

Nesse meio tempo, a ciência penal, mais que nunca, preocupada com o homem, desenvolveu teorias, buscando atualizar conceitos, debatendo também o significado do próprio direito penal. A concepção de crime, delinqüente, pena, sem olvidar a vítima, reclamaria atenção do legislador a fim de o texto legal não restar em mora com a realidade nacional.

Daí a idéia de revisão do Código Penal. O Código reúne princípios; em assim sendo, deve ser substituído quando superado, incompatível com a sociedade, tal como aconteceu com o Código Criminal do Império; urgia afastar-se as Ordenações Filipinas; as idéias liberais resultantes da vitória da Revolução francesa repeliam o absolutismo decadente; as garantias do direito de liberdade impunham novo direito penal, consagrando o *nullum crimen nulla poena sine lege* e absorvendo os postulados da Escola Clássica.

Hoje, a situação é diferente. Tradicionais princípios continuam vigentes: o princípio da reserva legal; o princípio da personalidade da pena; o princípio da anterioridade da lei penal; o princípio de lei penal mais benigna; o princípio da individualização; o princípio do *nullum crimen sine culpa*.

Tais princípios, insista-se, estão consagrados na legislação brasileira, contudo, o diploma em vigor necessita de modificações a fim de institutos dele decorrentes receberem o tratamento reclamado em nossos dias. Cumpre banir de modo intransigente a responsabilidade objetiva, rever a hipócrita presunção do conhecimento da ilicitude, redimensionar o sistema de penas, situar as medidas de segurança conforme a realidade brasileira e utilizar a sanção como medida de reprovação político-jurídica do delinqüente, e meio de utilidade social; para isso, o condenado não pode ser visto somente no conceito normativo de alguém que haja cometido um delito, mas, antes de tudo, ser humano, impondo-se a realização do exame

de personalidade; caso contrário, a pena continuará vazia de utilidade, e imposta sem exata compreensão dos fatores criminógenos. A infração penal é expressão da personalidade; esta, por seu turno, como modo de ser, resulta de fatores antropológicos, psicológicos e sociais, que explicam a conduta de indisciplina social. A constatação desses fatores em geral, e dos fatores preponderantes, no caso concreto, só será possível com o estudo minucioso do delinqüente, a fim de ser executada a pena de modo a delimitar a causa do comportamento proibido.

Essa visão panorâmica projeta de corpo inteiro a necessidade da reforma, de modo que o Código Penal, no plano científico, reproduza as melhores concepções doutrinárias e, vinculado à nossa cultura, seja dotado da eficácia indispensável às normas jurídicas.

CPI do Sistema Penitenciário

2. Cumpre assinalar o momento mais significativo da tomada de posição concreta para despertar consciências para a necessidade da reforma legislativa, isto é, o Relatório e Conclusões de Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a proceder ao levantamento da situação penitenciária do País, publicados no *Diário do Congresso Nacional*, elaborados pelos Deputados José Bonifácio Netto, Presidente, e Ibrahim Abi-Ackel, Relator, no dia 4 de junho de 1976 (Suplemento ao nº 61). Aí ficou expresso que se tornava mister "a elaboração de um novo sistema de penas, com substitutivos à pena de prisão, nos casos adequados, tais como: ampliação do instituto da suspensão condicional da pena, de forma a ensejar sua aplicação com maior largueza; prescrição da reincidência dentro do prazo de cinco anos, uma vez cumprida a pena; repetição da suspensão condicional da pena, confiado ao juiz o arbítrio para concedê-la nos casos em que se convença da inexistência da periculosidade; ampliação do elenco de casos de substituição da pena de reclusão pela de detenção ou multa; adoção da pena domiciliar, restritiva dos direitos de locomoção do imputado; adoção da prisão albergue domiciliar, como semente do "probation" (fiscalização); interdição de direitos, dentre os quais, a suspensão ou a cassação do direito ao exercício de profissão; suspensão ou cassação da carteira de habilitação para dirigir veículos". No tocante à execução penal concluíram:

"As penas de reclusão e de detenção, bem como as imposições penais prévias não se distinguem para a grande maioria dos presos, cumpridas que são em cárceres promiscuos; a individualização da pena é obstaculada pela superlotação carcerária, que impede a classificação dos prisioneiros em grupos e sua lotação em estabelecimentos distintos; grande parte da população carcerária vive em ociosidade, sob a influência corruptora da subcultura criminal; esse tipo de prisão acentua o caráter criminógeno do cárcere e antes serve à difusão e ao aperfeiçoamento

do crime do que à defesa da sociedade... Preconiza-se novo sistema de penas, dotado de substitutivos à pena de prisão, revestidos de eficácia pedagógica, de forma a restringir a privação da liberdade a crimes graves e delinquentes perigosos. A busca de outras sanções para criminosos sem periculosidade diminuirá a ação criminógena do cárcere e atuará como fator de despopulação das prisões... O exame da personalidade do sentenciado, tendo em vista a natureza do crime, é que determinará sua inserção no grupo com o qual conviverá no curso da execução da pena."

Nesse quadro, tornava-se imperiosa a revisão da legislação penal, em parte reestruturada pela Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977.

Ideologia

3. A Comissão elaboradora não teve preocupação de filiar-se ortodoxamente a uma Escola; preferiu valer-se da larga experiência de seus membros, que, com sensibilidade, tocou nas partes necessárias para o trabalho alcançar o escopo pretendido: conservar o que a doutrina e a jurisprudência aplaudiram nesses quarenta anos, e reelaborar os institutos de maneira que o Código Penal se tornasse instrumento hábil a prevenir a criminalidade e ressocializar o delincente. E o fez sensível à realidade nacional, ciente de que o transplante de institutos, esquecendo-se as diferenças entre sociedades, é inócuo, senão contraproducente. O texto legislativo não é um repositório literário, mas, antes de tudo, meio de realização de interesses coletivos, conjugado com a função pedagógica do direito. As transformações foram profundas, afetando elementos constitutivos do delito e completa reformulação do sistema de penas. E mais, preocupou-se ainda com a situação da vítima, a grande esquecida após o impacto da prática da infração penal. O Código, embora em harmonia com idéias divulgadas no Sexto Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delincente (Caracas, Venezuela, de 25 de agosto aos 5 de setembro de 1980) e selecionados antecedentes de outras legislações, sem perder a originalidade, volta-se para a experiência brasileira. Há uma consciência maciça de limitar ao máximo a pena de prisão, buscando-se medidas alternativas. Daí a troca de idéias em encontros nacionais e internacionais, convergindo entendimentos de que são exemplos as recomendações do Congresso de Kyoto, no Japão, em 1970, cuja política foi adotada, entre nós, pela Lei nº 6.416/77, que recebeu entusiásticos aplausos. ANDREUCCI observou: A consciência de todos, não apenas dos juristas, continha a premência da mudança, enquanto que os penalistas já razonavam soluções, porque o dilema penal não mais suportava retardamentos. O anteprojeto de 1981 decorreu desta tendência nascida não dos reclamos teóricos, mas da criminalidade crescente e da contundente realidade carcerária. A reformulação, porém, não pode ser creditada a

missão isolada de alterar os padrões atuais, já que o todo é um conjunto e não uma parcela ⁽¹⁾. DOTTI realçou a preocupação de situar o homem como a meta de maior importância: "O destino da reforma do sistema de penas, portanto, deve constituir um fenômeno vertido para a comunidade, encarnada pelo Estado que respeita os princípios fundamentais de um pacto garantidor das relações entre os indivíduos e o poder público" ⁽²⁾. ZAFFARONI, depois de qualificar o anteprojeto, como o melhor latino-americano dos últimos anos, acentua:

"En el anteproyecto creo ver claramente un rumbo, un imagen de hombre. Queda totalmente superada la ambivalencia del código vigente en el que el neo-idealismo de GIOVANNI GENTILE, llegado al derecho penal con la obra legislativa de ROCCO, reúne lo peor del positivismo ferriano con lo peor del idealismo penal. En el proyecto se arrumba definitivamente el "embuste de las etiquetas" de KOHLRAUSCH y se encara la realidad de un hombre responsable, siempre de una circunstancia — como que jamás puede ser de otra manera — capaz de una elección que funda su *culpabilidad* penal... proyecto que considero que tiene un elevadísimo nivel técnico y que constituye un modelo de instrumento legal, concebido conforme a cánones de una política criminal moderna, dinámica y realista, alejado de la tecnocracia del llamado "código tipo" y de los peligrosos ensayos positivistas, expresiones ambas de un momento político penal superado" ⁽³⁾.

Anterioridade da lei penal

4. O princípio da reserva legal foi mantido na sua integralidade. Não faria sentido bani-lo, ou enfraquecê-lo. É tradicional em nossa legislação, consagrado na Constituição do Império, repetido em todas as congêneres, como esteve presente no Código Criminal de 1830 e nos editados no período republicano. Nosso direito penal é ainda um direito penal liberal, que situa o direito de liberdade em plano proeminente. As razões políticas que justificaram sua introdução na Declaração dos Direitos do Homem, na França, confirmadas na Declaração dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas, ainda são atuais. *Nullum crimen, nulla poena sine proevia lege* é marco da consciência universal, reverente ao direito de liberdade, cuja defesa não pode ser descurada, como veementemente proclama CHAVES ⁽⁴⁾.

(1) ANDREUCCI, Ricardo Antunes. Fundamentos da Reforma Penal. (Seminário sobre a Reforma Penal, Goiânia, 1981.)

(2) DOTTI, René Ariel. *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*, p. 234.

(3) ZAFFARONI, Eugênio Raul. Missiva ao Prof. Sérgio de Moraes Pitombo. Buenos Aires, 2 de maio de 1981.

(4) CHAVES, Raul. *Advocacia e Reforma Penal*. (Conferência Nacional da OAB, Salvador, 1979.)

Lei penal no tempo

5. A redação do art. 2º, parágrafo único, sofreu alteração, sufragando, como no *caput*, o princípio da lei penal mais favorável; aperfeiçoado, a fim de adaptá-lo, no sentido literal, à Constituição da República que determina, incondicionalmente, a aplicação da lei mais benéfica ao réu (art. 153, § 16). É certo, a interpretação considerou, após a Constituição federal de 1946, revogada a restrição do parágrafo único do art. 2º, que limitara a incidência da lei posterior menos severa, que, por outro modo, que não a *abolitio criminis*, favorecesse o agente, ao "fato não definitivamente julgado". Não faria sentido manter o texto anterior e, agora, enunciá-lo com vício de inconstitucionalidade. Assim, seja quando houver supressão do tipo, como, de qualquer outro modo, quando a lei posterior favorecer o agente, "aplica-se aos fatos anteriores, mesmo que já julgados". Afetaria até o princípio da isonomia o Estado tratar diferentemente os delinquentes porque as condenações ocorreram em épocas diferentes. Se o Estado retira a censura penal de uma conduta, ou ameniza o tratamento, não se justifica o rigor inicial.

Todavia, para não enfraquecer a repressão criminal, a lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência. Aqui, a situação é diversa: não há sucessão de leis no tempo, e o término da vigência não se confunde com a *abolitio criminis*. Não foi retirada a censurabilidade ao agente, o fato não deixou de ser relevante; somente se escoara o tempo de vigência, ou modificadas as circunstâncias que a recomendaram.

Lei penal no espaço

6. Os arts. 5º a 9º tratam da lei penal no espaço. O princípio da territorialidade é a regra geral, expressão da própria soberania, enunciando também o conceito jurídico de território, o § 1º do art. 5º, para alcançar os locais onde a repercussão do fato recomenda a punição do agente. Embora cometidos no estrangeiro, a importância do bem jurídico preservado, ou a pessoa ofendida, ficam sujeitos à lei brasileira os crimes mencionados nos incisos I e II do art. 7º. Aderiu-se, pois, a princípios da extraterritorialidade. Supriu-se, com adesão dos penalistas, como ilustra VIEIRA DA SILVA (5) uma lacuna da lei vigente, introduzindo-se o princípio da representação, a fim de alcançar crimes "praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados" (art. 7º, II, c). Hoje, o crime cometido naqueles meios de transporte, se o avião estiver sobrevoando território estrangeiro, ou não fizer pouso, não incide a lei brasileira,

(5) VIEIRA DA SILVA, Alberto José Tavares. Aplicação da Lei Penal. (Seminarário sobre a Reforma Penal, Goiânia, 1961.)

se o autor ou a vítima não forem brasileiros; diga-se o mesmo em relação a embarcações que saem de território estrangeiro e não retornam aos portos de origem.

Relação de causalidade

7. O crime é fenômeno que se projeta na sociedade; CARRARA, o corifeu da Escola Clássica, na definição de delito, com propriedade, inclui a característica de ser "politicamente danoso". O crime é ação, provocando sempre um resultado no sentido jurídico do termo, ou seja, dano, ou perigo ao bem tutelado pelo direito. No período da grande influência das ciências positivas nas ciências humanas, conferiu-se especial atenção à relação de causalidade, porque os fenômenos só obtinham explicação definitiva quando demonstrado o vínculo de causa-e-efeito. Hoje, o estudo do crime não se fixa com tanto afincos nesse pormenor, embora não possa ser descuidado, eis que somente será justo imputar o resultado a quem o praticou. O tema tem suas raízes na Constituição da República, que, no Capítulo dos Direitos e Garantias Individuais, inscreveu o princípio da personalidade da responsabilidade penal (art. 153, § 13). Está superado o período da responsabilidade pelo fato de outrem, que ocasionou tantas injustiças, impondo sanções, até capitais, a alguém porque da família, grei, ou tribo do criminoso.

O art. 13 — *Relação de causalidade* — trata o instituto com mais precisão e melhor técnica. Não traduz mais idéia de descrição do fenômeno apenas no plano fático; foi além para conceituar que o delito é, antes de tudo, produção de evento contrário ao dever jurídico. O resultado, com a nova redação, é enunciado no sentido jurídico, e não como acontecimento simplesmente físico. Nessa linha, a boa doutrina, como acentuou MUNHOZ NETTO (*). Daí a referência de que a ação "causa" o crime, no sentido de modificar o mundo físico, e de que a omissão "não o impede", isto é, o agente, com a inação, deixa que o mundo físico se modifique. Em ambos os casos, o ponto de referência é o dever jurídico. O agente, em suma, faz o que não devia fazer, ou não faz o que devia fazer, em face do preceito da norma jurídico-penal. E mais, um resultado ou outro é sempre causado pelo autor com seu comportamento contrário ao dever jurídico. Em face disso, a norma do § 1º do art. 13 — *Superveniência de causa independente* — deve ser entendida em conexão lógica com o disposto no *caput* para alcançar a interferência de causa superveniente à conduta do réu, provocando o resultado, por si só. Evidentemente, não se imputará o evento a uma pessoa, se a sua conduta, comissiva ou omissiva, não for a causa eficiente do mesmo. Daí a menção a causa "relativamente" independente. Caso contrário, retornar-se-ia à responsabilidade por fato de outrem, ou forças da natureza. Visa o dispositivo a evitar qualquer dúvida de interpretação, a fim de manter intocável o princípio de que a infração

(*) MUNHOZ NETTO, Alcides. O Título II do Anteprojeto do Código Penal. (Seminário sobre a Reforma Penal, Goiânia, 1981.)

penal só pode ser imputada ao sujeito da conduta e na medida da projeção do respectivo resultado. Não será justo alguém responder por um delito se outra causa, que não a sua ação, foi o antecedente fático; pouco importa que tenha havido confluência de concausas; importante e decisivo é excluir a imputação, quando outro fator, por si só, provocou o resultado. Evidentemente, os fatos anteriores à causa superveniente, porque produzidos pelo agente, a ele serão imputados.

O Código, ao contrário do direito anterior, deixa expressa a relevância da omissão e arrola as suas espécies. O direito penal moderno, preocupado com o homem, a fim de, através da pena, emitir, como dito, a medida político-jurídica da reprovabilidade, volta-se para o seu comportamento, que se manifesta não só agindo, como deixando de fazê-lo, quando o preceito da norma lhe impõe um modo de atuar; evidentemente, a norma no sentido amplo do termo não se restringe somente à lei. E o dever de agir incumbe a quem: "a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado". Dessa forma, o estatuído no art. 13, § 2º, cobre toda a área de comportamentos exigíveis, resultantes da lei, da manifestação de vontade, ou de situação de risco provocado pelo agente. Não se compreende que alguém fique inerte, deixando de cumprir sua obrigação, ou não evite resultados decorrentes de comportamento seu. A omissão é relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado, expressão do princípio de não haver delito sem culpabilidade.

Consumação e tentativa

8. O Código manteve os conceitos de crime consumado e tentativa, de fácil compreensão e que não trouxeram dificuldade de interpretação. A pena da tentativa obedece também ao mesmo critério; embora haja sugestões para ser a mesma cominada à consumação, a fim de atender casos de excepcional gravidade, cujas conseqüências se equiparam à própria consumação, é melhor a disciplina adotada, a fim de manter coerência com o sistema vigente. É sabido, nossa legislação adota o critério do bem jurídico para classificar as infrações penais e considera a relevância do mesmo, como um dos critérios para dosar a cominação das penas, sendo as mais graves reservadas para os delitos relativos aos valores de maior significação. A pena está vinculada ao binômio agente-fato, cumprindo, por coerência lógica, tratar diferentemente a consumação e o início de execução sem realizar, porém, a *meta optata*.

Arrependimento após o crime

9. O art. 16 introduz inovação na Parte Geral — *Arrependimento posterior*. É notória a tendência do direito penal de, na individualização da pena, considerar todos os pormenores do fato e a personalidade do autor, examinando, por isso, a conduta delituosa e o comportamento do agente

anterior e subsequente ao crime. O Código se preocupa com a vítima, o que repercutiu no sistema de penas; busca ensejar a reparação do prejuízo causado pelo delito; por isso, se o dano for reparado por ato espontâneo do agente, a pena será reduzida de um a dois terços. Acentue-se, porém, o ressarcimento não poderá ser instrumento de enfraquecimento da repressão penal, nem converter-se em meio de estímulo à criminalidade, às pessoas abastadas, o que motivou vedar-se a substituição da pena privativa de liberdade pela sanção pecuniária. Ao contrário, deve revelar-se útil à constante preocupação do texto: prevenir o crime e ensejar a recuperação social do delinqüente. Nessa linha, não poderia transigir também com agentes de crimes que se valem da violência, ou de grave ameaça à pessoa, meios de extrema gravidade, que preocupam sobremaneira todos os países atualmente. Sem dúvida, hoje, estamos vivendo momentos da criminalidade violenta, que, por isso, deve ser combatida e não estimulada. O dispositivo tem o mérito de abreviar a reparação à vítima e enriquecer o esquema de individualização da pena. Não seria justo, afetando a filosofia de cálculo da sanção *in concreto*, desprezar o pormenor. O comportamento *post delictum* de reparação espontânea do dano, ou a restituição do objeto material do delito, repercute no juízo de censurabilidade.

Nullum crimen sine culpa

10. O Código filiou-se intransigentemente ao princípio *nullum crimen sine culpa*. Acompanha, com isso, não só a vanguarda da doutrina penal moderna, como se ajusta ao conceito contemporâneo do princípio da personalidade; hoje, é entendido, como explica eruditamente MÁRIO SPASARI (7), não só ninguém pode sofrer sanção penal pela conduta de outrem, como ainda ela só se justifica como resposta a uma conduta, isto é, a determinado comportamento. O crime é o homem em ação; sua conduta precisa ser valorada normativamente, e só quando negativa, ingressará na economia do crime. Ultrapassada a fase da responsabilidade objetiva, notada, em seguida, a insuficiência da teoria psicológica da culpabilidade, satisfazendo-se com o vínculo moral entre o sujeito e o resultado, o passo seguinte coube à doutrina germânica com a teoria normativa da culpabilidade, acrescentando a exigência de que, além do aspecto psíquico, é necessário que a conduta seja reprovável, afastando-se sua caracterização quando, apesar do agir, em virtude das circunstâncias, não há censurabilidade, inaugurando-se a teoria da inexigibilidade de conduta diversa. Posteriormente, a teoria finalista de HANS WELZEL deslocaria os elementos anímicos para o núcleo da ação; ao conceito de que o dolo e a culpa são elementos da culpabilidade, deixou-se incidível a ação, não separados os elementos, objetivo e subjetivo, e bem distintos da renovação ao agente porque sua conduta é axiologicamente negativa. A culpabilidade adquire, então, contornos bem definidos, inconfundíveis com a tipicidade e a anti-juridicidade: enquanto a primeira estabelece correspondência do fato à

(7) SPASARI, Mário. *Diritto Costituzionale Penale*. Padova, Cedam.

descrição da norma, a segunda o relaciona com a reprovação em tese do direito, a culpabilidade é a relação de censura pessoal ao agente, em função do caso concreto. Esta reprovação, por seu turno, admite graus de intensidade.

O art. 19 expressa norma que reafirma a adesão ao princípio *nullum crimen sine culpa*, como, de outro lado, corta cerce a polêmica doutrinária, com repercussões ainda não solucionadas na jurisprudência, a respeito da estrutura dos crimes qualificados pelo resultado, como dizem os alemães, ou crimes preterdolosos, denominação mais a gosto dos autores italianos.

O crime, reafirmou-se, do ponto de vista subjetivo, é doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; e culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência, ou imperícia. E, por não ser supérflua, reeditou a advertência: salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime senão quando o pratica dolosamente.

O art. 19, de clareza incontestada, declaratória, deixa incontestado não bastar a mera relação de causalidade material entre a ação e o resultado; cumpre agregar-se o momento subjetivo para constatar, pelo menos a culpa *stricto sensu*, entre o resultado querido e o acontecido. Somente com essa precaução, estar-se-á em condições de censurar alguém por um evento que esteve, pelo menos, no âmbito da previsibilidade. Não se pode reprovar uma pessoa se o resultado se situava no campo da imprevisibilidade, terreno incompatível com o direito penal da culpa, cujas sanções expressam o grau de reprovação pessoal ao agente. O Código, na esteira do direito penal moderno, banuiu qualquer hipótese de responsabilidade objetiva.

Erro

11. O art. 20 encerra alteração vertical e acompanha conceituada teoria sobre o — erro. O Código revogado agasalhara o princípio — *ignorantia legis neminem excusat* — fruto do positivismo ortodoxo, que reduzia o direito à lei. Orientações jusnaturalistas se insurgiram contra o farisaísmo da presunção. Não é esta a realidade; as máximas da experiência apontam conclusão oposta; a maioria dos homens não acompanha a publicação dos textos legais, sem falar-se nos analfabetos ou pessoas que não conhecem o idioma nacional; de outro lado, a perfeita interpretação não é unânime, provocando, muitas vezes, acirrados debates dos juristas. Hoje, não mais impressiona o argumento *ad terrorem* de ser a única garantia de eficácia da norma jurídica, ou, como se expressara a Exposição de Motivos de 1942, “o *error juris nocet* é, antes de tudo, uma exigência de política criminal. Se fosse possível invocar como excusa 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” (nº 14). Essa postura é inconciliável com a idéia de que o direito busca a verdade material, não se contentando com a verdade formal. Não se concebe atual-

mente presunção de justiça, reclama-se a justiça mesma. Demais, superada a concepção psicológica da culpabilidade para ser entendida como reprovação pessoal ao agente, é intuitivo definir com exatidão — e não por presunção — a colocação do homem diante do direito e dos fatos. Nem mesmo a distinção entre erro de direito penal e erro de direito extrapenal, tentativa da teoria tradicional para sustentar-se diante das críticas acerbas, foi bastante para responder, com vantagem, as restrições generalizadas. Urgia elaborar reformulação do instituto, o que tem atraído a atenção da literatura brasileira, como notícia FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO. A doutrina germânica, a erro de direito e erro de fato, preferiu referir-se a erro de tipo e erro de proibição, sempre com o intuito de refletir uma situação real e não hipotética.

O agente deve conhecer o significado jurídico de sua ação, do resultado e da relação causal; com isso, retrata-os perante o direito, ou seja, nos aspectos normativo e fático. Só será punido por furto o sujeito que, ao subtrair alguma coisa, saiba que ela é móvel e alheia; o autor do crime de violência arbitrária deve saber que reúne as condições de fato para o exercício de função pública.

Esse conhecimento abrange todos os elementos do tipo: subjetivos, descritivos e normativos. Todavia, não se exige o conhecimento técnico dos juristas especializados; costuma-se repetir a advertência de MEZGER de que é uma “valorização paralela na esfera do profano”. Com isso, ajusta-se a crítica ao agente, em face do conhecimento que tinha de sua própria ação. Advirta-se, a vida em sociedade revela normas de cultura, que os homens vão apreendendo e compreendendo nos embates diários. Todos nós, como regra geral, sem prévia leitura do texto legal, sabemos o que é permitido e o que é proibido. É a escola da vida que nos ensina. Quem rouba, estupra, ou calunia pode não saber que tais condutas estão definidas nos arts. 157, 213, ou 138 do Código Penal, mas, desde o instante em que adquire desenvolvimento mental capaz de distinguir o que é consentido, ou vedado na vida de relação, sabe, sente, tem consciência da ilicitude de sua conduta. O que conta não é o conhecimento do artigo de lei, mas de que o direito não referenda aquela conduta. E atuando nessas circunstâncias, projeta o dolo, ou a culpa, próprios da infração penal. Na hipótese oposta, no entanto, haverá a exclusão da culpabilidade; atuou imaginando que sua ação não ingressava na proibição penal. Estar-se-á diante do *erro de tipo*, se o engano incidir em elemento constitutivo da descrição legal; se for relativo à licitude ou não da prática do fato naquelas circunstâncias — *erro de proibição*. O primeiro, repita-se, afasta o dolo, ao passo que o segundo impede o juízo de reprovabilidade. Nessa linha doutrinária, como o elemento subjetivo é integrante da ação e está definido no tipo, ter-se-á atipicidade, enquanto, afastada a reprovação, não se caracteriza a culpabilidade, afetando, em ambos os casos, a economia do delito.

O art. 20 cautelarmente se refere a *erro sobre elemento constitutivo do tipo legal*; com isso, registra importante qualificação. Elemento consti-

tutivo é o integrante do tipo. E somente quando o erro recair sobre ele, estará excluído o dolo. *Mutatis mutandis*, corresponde ao erro essencial da doutrina clássica. Tome-se ainda o furto para ilustração. Se o erro é quanto à propriedade alheia, afeta elemento essencial, porque esse delito só se constitui se a coisa subtraída for alheia; será, porém, irrelevante, se o agente imaginar pertencer a Caio e não a Mévio; neste caso, de qualquer forma, seria alheia, não afetando, pois, elemento essencial do tipo. Em outros termos estaria presente a vontade de subtrair coisa alheia, e a quem ela pertence, diante do art. 155, é meramente accidental.

Ainda que excluído o dolo, estará configurado o crime, se a conduta for informada pela culpa *stricto sensu*, devendo, nesse caso, em obediência ao sistema adotado, haver prévia descrição da modalidade culposa.

Sob o *nomen iuris* — *Discriminantes putativas* — o Código, no art. 20, § 1º, adotou opção doutrinária. Faz-se imprescindível, para a exata compreensão da norma, registrar a evolução da literatura especializada.

A história do direito penal está ligada ao conceito de culpabilidade, que, de outro lado, representa o mais significativo elemento do crime para afastar-se a responsabilidade objetiva e a responsabilidade pelo fato de outrem. A idéia de culpabilidade, como reprovação pessoal ao agente, confere à pena caráter retributivo, mas impede que alguém seja condenado se não entender o significado jurídico de sua conduta, ou não demonstrar condições de autodeterminação. Não se pode emitir juízo de reprovação ao agente que não sabia nem tinha possibilidade de saber o significado do que fez.

Nessa linha de pensamento, toca-se o instituto do erro jurídico-penal. A concepção da culpabilidade normativa colocaria em crise as modalidades de erro de direito e erro de fato, pois, não mais se aceitaria a incensurabilidade do primeiro para reivindicar a indeclinabilidade da consciência da ilicitude. A respeito, TOLEDO registra que tal consciência é uma valoração paralela do agente na esfera do profano (MEZGER), bastando, para que seja atingida, que cada um reflita sobre os valores ético-sociais fundamentais da vida comunitária de seu próprio meio (WELZEL). Pode ser atual ou potencial. Assim, não aproveita ao agente a falta de consciência da ilicitude quando: a) teria sido fácil para ele, nas circunstâncias, obter essa consciência com algum esforço de inteligência, e com os conhecimentos havidos da vida comunitária de seu próprio meio; b) propositadamente (*ignorantia affectata* do direito canônico), recusa-se a instruir-se para não ter que evitar uma possível conduta proibida; c) não procura informar-se convenientemente, mesmo sem má intenção, para o exercício de atividades regulamentadas (8).

Conseqüentemente, a problemática do erro exigiria revisão, superando a antiga idéia de erro de direito (tendo por objeto a norma) e erro de

(8) TOLEDO, Francisco de Assis. *O Erro no Direito Penal*. São Paulo, Saraiva, 1977.

fato (tendo por objeto o fenômeno histórico). Na realidade, o erro recai sobre elementos ou circunstâncias integrantes do tipo de crime (fáticos, ou normativos), ou sobre a ilicitude da conduta. No primeiro caso, ocorre *erro de tipo*, no segundo, *erro de proibição*. O autor citado acentua: não se trata de uma substituição meramente terminológica, como se o erro de fato passasse a denominar-se erro de tipo, e o de direito, erro de proibição. É muito mais do que isso, pois o erro de tipo abrange situações que, antes, eram classificadas ora como erro de fato, ora como de direito. O erro de proibição, por sua vez, além de incluir situações novas, abarca uma série de hipóteses antes classificadas como erro de direito.

E mais, o erro de tipo essencial (recai sobre elemento constitutivo do delito); se escusável quanto ao crime doloso, dependerá ainda de ser evitável ou não, vencível, ou invencível: o não evitar o evitável é, em tese, conduta culposa. Daí, ser permitida a punição por fato culposo, havendo definição legal.

A escusabilidade, por seu turno, só se configura quando o erro for inevitável, pois, sendo o erro de proibição o resultado de um atuar sem a consciência da ilicitude, será aceitável quando também o for a falta de consciência da ilicitude.

Logicamente, o estudo das *discriminantes putativas* também seria reelaborado. Tais discriminantes (erro sobre uma causa de justificação) não se limitam às hipóteses de exclusão do dolo; apresentam-se, por vezes, como excludentes da culpabilidade. O erro sobre uma causa de justificação pode recair sobre os pressupostos fáticos ("supor situação de fato"), como também sobre os limites, ou mesmo sobre a própria existência da justificação (supor autorizado).

O art. 17, parte final, e seu § 1º do Código de 1940, só trataram da primeira hipótese, ou seja, "supor situação de fato que tornaria a ação legítima". Evidencia-se a insuficiência, notadamente diante da culpabilidade, devendo, repita-se, ser afastada a responsabilidade objetiva, no segundo caso, isto é, quando o agente "supõe estar autorizado".

O Código de 1984, sufragando a teoria limitada da culpabilidade, conduz a resultados diversos, conforme se trate de erro de tipo, ou erro de proibição.

A teoria tradicional — minoritária na doutrina — nega eficácia ao erro de proibição, partindo da distinção entre erro de direito e erro de fato, excetuando a hipótese de justificativa putativa. Essa postura não satisfaz os anseios da moderna ciência do direito penal.

Para a teoria extrema do dolo, o erro de proibição inevitável exclui o dolo e a culpa, excluindo, por consequência, a infração penal; de outro lado, o erro de proibição evitável só elimina o dolo, deixando subsistente a culpa do agente, que, podendo agir segundo os padrões da licitude, não o faz por erro que poderia superar.

De outro lado, a teoria limitada do dolo, pretendendo contornar dificuldades decorrentes da doutrina anterior, conclui que o erro de proibição inevitável exclui o dolo, remanescendo a culpa, salvo se o autor demonstrar "especial cegueira jurídica", em cuja hipótese é punido como se houvesse atuado dolosamente.

A concepção finalista da ação provocaria o surgimento da teoria extrema da culpabilidade. O dolo passa a ser livre de valoração, tendo assento no núcleo do tipo. O conhecimento do injusto (dada a autonomia da culpabilidade, isenta de elementos anímicos) situa-se no âmbito da culpabilidade mesma. Em vista disso, e logicamente, o erro de proibição não influi sobre o dolo, que existe ou não independente daquele. Conseqüentemente, o erro de proibição inevitável não afeta o dolo, mas não permite, de outro lado, a configuração da culpabilidade. E, na mesma linha de pensamento, como a culpabilidade se satisfaz com o conhecimento potencial do injusto, o erro de proibição evitável autoriza a condenação a título de dolo ou culpa, conforme o elemento subjetivo da conduta.

Por fim, a teoria limitada da culpabilidade aceita a solução decorrente da teoria extrema, mas entende que o erro sobre a concorrência das circunstâncias de fato, caracterizadoras de uma causa de justificação, deve ser, como foi exposto anteriormente, entendido como erro de tipo, visto incidir em um elemento fático da definição do delito.

Erro determinado por terceiro e erro sobre a pessoa

12. O erro determinado por terceiro e o erro sobre a pessoa reeditam a disciplina do Código anterior, tratamento conferido por outras legislações e que não acarretou polêmica jurisprudencial. Se a pessoa é levada à prática da ação em virtude de erro causado por outrem, a responsabilidade será debitada a quem determinou o erro. Nesse quadrante, guarda-se perfeita fidelidade ao princípio do *nullum crimen sine culpa*, sem deixar de impor a pena a quem, culposamente, ocasiona a prática de conduta proibida.

De outro lado, o erro sobre a pessoa é irrelevante porque não afeta elemento substancial do crime. O direito não defende A ou B como objeto material do comportamento ilícito. Ao contrário, protege-os indistintamente. Não importa a vítima para a existência da infração penal. Todavia, o pormenor é relevante para a fixação da pena, notadamente no âmbito do princípio da individualização. Nesse caso, as condições e qualidades da vítima avultam de importância, devendo, porém, em virtude do erro, serem consideradas somente as características da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime. Com isso, reflete-se o grau de culpabilidade, aferível também na relação sujeito ativo-sujeito passivo, podendo estar presentes deveres morais, que, relegados pelo agente, acarretam maior índice de reprovação, que persiste, não obstante o erro de identidade da vítima.

Exclusão de ilicitude

13. O *nomen iuris* do art. 23 — *Exclusão de ilicitude* — expressa com maior precisão técnica o significado do vocábulo tedesco “*Rechtswidrigkeit*”, traduzido em língua italiana “*antigiuridicità*” e daí — antijuridicidade. A teoria geral do direito não renega que o crime seja fato jurídico. Não mais prospera a distinção de que o jurídico é o conforme ao direito e antijurídico aquilo que se lhe opõe. Jurídico é tudo quanto, resultante da conduta, ou fenômeno da natureza, seja relevante para o direito. Em face disso, melhor e mais apropriado distinguir — lícito e ilícito — o fato consentido, ou vedado juridicamente. A infração penal é fato jurídico enquanto ocasiona conseqüências no mundo do direito, mas ilícito, eis que proibido por afrontar o que é permitido. Dessa forma, *exclusão de ilicitude* indica com precisão o conceito das excludentes objetivas da criminalidade; o comportamento, ainda que acarrete dano ou perigo a bem juridicamente protegido, é autorizado por norma jurídica e, como o direito é sistema, não admite contradição lógica, não se forma a ilicitude, isto é, a relação entre o preceito que proíbe e o fato proibido, pois esta não se configura.

O artigo reproduz os institutos do antigo art. 19; após arrolar três espécies — estado de necessidade, *legítima defesa* e *estrito cumprimento do dever legal* —, faz a indicação genérica — *exercício regular de direito*. Com isso, são mencionados todos os casos que impedem a caracterização do ilícito, dado envolver as hipóteses que se conformam ao juridicamente consentido.

De outro lado, o parágrafo único do art. 23 — *Excesso punível* — é de coerência sistemática. O Código anterior dava a impressão de que o excesso é restrito à legítima defesa. Isso não acontece, como abonam os escritores. A ultrapassagem dos limites das descriminantes é compatível com qualquer de suas modalidades; recomenda-se, por isso, norma genérica, abrangente de todos os casos. É lógico, o excesso poderá resultar de dolo, ou culpa, configurando a respectiva infração penal.

Os conceitos normativos de estado de necessidade e legítima defesa foram mantidos; mostraram-se eficientes, sem provocar maiores dúvidas de interpretação.

Imputabilidade penal

14. A imputabilidade penal recebeu o mesmo tratamento do Código de 1940, a teor do Livro I, Título III. Corrigiu-se, no entanto, a imprecisão terminológica do *nomen iuris* do art. 22. Em vez de *irresponsáveis*, o vocábulo *imputáveis* ressurmbra com vantagem.

A imputabilidade é a aptidão *in concreto* para responder pelas conseqüências penais da conduta. A responsabilidade, por seu turno, a efetivação das conseqüências penais. Em face disso, imputável é quem, no momento da ação ou da omissão, não tinha capacidade de entendimento

do caráter ilícito do fato, ou de autodeterminação, de acordo com esse entendimento.

O Código, também nessa passagem, ao indicar “ausência de culpabilidade”, vale-se da expressão “é isento de pena”.

O parágrafo único do art. 26 – *Redução de pena* – trata dos semi-imputáveis, mas não se limita a reproduzir a lei revogada; a fim de ampliar os substitutivos de pena, é autorizada a substituição da privativa do exercício do direito de liberdade pela internação, ou sujeição a tratamento ambulatorial, nos termos do disposto no art. 98. Note-se, o Código enseja o tratamento aconselhável, buscando sempre evitar a reincidência. Se o agente necessitar de tratamento psiquiátrico, ou de orientação psicológica, e as circunstâncias demonstraram serem mais úteis que a imposição da pena, terá o juiz o meio legal de, segundo o poder discricionário, optar pelo que se mostrar aconselhável. Já está ficando para a história do direito penal a idéia da inderrogabilidade de pena, como se expressa KANT, definindo-a como imperativo categórico.

Menores de dezoito anos

15. O Código mantém a idade de dezoito anos para o início da capacidade penal ou, como se expressam alguns autores, a *imputabilidade*, no sentido de que, a partir dessa faixa etária, é presumido que o homem entende o caráter ilícito do fato e é capaz de determinar-se segundo esse entendimento. Daí, também aqui, com maior pureza técnica, preferir-se “inimputáveis” a “irresponsáveis”.

Não se desconhece que a chamada delinquência juvenil está em expansão. Não é aconselhável, contudo, ser reduzida a idade, como, na primeira redação fizera o Código Penal de 1969 e optou o Código Penal Militar, admitindo a imputabilidade a partir dos 16 anos, se revelado suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com este entendimento.

A sanção penal conserva ainda o caráter retributivo, no entanto, não deve retribuir só por retribuir. Para a formação da personalidade do jovem não é aconselhável, antes dos dezoito anos, sofrer sanções penais, seja pelo significado jurídico, como pela repercussão social negativa. É preferível dirigir-lhes sem desviar-se das normas de conduta eleitas pela sociedade; com isso, o Estado orienta, prevenindo a delinquência. As legislações modernas dedicam aos inimputáveis disciplina diferente a fim de alcançar esse objetivo. Não impressiona o fato de alguns países adotarem idade menor, a fundamento de robustecer a coação social.

Emoção e paixão

16. O art. 28 também supera tecnicamente a redação do texto passado; com isso, guarda coerência com o *nomen iuris* do Título III – *Da Imputabilidade Penal*, como o disposto no art. 90 do Código Penal italiano.

A norma do art. 24 do Código anterior foi interpretada, por alguns autores, como expressão de responsabilidade objetiva, a fundamento de que a presunção de que a emoção, ou a paixão, bem como a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos, sendo absoluta, não permitiria investigar a realidade, ou seja, se efetivamente, nessas circunstâncias, teria suprimida a capacidade de entendimento do caráter delituoso do fato, ou de determinar-se segundo esse entendimento.

A posição do Código não infirma o princípio *nullum crimen sine culpa*. O art. 28 visa a definir normativamente uma situação de fato, obediente às máximas da experiência. Como bem acentua MARCELLO GALLO, arredio às presunções nessa matéria, a imputabilidade existe, ou não existe, não podendo decorrer de definição legal. É antes, uma situação fática a ser constatada pelo Juiz. Urge entender-se bem o significado e a extensão da norma, chamando-se a atenção para esta particularidade, ponto de partida para a interpretação exata: a presunção de imputabilidade não se confunde com a presunção de culpabilidade, nem mesmo com presunção do elemento subjetivo. Aquela é garantia de eficiência da aplicação da lei penal, as outras, no entanto, inconcebíveis em sistema que afasta, de modo absoluto, a responsabilidade objetiva e, o que é mais grave, a responsabilidade por fato de outrem.

A imputabilidade é suposta *ex lege*, mas o elemento subjetivo (dolo ou culpa) deve ser constatado *in concreto*; dessa forma, a postura psicológica do agente é analisada efetivamente, havendo de ser constatada relação entre a vontade do sujeito ativo e o resultado. Daí, a possibilidade de ser dirigida a reprovação pessoal ao agente, calcada em elementos constatados e não considerados por mera presunção de lei.

Dessa forma, o art. 28 continua na esteira do Código que, repita-se, elegu a culpa como base do sistema penal.

Concurso de pessoas

17. O Título IV – *Concurso de pessoas* – trata da co-autoria e da participação. E aqui, foi promovida modificação reclamada pela doutrina e jurisprudência intransigentes no preservar a responsabilidade subjetiva.

O Código continua a adotar a teoria monista, porém atenuada, considerando *autores* tantos quantos, “de qualquer modo”, concorrem para o crime; para a definição do crime, de nenhuma importância a distinção entre participação principal e secundária, autor intelectual ou material, cabeça ou cúmplice. A participação de qualquer modo no *iter criminis* vincula os agentes como co-autores, identificando-se a infração penal.

O sistema anterior, todavia, demonstrava inconvenientes, levando à injustiça, o que não se coaduna com o direito que, entre outros valores, busca realizar a Justiça.

O legislador deve ter a sensibilidade para ressaltar pormenores, a fim de que uma das garantias constitucionais relativas ao direito penal não seja olvidada, isto é, a individualização da pena, que, para ser exata, não poderá identificar situações diferentes.

Daí a mitigação do sistema anterior, adotado como corolário da teoria da equivalência das causas, sufragada no art. 11.

O art. 29 introduziu — “na medida de sua culpabilidade”. Essa norma é ajustada ao sistema do Código.

A infração penal não se esgota no aspecto objetivo da conduta; impõe-se não esquecer o plano subjetivo, que orienta e define a vontade na modificação do mundo físico. Além disso, a culpabilidade participa da ontologia do delito. Se assim o é, evidentemente, não poderá ser desprezada; caso contrário, definir-se-á o crime apenas objetivamente.

O art. 29 não é regra somente de aplicação da pena, mas, antes de tudo, de definição de criminalidade. Somente estará configurada a co-autoria, e por isso, a unidade de crime com pluralidade eventual de agentes, se houver identificação do elemento subjetivo daqueles que deram causa ao evento.

O Código, além de suprimir o parágrafo único do art. 48 do Código revogado, que estatuiu que a pena não será “inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido”, reproduzido do art. 116 do Código Penal da Itália, normas que, tanto aqui, como lá, sofreram recriminação dos escritores porque, em última análise, albergam hipóteses de responsabilidade pelo fato de outrem, proclama, para ser coerente, que a unidade de crime só ocorre havendo homogeneidade do elemento subjetivo. Note-se, não só homogeneidade no tocante às respectivas espécies (dolo com dolo, culpa com culpa) como, e aqui a importância da nova posição, desde que próprios do mesmo ilícito penal. Com isso, não haverá o risco de identificação de situações diferentes. Se A e B combinam a prática de furto, mas, no desenvolver dos atos executórios, um deles pratica roubo, ou desiste voluntariamente da consumação, mas o companheiro leva a termo o plano arquitetado, o princípio *nullum crimen sine culpa* impõe romper-se a unidade inicial, porque, ao meio, bifurcou-se a empresa delituosa, e cada um dos agentes seguiu rumos diferentes. Em outros termos, cada qual responderá por sua conduta, que, de comum, só teve a idéia inicial e parte da fase executória. A identificação do resultado é meramente física, não ocorrendo o mesmo do ponto de vista normativo. Não será justo punir ambos por roubo, ou deixar de conceder tratamento mais benigno a quem deixou de prosseguir a execução, podendo agir de modo contrário. A não ser assim, descambar-se-á no campo da responsabilidade pelo fato de outrem, remetendo ao obívio a culpabilidade como elemento da estrutura de infração penal. Está ultrapassada a teoria causal de que MEZGER foi o último representante, atribuindo a autoria a quem intervesse causalmente na produção do resultado, como ainda não satisfaz a teoria formal de BELING: é autor quem executa uma parte qualquer do tipo. O embate

das doutrinas projetou a teoria do domínio do ato, identificada com o **finalismo**, definindo como autor somente quem atua com vontade e possa comandar (domínio final) a produção do resultado. Em outros termos, a co-autoria só estará caracterizada se os agentes convergiram (não há necessidade de *pactum sceleris*) a vontade para o mesmo evento, e este esteja nos limites do controle dos autores. Se um deles não puder controlar, no sentido de adrir ao evento procurado pelo outro, não se lhe poderá imputar a prática desse resultado típico, eis que, subjetivamente não se identificam os referidos comportamentos.

Com essa orientação, afastar-se-ão situações insustentáveis, realçando o aspecto objetivo do delito em detrimento do momento subjetivo, ingrediente indispensável à infração penal.

Sempre preocupado em distinguir os agentes, a fim de a resposta jurídica ser adaptada a cada hipótese, como a pena é a medida da censurabilidade, estatui o § 1º do art. 29 que a sanção pode ser diminuída de um sexto a um terço, se a participação for de menor importância.

O § 2º, por seu turno, constitui regra especial à norma do *caput*. Não é definição genérica de crime culposo, bastante que é para isso o disposto no parágrafo único do art. 14. Visa a afastar, mais uma vez, a responsabilidade objetiva e a responsabilidade pelo fato de outrem. Sem dúvida, como no delito qualificado pelo resultado, o evento é mais grave do que o eleito pelo agente; porque a vontade se dirigia ao resultado menos grave, o autor sofrerá a pena da infração correspondente; todavia, desde que o evento mais grave esteja na faixa da previsibilidade, incidindo reprovação pessoal, é lógico e justo que a sanção seja exacerbada para a perfeita individualização. Com isso, harmonizam-se duas normas: em primeiro lugar, a que define o crime culposo; e em segundo lugar a que veda a aplicação da pena somente porque configurada a relação de causalidade material entre a ação e o resultado.

Essa orientação traz o aval da melhor doutrina e supera a objeção de ser impossível uma ação ser, ao mesmo tempo, dolosa e culposa. Esse entendimento só prosperou para quem divisa no comportamento delituoso fenômeno meramente físico, esquecendo-se de que deve ser analisado como instituto jurídico. O direito penal, autônomo, originário e constitutivo, reelabora conceitos, amoldando-os aos seus princípios. Normativamente, há dois aspectos relevantes: o resultado desejado pelo agente, e o evento resultante da mesma ação. Se o primeiro está vinculado ao dolo, o segundo não pode receber a mesma qualificação. Conseqüentemente, situações diferentes, que não comportam o mesmo tratamento, desde que confira importância ao elemento subjetivo, e principalmente se a culpabilidade compõe a estrutura do crime e constitui fator de realce na aplicação da pena. Querer o resultado não pode ser tratado da mesma forma que dar causa ao resultado. DORTI, a respeito, expressou-se com as seguintes

palavras: Não é preciso dizer muito sobre a importância da inovação de sua perfeita sintonia com o direito penal da culpa. A propósito, convém lembrar que também no projeto de reforma portuguesa (Proposta de Lei nº 221/1) se consigna preceito de igual natureza: "Cada participante é punido segundo a sua culpa, independentemente de punição ou do grau de culpa dos outros participantes" (art. 29). Igualmente o Código Penal da República Federal Alemã declara que cada um dos participantes será punido na medida de sua própria culpa sem considerar a sanção correspondente aos demais (art. 29). E o Código Penal Tipo para a América Latina consagra o princípio através do art. 37 afirmando que cada participante "responderá na medida de sua culpabilidade" (9). CERNICCHIARO escreveu: Observa-se com facilidade que o Código Penal alemão foi a inspiração do novo texto. É sabido, por outro lado, que a lei germânica adotou o chamado princípio da acessoriedade, que faz distinção entre os agentes que executam o fato típico e os que se limitam a participar do *iter criminis*. Todavia, se o autor agir sem culpabilidade, os instigadores ou cúmplices serão punidos segundo a respectiva culpabilidade. Assim é porque a culpabilidade tem caráter pessoal e individualizador. ESPINOLA (*Código Penal Alemão*, Parte General, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 89) observa que o instigador responderá penalmente ainda que o instigado atue amparado por uma causa de justificação que o exima de culpa... Em se projetando essas considerações para o art. 29 do anteprojeto, urge afirmar que, se no código tedesco a redação visou a definir o tema no âmbito do princípio da acessoriedade limitada, entre nós, em razão da teoria monista, exerce outra função, isto é, separar o tratamento penal segundo a culpabilidade de cada agente, repercutindo não só no *quantum* da pena como na eventual descaracterização da co-autoria se inexistir culpabilidade de todos... Tomada a palavra segundo as concepções psicológica e normativa, evidentemente, na ausência de dolo, ou culpa, faltará elemento essencial do delito; de outro lado, se o termo for entendido conforme o enunciado da teoria finalista, distinto será do dolo e da culpa, porque elementos anímicos. O particular avulta de interesse com a explícita adesão ao erro sobre elemento do tipo (art. 20). Dessa forma, o anteprojeto subscreveu o entendimento de só atuar culposamente quem, no momento de executar a ação, tinha efetiva possibilidade de conhecer o injusto de sua conduta... De qualquer forma, para efeito de caracterização do crime, a falta de dolo, ou culpa, ou a inexistência de culpabilidade, no sentido de não-censurabilidade, representa a carência de elemento substancial, afetando a configuração do delito (10).

O § 2º do art. 29 é decorrência lógica, e por isso coerente, da norma constante do *caput*. A co-autoria em crime doloso impõe que o concorrente

(9) DOTTI, René Ariel. O Concurso de Pessoas. (Seminário sobre a Reforma Penal, Goiânia, 1981.)

(10) CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Concurso de Pessoas. (I Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária, Brasília, 1981.)

haja, pelo menos, assumido o risco de produzir ou colaborar para o resultado (dolo eventual). Estará afastado o instituto se a ação for culposa *stricto sensu*, em virtude da dissonância do elemento subjetivo. Se o agente quis participar de um crime (dolo direto), no entanto teve previsibilidade (culpa inconsciente) de concorrer para a produção de outro mais grave, caracterizar-se-á o delito pretendido, cuja pena será majorada em razão de parcialmente haver atuado no *iter criminis* da outra infração penal. A natureza jurídica dessa hipótese é causa especial de aumento de pena, em harmonia com o disposto no art. 19. Só assim, chegar-se-á à perfeita interpretação: Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

Das penas

18. O ponto principal da reforma é o sistema de penas. De nada valerá instituir um código perfeito em sua estrutura lógica, se a pena não realizar a missão histórica reclamada: punir, prevenir a delinquência e transformar o condenado em pessoa ajustada às exigências de conduta social. Cumpre repetir a observação de JESCHECK a respeito da reforma da Parte Geral do Código Penal alemão: A tendência geral pode definir-se com este lema: apliquem-se unicamente as penas necessárias e preste-se tanta assistência social quanto possível (11).

A pena privativa do exercício do direito de liberdade representa momento significativo no quadro das idéias e instituições penais; constitui instante, em relação à situação anterior, de vingança indiscriminada, tentativa de, através do isolamento, ensejando contemplação ao condenado, que poderia meditar sobre o crime, para não repeti-lo, uma forma para substituir a pena de morte.

Hoje, no entanto, não satisfaz, em face da finalidade que se empresta à sanção penal. Não se busca expiação espiritual, não se segrega simplesmente. Almeja-se, antes de tudo, que seja instrumento de utilidade social. Todavia, ainda não se imaginou instituto capaz de substituir a pena privativa de liberdade, diante de uma realidade que ninguém contesta: certos indivíduos, por seu comportamento rebelde, muitas vezes reiterado, constituem perigo constante, ofendendo bens e interesses juridicamente tutelados. Urge, por isso, afastá-los do convívio social, única maneira segura de impedi-los de repetir a conduta proibida. Chega-se a uma conclusão, analisada teoricamente, mas, antes de tudo, de eficiência prática: conciliar essa espécie de pena com a ideologia moderna da sanção. A segregação, nesse quadrante, é meio e não fim. De qualquer forma, insuficiente, precisando a lei elaborar leque de substitutivos penais, orientada pela descriminalização e despenalização, que representam a pro-

(11) JESCHECK, Hans Heinrich. *Reforma del Derecho Penal en Alemania* (Parte General). Buenos Aires, Depalma, 1976.

cupação de utilidade e eficiência da aplicação da pena. O crime é expressão da personalidade; esta se projeta de variadas formas; cada delinqüente reage à sua maneira; para alguns, revela-se desnecessária, pois o delito em si mesmo gera aversão ao agente, desestimulando-o à prática de outro ilícito; no lado oposto, todas as espécies de sanções aventadas não produzem o menor efeito, continuando o autor com a mesma insensibilidade anterior; predomina, porém, a hipótese intermediária, isto é, da necessidade da pena e que provoca efeito no delinqüente. Confiante nesse raciocínio, a Comissão manteve as penas de reclusão e detenção, aperfeiçoando-as, ao mesmo tempo que, no mesmo plano, arrolou as restritivas de direitos e a patrimonial. As penas de segregação do condenado do convívio social, no entanto, foram cominadas com muita parcimônia. Evitou-se, além disso, em atenção à experiência negativa, a aplicação das penas privativas da liberdade de curta duração. Daí a amplitude dos substitutivos capazes de fornecer ao magistrado a possibilidade de, segundo o seu poder discricionário, fixar a sanção adaptada a quem vai cumpri-la.

O quadro abaixo retrata o novo sistema:

As penas são:

- I — privativas de liberdade;
- II — restritivas de direitos;
- III — multa.

As penas privativas de liberdade — reclusão e detenção —, embora conservem a nomenclatura do texto anterior, são disciplinadas de maneira diferente, de modo que atinjam a sua finalidade. Tônica do título — *Das Penas* — é a grande flexibilidade, visando a ser útil às inúmeras manifestações humanas.

Ambas as modalidades conservam íntima aproximação, podendo-se dizer que praticamente foram unificadas; distinguindo-se no pormenor de a reclusão contemplar também o regime fechado, só excepcionalmente imposto ao detento.

Tais são os regimes, correspondendo a modalidades da execução: regime fechado, semi-aberto e aberto, bem distintos quanto ao local destinado ao delinqüente, ou seja, respectivamente, em “estabelecimento de segurança máxima, ou média”, em “colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar” e em “casa de albergado ou estabelecimento adequado”.

A segregação do homem não é, em si mesma, meio eficiente para incrementar a prática de condutas reclamadas pela sociedade, pois não se aprende a conviver, vivendo isoladamente. Ao recluso e ao detento deve ser proporcionado ambiente próprio para que, ao retornar à sociedade, esteja em condições de pautar a conduta de modo a não molestar outrem

nas relações intersubjetivas. Daí a adoção do sistema progressivo, partindo de regime mais severo para, pouco a pouco, e através de estágios, o condenado, submetido a outros menos rigorosos, alcançar a liberdade. Importante no critério eleito é que o trânsito de um estágio para outro não está sujeito a normas rígidas, ou formais, que acabariam por tornar inócua a individualização da pena na fase executiva. Preferiu-se como ponto de referência o próprio condenado, examinando-o em suas reações, indicadores de sua sociabilidade, preocupação maior e constante do sistema. O disposto no art. 33, § 2º, menciona que "as penas privativas da liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado". Apesar da ampliação do poder discricionário conferido aos responsáveis pela execução da pena, registraram-se regras básicas, tomando-se como parâmetro a pena aplicada.

A individualização da pena se desenvolve em três momentos: a) legislativo, obediente a imperativo constitucional — *nulla poena sine lege*; b) judiciário, quando, dentre os limites da cominação legal, o Juiz, atendendo às particularidades do fato e do agente, fixa a espécie e a quantidade necessárias e recomendadas para que ela alcance a sua finalidade; c) executivo, ou administrativo, instante de grande importância, em que, com a garantia constitucional, o condenado é submetido ao tratamento adequado.

O critério para a cominação da pena tem desafiado a argúcia dos escritores; desde o simplista de arrolar as infrações penais obedecendo a ordem das letras do alfabeto, até a complexas indagações criminológicas.

No direito brasileiro, como nas demais legislações, é tradicional considerar-se como referência a ofensa aos bens juridicamente tutelados, que encontra explicação também na natureza jurídica da sanção penal. Esta é medida da resposta jurídica à conduta do agente; conseqüentemente, o resultado deve ser levado em consideração porque danifica, ou coloca em perigo, valores protegidos pelo direito, que, por sua vez, são dispostos em escala que poderíamos chamar hierárquica, porque, indiscutível, uns mais significativos que outros.

Não se justificaria uma das infrações mais graves — o homicídio — ser punido como a lesão corporal. Ninguém contesta que a severidade ao primeiro deve ser mais exacerbada. É até imperativo de justiça! Não se trata, porém, de critério meramente objetivo. O direito penal moderno volta sua atenção para a pessoa do delinqüente; seus antecedentes, a dinâmica da execução do delito, seu comportamento posterior ao crime, enfim, sua personalidade, são ponderados para a fixação da pena *in concreto*. Conjugando-se, pois, também dados subjetivos, para extrair-se, a quantidade da pena é condicionada às características do fato e do agente.

Em face do exposto, o condenado a pena superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; o condenado, não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não excede a oito, poderá,

desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; o condenado, não reincidente, se a sanção for igual, ou inferior a quatro anos, poderá, desde o início, ser submetido a regime aberto.

Note-se, no primeiro caso, a lei impõe ao magistrado a forma de início de cumprimento da pena — regime fechado, utilizado para tanto o imperativo “deverá começar”. O mesmo não acontece relativamente às duas outras hipóteses, pois, a fase inicial é remetida ao poder discricionário do Juiz que, atento às características do condenado, elegerá o procedimento próprio.

A forma progressiva, ensejando a passagem de um regime para outro, com o que o condenado, segundo seu próprio esforço, vai ganhando a confiança, garantindo o abrandamento do programa a que está submetido, no instante em que conduta negativa o recomendar, poderá ter cancelados os benefícios e retornar a situações anteriores. Com isso, a execução deixa de ser estática; ganha dinâmica, comandada pelas regras específicas a cada modalidade de regime, como adiante será exposto.

As regras do *regime fechado* constam do disposto no art. 34, que introduz a obrigatoriedade do exame criminológico. O Código se coloca entre as legislações que imprimem à pena preocupação de torná-la instrumento de utilidade, a fim de amoldar-se à personalidade do delinqüente.

O Relatório da CPI *Sistema Penitenciário*, mencionado, com absoluto acerto deixou expresso: “Nenhuma instituição penitenciária justifica sua existência, se não dispensa tratamento penal adequado. Se não o faz, antes serve à difusão e ao aperfeiçoamento do crime do que à defesa da sociedade. Por outro lado, nenhum tratamento penal pode ser considerado adequado se não se baseia no exame criminológico da personalidade. . . Além de um novo sistema de penas com alternativas à sanção privativa de liberdade, dotadas de eficiente valor pedagógico, o exame da personalidade, no início da execução, pode também funcionar como fator de desenclausuramento da prisão. . . não há, porém, dentre quantos se dedicam ao estudo da ciência penal, quem subestime os exames da personalidade como requisito para a eficácia do tratamento”.

O estudo moderno do delinqüente considera que a sua personalidade é um todo incidível, como DI TULLIO sempre repete, necessitando considerar os aspectos morfológicos, funcionais e psíquicos, sendo útil, e a observação é ainda do mestre da Universidade de Roma, recorrer aos métodos da antropologia diferencial (VERDUN), ou evolutiva (GRAPIN), da biotipologia (PENDE, SCHNEIDER, SNODGRASSE, HOOTON, SHELDON, SOULE), da ciência da pessoa humana (PENDE, CARREL, ANILE), da medicina psicológica (KRETSCHMEN) e da psicologia geral e diferencial (GEMELLI, CANEPI, LAGACHE, DE GREEF). E para completar a investigação, procede-se ao exame anamnético-biográfico e social; ter-se-á o conhecimento integral do homem, definindo-se-lhe como foi e prognosticando como será. Sem essa cuidadosa análise, a pena não atenderá às particularidades de

cada pessoa, reduzindo-se ao aspecto meramente retributivo, que não satisfaz, na expressão moderna, ao direito penal e à criminologia.

Além disso, do modo como colocou a matéria, o Código não gera o inconveniente que se tornou o ponto de maior polêmica no Congresso de Roma de 1960, isto é, de que o exame da personalidade, antes da sentença condenatória transitada em julgado, constituiria indevida intromissão na privacidade; examinar-se-á o indivíduo, indagando seus antecedentes, pormenores da vida particular, submetendo-o a interrogatórios de fatos íntimos, podendo, a seguir, ser absolvido. Ter-se-ia, então, submetido uma pessoa inutilmente ao constrangimento de verdadeira devassa em sua intimidade. O inconveniente não acontecerá, pois o exame será promovido no início do cumprimento da pena para classificar e individualizar a execução.

Alcançar-se-ão pela primeira vez no Brasil, no regime penitenciário, os reclamos da ciência, deixando de manter em promiscuidade os mais variados delinqüentes, conduzindo-os à ociosidade, para determinar a inserção do condenado no grupo com o qual conviverá durante a execução, bem como adaptando o tratamento à sua personalidade.

Na Itália, a Lei nº 354, de 26 de julho de 1975 (legislação penitenciária e sobre a execução das medidas privativas e restritivas da liberdade), estatui que o tratamento penitenciário deve corresponder às necessidades da personalidade de cada pessoa (art. 13) e os estabelecimentos para a execução organizados segundo as características dos detentos e a necessidade de tratamento individual ou de grupo (art. 64).

Nossa sociedade elegeu o trabalho como dever social; cada um contribui para o interesse coletivo. Em vista disso, o trabalho é posto como uma das preocupações do sistema penitenciário, estimulando a quem o exerce, ou habilitando ao seu exercício aqueles sem profissão. Também aqui, o Código se mostra vantajoso. O trabalho a que faz menção não é a atividade eventual, ou a ministração de técnica de mera atividade artesanal, que, inofensivo à dignidade do condenado, não traz nenhuma utilidade, de modo que, ao retornar à vida livre, possa desenvolvê-lo de maneira a garantir a subsistência própria e da família, e, o que é de suma importância, conferindo *status* para garantir-lhe o respeito no grupo social. Visa-se a manter ou a criar o profissional a fim de que a sociedade carcerária se aproxime ao máximo possível do estilo de vida em sociedade. Cumpre, sem deixar de incutir o senso de responsabilidade e de evidenciar a censura a quem cometa infração penal, eliminar do presídio o sentido de subcultura, decorrência natural do período em que a sanção era meramente retributiva.

O trabalho será comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, compatíveis com o objetivo da pena. Essa norma programática conjuga duas preocupações: não afrontar a dignidade do delinqüente e buscar a realização da finali-

dade da pena. E demonstrando o propósito de concretizar reinserção progressiva na sociedade, para que, como hoje, o egresso não se sinta desambientado, o que constitui um dos mais sérios fatores criminógenos, é facultado o trabalho externo "em serviços ou obras públicas".

As regras do *regime aberto* também impõem a obrigatoriedade do exame criminológico, constituindo faculdade visando à classificação e individualização da execução. Comparadas com as normas do *regime fechado*, revelam tratamento menos rigoroso, dispensando o isolamento durante o repouso noturno. Todavia, da mesma forma, o trabalho é obrigatório, executado em comum, durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. Alternativamente, o trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior. Evidentemente, o § 2º do art. 35 não exclui o aprendizado de primeiro grau, ministrado no próprio estabelecimento.

O *regime aberto*, introduzido na legislação brasileira pela Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, demonstra a sua eficiência. É o regime ideal e capaz de conferir à pena o significado de meio para extrair-se a utilidade social; baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade. O condenado, pelas características do delito e de sua personalidade, mostra ser pessoa merecedora de confiança, acreditando-se que a infração tenha sido fato ocasional, ou que não se repetirá; em vista disso, ao constrangimento físico, limitativo do exercício do direito de liberdade, é preferível a adoção de medidas de conteúdo moral, de efeito mais intenso nas pessoas sem tendência à indisciplina jurídica, ou à habitualidade da prática delituosa. Este regime é decorrência lógica do próprio sistema do Código, que se propôs a fornecer esquema de grande envergadura a fim de alcançar as mutações da personalidade. A pena não pode ser como a cama de Procusto; ao contrário, precisa propiciar pluralidade de soluções para superar o sentido meramente formal da aplicação da pena.

No regime aberto, a execução é feita sem vigilância. Confia-se no homem, devendo, porém, fora do estabelecimento, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada. Dessa forma, começa, ou permanece no exercício de atividade juridicamente permitida, sem que haja hiato, muitas vezes, e é a experiência que nos ensina que jamais se interrompe, fazendo com que a condenação, por delito de pouca monta, conduza o delinqüente ao desamparo, à prática reiterada de infrações, quase sempre, contra o patrimônio, em virtude da carência de recursos de manutenção. Aos menos avisados, ou pouco afeitos aos problemas da criminalidade, pode parecer que o sistema, reestruturando o rigor penitenciário, constituirá estímulo à própria criminalidade. Engano. O regime aberto não é sentimentalismo piegas, nem expediente para diminuir a superpopulação dos presídios. Ao contrário, pretende evitar a segregação quando não for necessária, e impedir a reunião heterogênea de personalidades. Um ponto deve ser acentuado: as sanções jurídicas de conteú-

do também moral, para as pessoas que têm a disciplina como norma de conduta, havendo excepcionalmente incidido na senda delituosa, por confluência ocasional de fatores, repercutem com intensidade maior do que a segregação celular.

O permanecer "recolhido durante o período noturno e nos dias de folga" (art. 36, § 1º), do ponto de vista moral, atua eficientemente e com acentuada significação, precisando o condenado explicar a terceiros, entre os quais, seus familiares, a causa desse recolhimento. Reedita-se, dessa forma, confiança na casa do albergado, implantada por Provimento da Corregedoria do Tribunal de Justiça de São Paulo e consagrada legislativamente em 1977. PIMENTEL (12) uniu sua atividade intelectual de professor de direito penal, magistrado e Secretário de Justiça de São Paulo; com ampla experiência, mostra com dados extraídos do sistema penitenciário paulista a baixa, quase insignificante, percentagem de fugas. A prisão albergue tem o mérito de energeticamente ser uma conceituação à não-reincidência e substitui, com vantagem, a pena privativa de liberdade, notadamente as de curta duração e imposta a indivíduos com senso de responsabilidade. O bom êxito da execução da pena repousa especialmente em dois fatores: a certeza de sua aplicação e ser apropriada à personalidade do condenado. É certo, a confiança outorgada persistirá enquanto o delinqüente demonstrar ser digno do crédito concedido. Se, com seu comportamento, mostrar não estar em condições de conviver sem infringir normas de conduta, ser-lhe-á imposto outro regime; da mesma forma, se não cumprir as obrigações registradas na sentença condenatória; será, então, transferido do regime aberto, se praticar outro crime, se frustrar os fins da execução, ou se não pagar, injustificadamente, pena patrimonial cumulativamente aplicada.

O sistema de penas do Código, antes de tudo, é flexível, no sentido de que, na aplicação progressiva do tratamento mais rigoroso, passa para outro menos severo, sem descurar, no entanto, de retornar à situação anterior ou revogação de benefícios, sempre com intuito de obter a adaptação do condenado aos padrões de conduta considerados razoáveis. Nessa linha de raciocínio, em atenção às peculiaridades naturais, as mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal.

Direitos do preso

19. O Código teve outra preocupação, atento ao sentido moderno de tratamento do delinqüente: em havendo deixado de ser mero objeto, conservando a dignidade de pessoa, as restrições a serem impostas no exercício de direitos são exclusivamente as decorrentes da pena aplicada, não

(12) PIMENTEL, Manoel Pedro. Algumas Considerações a respeito do Sistema de Penas no Anteprojeto do Código Penal. (Seminário sobre a Reforma Penal, Goiânia, 1981.)

podendo padecer efeitos colaterais, isto é, restrições à sua condição humana. Harmoniza-se com a Constituição da República, que no Capítulo dos Direitos e Garantias Individuais impõe a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário (art. 153, § 14). Nessa linha, é categórico o art. 38: "O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito a sua integridade física e moral."

Trabalho do preso

20. O trabalho do preso não pode ser entendido conforme era aplicado, no sistema penitenciário brasileiro, reduzido a mera atividade, esporadicamente ministrada, alheio a um critério que habilitasse o condenado ao exercício de profissão e que o capacitasse a auferir o necessário para o sustento próprio e da família. E mais, constituindo meio de realização de vocações. Em virtude disso, há de ser contínuo, dignificante e adaptado às demandas da sociedade. Só assim, será útil, preparando o delinquente para o retorno à convivência.

Acentue-se, por suas peculiaridades, tanto a definição dos direitos, como o trabalho do preso necessitam de legislação especial, o que é previsto no art. 40, editada, para isso, a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984).

Superveniência de doença mental

21. A superveniência de doença mental, no período de cumprimento da pena privativa de liberdade, acarreta a transferência do condenado a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à sua falta, a outro estabelecimento adequado, onde lhe seja assegurado o recolhimento. Essa posição é decorrência do sistema que imprime à pena, na sua execução, sentido pedagógico, visando à adaptação do condenado às normas de convivência. Ao doente mental, sem condições para apreender o significado da medida restritiva do exercício do direito de liberdade, não faria sentido continuar submetido a esse regime; aconselhável seu internamento à casa de cura, onde receberá a assistência especializada.

Detração

22. O Código introduz instituto recomendado pela Justiça. A sanção criminal, e esta é uma de suas características, só pode ser aplicada jurisdicionalmente, conquista paulatina e sofrida, de que a cultura atual não abre mão. E mais, com a garantia do contraditório, como dispõe a Constituição da República (art. 153, § 15). Antes disso, o fato delituoso pode acarretar restrições ao direito de liberdade, seja a título de prisão cautelar, também chamada processual, como a denominada prisão administrativa. Não seria justo que o período que antecedeu ao início do cumprimento

da pena não fosse computado para abater do *quantum* da condenação. Acrescente-se, a *detração* alcança o tempo de prisão provisória cumprida no Brasil, ou no estrangeiro.

A internação em estabelecimentos registrados no item anterior, embora não se confunda com a sanção penal, do ponto de vista material, constitui restrição ao direito de liberdade. Praticamente, produz os mesmos efeitos da condenação, sendo de recomendar-se o mesmo tratamento.

Das penas restritivas de direitos

23. A prisão, foi acentuado, como única sanção penal, não satisfaz às exigências da ciência penal. É tendência que está se refletindo nas legislações e encontra respaldo nos debates doutrinários, de que são exemplos os XII Congresso de Direito Penal e Penitenciário, realizado em Haia, em 1950, e o Seminário Latino-Americano sobre a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente, que expediram manifestações a favor da prisão aberta.

A partir dos anos 60, acentuou-se a preocupação de sugerir e implantar medidas substitutivas da pena privativa do exercício do direito de liberdade. REALE JR.⁽¹³⁾ lembra as mais significativas reformas legislativas. Em 1963, na Bélgica, instituiu-se a prisão de fim de semana, a semidetenção e a semiliberdade, consistente a primeira no recolhimento ao estabelecimento penal, das 14 horas de sábado às 6 horas da manhã de segunda-feira. Na França, em 1970 e 1973, implantou-se a semiliberdade, consistente na possibilidade de o condenado exercer profissão ou outra atividade, ensino ou estudo, fora do estabelecimento, ao qual deve retornar, todo dia, esgotado o tempo necessário ao desempenho do trabalho ou atividade. Em 1975, foi modificado o Código Penal, introduzindo-se novas medidas substitutivas: a dispensa da pena, ou adiamento do cumprimento da pena e a retirada de licença para dirigir. Na Alemanha, o Código Penal, vigente desde 1975, estatui no art. 47 que a pena privativa do exercício do direito de liberdade inferior a seis meses só será aplicada "quando circunstâncias especiais, vinculadas ao fato ou ao autor, tornam indispensável a imposição da pena". Deve ser substituída por multa. Demais, o art. 59 substitui a multa por uma admoestação, desde que se possa esperar do condenado que não venha a cometer novos delitos. Na Itália, em 1975, foi instituído o regime de semiliberdade, pelo qual o condenado passa o dia fora do instituto, trabalhando ou estudando. São beneficiários os condenados à pena não superior a 6 meses (Lei nº 354, de 26 de julho de 1975, art. 50), se o condenado não estiver entregue à supervisão do serviço social, medida também preconizada (art. 47), similar à "probation", pois o condenado à pena inferior a dois anos e meio fica sujeito à supervisão do serviço especial por período igual ao tempo da pena imposta. Na

(13) REALE JR., Miguel. *Penas Restritivas de Direitos*. (Seminário sobre a Reforma Penal, Goiânia, 1981.)

Inglaterra, a "Community Service Order", implantada pelo "Criminal Justice Act", de 1972, seção 15, consiste na obrigação de, durante os períodos de descanso, o condenado dedicar algumas horas a um trabalho não remunerado, em favor de uma causa de interesse comum. Na União Soviética, o Código Penal de 1960 estatui, no art. 27, a pena de trabalhos correcionais, sem privação de liberdade, a ser cumprida no domicílio do condenado, pelo prazo de um mês a um ano, com redução de 5% a 20% do salário em favor do Estado, sendo que o respectivo período não é computado para efeitos de férias ou promoções. Adotam o mesmo sistema o Código Penal da Bulgária (art. 24); o Código Penal da Tchecoslováquia e o Código Penal da Polônia (art. 33). Em Portugal, projeto de lei, encaminhado à Assembléia em 1977, consagra a substituição da prisão por multa (art. 44). No art. 45, instituiu-se a prisão por dias livres, quando não for caso de conversão em multa. A prisão por dias livres consiste na prisão de fim de semana. No art. 61 é prevista a pena de trabalho em favor da comunidade, aplicável às sanções até três meses, consistente na obrigação de "prestar serviços gratuitos, durante períodos não compreendidos nas horas normais de trabalho, ao Estado, a outras pessoas coletivas de direito público ou entidades privadas que o tribunal considera de interesse para a comunidade". Na Espanha, em 1980, foi encaminhado ao Parlamento projeto de lei de novo Código Penal, preconizando várias penas privativas do exercício do direito de liberdade, entre as quais, a prisão de fim de semana (art. 99), desde que a pena de prisão não seja superior a um ano. No Brasil, em 1966, o Conselho Superior da Magistratura de São Paulo, pelo Provimento nº XXV, instituiu a prisão albergue. A Moção de Friburgo (I Encontro Nacional de Secretários de Justiça e Presidentes de Conselhos Penitenciários) chamava a atenção para a necessidade de alternativas para as penas privativas do exercício do direito de liberdade. No mesmo sentido, em 1973, a Moção de Goiânia, recomendando "a introdução de medidas humanísticas conducentes à reintegração social do condenado como: ampliação do perdão judicial, do "sursis" e do livramento condicional, além de outras medidas substitutivas da pena de prisão". De outro lado, a Lei nº 6.016, de 1973, e a Lei nº 6.416/77 consagraram a prisão albergue. No ano passado, no VI Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente, realizado em Caracas, acentuou-se a preocupação, que encontrou agasalho também no Japão, Suécia, Finlândia e Romênia.

As informações do direito comparado visaram a acentuar a tendência legislativa, coincidindo com preocupações que dia a dia se manifestam entre nós. O Código, em vista disso, não poderia ser insensível ao problema, a fim de modificar a situação encontrada, ou seja, bastando ao condenado praticamente conservar uma situação passiva, aguardando o transcurso do tempo da condenação, e, em seguida, retornar à liberdade; substancialmente, era exigido apenas bom comportamento para não perder o benefício do "sursis" e obter a concessão do livramento condicional. Impõe-se que o

condenado desenvolva atividade, cujo exercício traduza o significado da retribuição jurídica da pena, inculcando-lhe o senso de responsabilidade, e lhe seja útil para ajustar-se às exigências de conduta impostas pela sociedade.

O Código arrola como *penas restritivas de direito* a prestação de serviços à comunidade, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana.

Eliminou-se a clássica distinção entre penas principais e penas acessórias, como será analisado no Capítulo dos Efeitos da Condenação.

Acentue-se, as penas restritivas de direitos são admitidas às infrações sem abalo social, nem extremamente grave o dano ao bem juridicamente tutelado e desde que o réu não seja reincidente.

O art. 44, além de acentuar que são autônomas e substitutivas das privativas de liberdade, estabelece que serão aplicadas desde que: I — a pena privativa de liberdade aplicada seja inferior a um ano, ou o crime seja culposos; II — o réu não seja reincidente; III — a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indiquem que essa substituição seja suficiente.

Se o condenado desmerecer a confiança que lhe foi outorgada, qual seja, injustificado descumprimento da pena restritiva do exercício de direitos, será convertida em pena privativa do exercício do direito de liberdade, pelo tempo da pena aplicada. No mesmo sentido, se sobrevier condenação, por outro crime, cuja pena privativa de liberdade não tenha sido superior.

A *prestação de serviços à comunidade* consiste na atribuição ao condenado de tarefas gratuitas junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

A gratuidade é da essência dessa modalidade sancionatória; caso contrário, o crime passaria a ensejar lucro, contrariando o sentido retributivo da pena. De outro lado, sobre ser legal, está compreendida no dever de punir, que pode até restringir o exercício do direito de liberdade. O Código estatui que as tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, cumpridas aos sábados, domingos e feriados, ou nos dias úteis, durante oito horas semanais, sem prejudicar a jornada normal de trabalho. O condenado desempenhará atividade de interesse coletivo, em particular, assistencial; reporá, em parte, o dano social decorrente do crime e, de modo efetivo, sentirá a retribuição, desempenhando serviço que, sem afrontar a sua personalidade, e de maneira digna, inculcar-lhe-á o senso de responsabilidade para desestimulá-lo a retornar à criminalidade. A sensibilidade dos responsáveis pelo programa a ser desenvolvido pelo condenado ajustará também à natureza da infração, impedindo que a pena seja vazia de

conteúdo. A preocupação de fazer sentir ao delinqüente que praticou conduta reprovável e não deva ser repetida tem estimulado os escritores e vigoroso é o sentido da jurisprudência. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por várias vezes, nas condições de concessão do "sursis", tem imposto que o condenado por crimes de trânsito freqüente estabelecimentos de traumatismos físicos. Assistindo ao sofrimento das vítimas e às conseqüências de acidentes de carro, o agente, no futuro, ao conduzir o veículo, abster-se-á de fazê-lo de modo imprudente ou negligente. O Código vai além, estabelecendo que desenvolva tarefas capazes de inspirar ao condenado o sentido negativo do comportamento delituoso.

As penas de *interdição temporária de direitos* são: I — proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; II — proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do Poder Público; III — suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo.

O direito é um dos esquemas de conveniência social ou, como se expressam PETER STEIN e JOHN SHAND (14) o direito pode ser visto como forma de engenharia social harmonizada às exigências específicas de uma certa sociedade em momento determinado; direito como conjunto de convenções, desenvolvendo em correspondência às condições próprias de uma sociedade, que refletem a história, os critérios morais e o agir social.

Em sendo assim, as condutas ilícitas não podem ser toleradas, nem ensejada oportunidade para a sua prática. Urge reprimi-las e impedi-las. Além disso, a dignidade de algumas atividades impede que o respectivo exercício seja promovido por quem não se mostre atento aos parâmetros recomendados, como no caso da atividade pública, ou o desempenho de mandato popular.

De outro lado, a vedação de profissão ou atividades que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do Poder Público, evita que o respectivo exercício seja desenvolvido por qualquer pessoa. Dá-se o encontro do direito penal com o direito administrativo. A habilitação especial procura preservar bens, impedindo que indivíduos, sem a qualificação específica, pratiquem atos que exijam preparo específico e impedir que a imperícia seja causa de danos a objetos jurídicos. Coerentemente, legitimar o exercício de direitos, ou conferi-los segundo critério de oportunidade e conveniência. Nessas hipóteses, urge conjugar o interesse individual com o interesse público, o que explica a restrição anotada no Código.

O veículo é resultante do progresso e da ampliação industrial, todavia, ninguém nega, constitui reconhecido perigo, repetindo-se, em número crescente, os acidentes com sacrifício de vidas. O seu uso deve merecer a

(14) STEIN, Peter e SHAND, John. *I Valori Giuridici della Civiltà Occidentale*. Milano, Giuffrè, 1981.

atenção do Estado. Não se justifica permitir pessoas negligentes, imprudentes, ou sem o conhecimento técnico de seu manejo, continuarem a conduzi-lo. Impõe-se suspender a licença, preservando-se interesse da coletividade. A medida, embora radical, é indispensável, mesmo em se tratando de profissional do volante. As profissões são regulamentadas no sentido de favorecerem a sociedade, e não para prejudicá-la. O motorista não foge a essa regra. Não vinga o argumento de que a sanção impedirá o exercício da profissão, acarretando danos econômicos. A crítica não resiste à análise, eis que o seu impedimento é causado pelo abuso do exercício do direito, que evidencia a ilicitude.

A *limitação de fim de semana* consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado. Constitui restrição de grande efeito moral, capaz de fazer sentir ao condenado a resposta pelo crime cometido. O tempo consignado, sem retirar a eficiência da pena, facilita a execução, não sendo necessário ao Estado preocupar-se com a alimentação, que encareceria sobremaneira a sanção. A permanência nos referidos locais apresenta outro aspecto positivo. O condenado não terá contato, por isso, impedida a convivência, com delinquentes de delitos mais graves e rebeldes. Trata-se de pena eminentemente pedagógica e para evitar a ociosidade, sempre contraproducente, poderão ser ministrados cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas ao condenado. Essa inovação, como em outros países que a experimentaram, no Brasil, sem dúvida, trará efeitos positivos.

Pena patrimonial

24. Também nesta parte o Código introduziu modificação. A pena patrimonial consiste em quantidade de dinheiro a ser paga pelo condenado ao fundo penitenciário.

A sanção pecuniária, forma de punir notadamente cominada aos crimes contra o patrimônio, busca ser sensível ao que o delinquentes dá grande valor: os bens materiais. A *multa*, embora corresponda à pena do Código Penal de 1940, obedece a outro critério. A modificação do valor substancial da moeda, dadas as naturais dificuldades de alteração legislativa, enfraquece, pouco a pouco, o significado dessa sanção penal. Preferiu-se o chamado sistema escandinavo do dia-multa, idealizado por THYREN, inspirado em preceito do Código português de 1852 e adotado pelos códigos da Dinamarca, da Finlândia e do Peru. Generaliza-se o que, entre nós, é especial, sendo exemplo a Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, que dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica.

A pena oscila entre o mínimo de dez, e o máximo de trezentos e sessenta dias-multa e, como dispõe o parágrafo primeiro do art. 49, o res-

pectivo valor será fixado pelo Juiz, não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a cinco vezes esse salário.

A Comissão reputou necessário delimitar também o teto, a fim de reforçar o direito do réu contra os conhecidos perigos e inconvenientes da pena indeterminada. Esta, em tese, é o ideal, todavia, exemplos históricos não aconselham a sua adoção. Demais, nenhuma restrição se divisa, pois o dia-multa pode corresponder ao quádruplo do salário mínimo. Com isso, nem mesmo a classe economicamente mais favorecida sentirá estímulo para delinqüir, dado ser significativo o vulto da condenação. E mais. A multa pode ser aumentada até o triplo, se o Juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo (art. 60, § 1º). O pagamento deve ser efetuado dentro de dez dias após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Antes disso, a decisão ainda não é executável para esse efeito. A regra é que o recolhimento da verba seja feito de uma só vez; entretanto, o magistrado, valendo-se de seu poder discricionário, mediante requerimento do condenado, poderá permitir que o pagamento seja parcelado e segundo as forças econômico-financeiras do devedor.

A fim de facilitar o recolhimento do *quantum* da condenação, é possível desconto na folha de vencimentos, ou do salário do condenado. Essa forma de cobrança também é decidida pelo Juiz, que vela pelo efetivo cumprimento da sentença, atento à seriedade do processo penal. Se, de um lado, é facilitado o pagamento, inclusive mediante rateio, o Estado deve se precaver contra a malícia de condenados solventes.

Acentue-se ainda, houve sensibilidade com o condenado, cujo patrimônio não seja bastante para suportar o ônus, sem afetar o indispensável para o sustento seu e da família. Mais uma vez, cumpre fazer o equilíbrio entre o interesse público e o individual. A carência econômica, embora não seja a única, é, sem dúvida, causa de criminalidade, particularmente contra o patrimônio; por razões de política criminal, cumpre balancear os valores e preservar os mais significativos. Entre o interesse de executar a sentença "tout court" e resguardar a proteção da família e desenvolver atividade preventiva da criminalidade, é lógico, propende-se para a segunda hipótese.

A multa, no âmbito penal, tem característica própria, apesar da sinonímia encontrada em outras áreas da dogmática jurídica. E o ponto de distinção é a possibilidade de ser convertida em privativa do exercício do direito de liberdade, além de ordem processual, só imposta com a garantia jurisdicional, respeitado o princípio do contraditório. Essa conversão, observa BETTIOL⁽¹⁵⁾, confere à multa a característica de verdadeira e própria pena afliativa. *Qui non habet in aere luat in corpore*.

(15) BETTIOL, Giuseppe. *Diritto Penale*. 9ª ed., Padova, Cedam, 1976.

No particular, o Código inova mais uma vez. No texto anterior, fazia-se a conversão da pena pecuniária em detenção "quando o condenado reincidente deixa de pagá-la ou o condenado solvente frustra a sua cobrança". Configurada a reincidência, e só por isso, ainda que insolvente, o condenado sofreria o tratamento mais rigoroso.

A Comissão elaboradora modificou a orientação; em primeiro lugar, porque não se justifica a disciplina intransigente com o reincidente, amenizada pela Lei nº 6.416/77 e cuja linha, em termos gerais, é subscrita no Código; depois, por motivo de justiça, referência que o legislador jamais poderá olvidar, atrita aos sentimentos de igualdade equiparar o devedor insolvente ao que frustra o pagamento, impondo-lhe o mesmo tratamento, em flagrante contraste com a justiça distributiva. Num caso, há impossibilidade de honrar a obrigação, no outro, malícia de quem, podendo pagar, não o faz. A Corte Constitucional da Itália, em 1979, reconheceu estar revogada a norma que inspirou o art. 38 do Código Penal, por contrariar a Constituição de 1948.

O Código, dessa forma, melhor se adapta ao sistema nacional, cuja Lei Maior registra o princípio de igualdade, impedindo que lei ordinária confira efeitos diferentes quando a causa das relações jurídicas for o mesmo fato histórico. Em outros termos, rejeita a conversão pela insolvência (ausência de malícia), ainda que reincidente o condenado, se também não obrou com má fé. A reincidência não é indispensável, nem influi, como tal, no não-pagamento. Este decorre da impossibilidade de sua satisfação. Daí o estatuído no art. 51, ao determinar a conversão "quando o condenado solvente deixa de pagá-la ou frustra a sua execução".

Na conversão, a cada dia-multa corresponderá um dia de detenção, não podendo esta ser superior a um ano. O limite, por si só, se justifica.

A conversão é meio coativo para compelir o condenado a efetuar o pagamento; realizada a finalidade, não se justifica continuar a impedir o exercício do direito de liberdade. Ainda que moralmente reprovável a conduta do condenado, foi satisfeita a obrigação jurídica.

Atente-se ainda para outra distinção do Código neste ponto, mais parcimonioso, só revogando a conversão, se a multa for paga (art. 51, § 2º). A lei anterior acrescentava: se o condenado "assegura o pagamento mediante caução real ou fidejussória" (art. 40).

A nova postura é recomendável. Não se justifica o Estado promover execução forçada para receber o valor da multa quando o condenado tem patrimônio, podendo, por isso, alienar bens a fim de obter o numerário suficiente. Não o fazendo, sendo-lhe viável, revela intuito de não pagar, devendo sofrer as respectivas conseqüências. Observa MARQUES (16) não ser possível cobrar a multa garantida através de caução real ou fidejussó-

(16) MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Vol. III, São Paulo, Saraiva, 1966.

ria, após a morte do condenado. Com o falecimento deste, a punibilidade se extingue e a caução, por isso mesmo, desaparece.

Em sobrevindo ao condenado doença mental, é suspensa a execução da pena de multa. A pena privativa de liberdade não superior a seis meses pode ser substituída pela de multa, desde que o réu não seja reincidente e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

O *quantum* é da pena aplicada; quando o Código se refere à pena cominada, di-lo expressamente.

Uma das linhas do Código é o amplo poder discricionário conferido ao Juiz criminal, a fim de ser aplicada a sanção recomendável ao caso concreto. Coerentemente, como os delitos a que é cominada a detenção não causam repúdio ou indignação, e de outro lado, a pena privativa do exercício do direito de liberdade só deve incidir quando as demais se revelarem inadequadas ou insuficientes, o magistrado poderá preferir manter o condenado no convívio social, sem que a sanção aplicada deixe de exercer efeito pedagógico, no sentido de impedir a repetição da indisciplina social.

De outro canto, vem de encontro às recomendações criminológicas consagradas legislativamente de incentivar o ressarcimento do dano. O Código, sempre atento a esse particular, não poderia olvidá-lo.

Da cominação das penas

25. O Código atribui ao Capítulo II, do Título V, o *nomen iuris* — *Da Cominação das Penas*, introduzindo outra inovação.

Com efeito, o Código Penal de 1940 se restringia a enunciar no art. 1º o princípio da reserva legal, mantendo tradição de nosso direito. O Código, ao contrário, explicita o critério de definição das penas, preferindo, ao lado da cominação específica, estabelecê-la genericamente, através de normas de extensão.

As penas, para esse fim reúnem-se em dois grupos:

a) penas, cuja cominação tem limites estabelecidos em cada tipo legal de crime, conservando, pois, o sistema do texto anterior; penas privativas de liberdade (art. 53) e multa (art. 58).

A multa é cominada, como as privativas de liberdade, especificamente.

O limite registrado no art. 49 e seus parágrafos é, no mínimo, de dez e, no máximo, de trezentos e sessenta dias-multa; por seu turno, essa unidade não pode ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a cinco vezes, podendo

ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo (art. 60 § 1º);

b) penas, cuja cominação não é elaborada tipo por tipo, compondo a nova orientação: penas restritivas de direito (art. 54).

As penas restritivas de direito, além da autonomia (art. 44), substituem as privativas de liberdade, nas condições indicadas nos incisos do art. 44, têm a mesma duração da pena substituída, desde que esta seja fixada em quantidade inferior a um ano, ou nos crimes culposos (art. 54). As espécies apresentam as características que seguem.

As penas de interdição temporária de direitos, previstas no art. 47. I e II, são cominadas para todo crime cometido no exercício de profissão, atividade, ofício, cargo ou função, sempre que houver violação dos deveres que lhes são inerentes (art. 56). Por sua vez, a prevista no art. 47. III — suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículo — é imposta aos agentes de crimes culposos de trânsito (art. 57). Além de definição prévia das hipóteses, tais penas são certas e determinadas no tempo.

Da aplicação da pena

26. Momento de singular importância na individualização da pena é a sua aplicação. Também reconhecida como fixação jurisdicional. É, sem dúvida, o grande momento de concreção do direito penal, não sendo exagero dizer que é a parte mais importante de um código penal.

O Código registra bem definida postura jusfilosófica, que, acentue-se, resultou do confronto da Escola Clássica com a Escola Positiva, todavia, consoante as atuais exigências da melhor orientação doutrinária.

A pena visa à reprovação e à prevenção do crime (art. 59). Nessa linha, seguem as legislações em dia com as mais recentes conquistas da ciência penal. Além disso, guarda fiel coerência com o princípio do *nullum crimen sine culpa*, acolhido em toda plenitude pelo Código. Nunca é demais insistir na intransigência com a responsabilidade objetiva e com a responsabilidade por fato de outrem. PETTOELLO-MANTOVANI⁽¹⁷⁾ escreve que “civilisticamente” basta determinar que o sujeito agiu, enquanto, “penalisticamente”, ao contrário, em todas as hipóteses, requisito indispensável é determinar “como” o sujeito agiu e tenha se comportado no caso concreto... Nesse sentido, a exigência de uma responsabilidade penal subjetivamente orientada se contrapõe, relativamente a todos os tipos, a uma responsabilidade civil meramente objetiva ou por fato de outrem. No mesmo sentido, considerações de JESCHECK relativamente à reforma alemã. O novo direito assinala que uma pena, cujo fundamento não seja compatível com o princípio da culpabilidade, não corresponde à lei.

(17) PETTOELLO MANTOVANI. *Responsabilità per Fatto Altrui*. Milano, Giuffrè, 1962.

Advirta-se, porém, o Código acrescenta exigência a fim de não ser desconsiderada pelo juiz, visando a que o trabalho não seja parcial. A individualização da pena pressupõe análise exaustiva dos fatores e circunstâncias relacionadas com o fato delituoso, dentre os quais não podem ser olvidados o agente e a vítima, protagonistas do crime.

Três, e não mais dois, são os objetivos materiais que o Juiz deve considerar no delicado labor de aplicação da pena: o fato, o agente e a vítima.

Historicamente, de início, só interessava sobremaneira o fato, dado ser a modificação no mundo exterior; assim ocorreu com os clássicos que conceberam o crime como mero ente jurídico; os postulados da Escola Positiva provocariam modificação nesse panorama, preocupados com os fatores antropológicos, sociológicos e psicológicos da criminalidade, sustentando que o delito é fato humano e social. Daí a exclamação de FERRU de que o delinqüente não poderia ser visto como manequim a que se aplicaria um número. Mais recentemente, penalistas e criminólogos voltam a atenção para outro aspecto, não menos importante e de observação necessária — a vítima. Daí o surgimento da vitimologia que procura ressaltar a colaboração do sujeito passivo, verdadeiro estímulo na projeção do ilícito penal. DELOGU, no prefácio do livro de STEPHEN SCHAFER, *Teorie in Criminologia* (18) a respeito da correspondência do direito penal com a criminologia, salienta que ambos têm seus conteúdos, seus escopos e seus limites, mas um só brilha integralmente quando aceita os reflexos luminosos do outro.

Na primeira fase das idéias e instituições penais, no chamado período da vingança privada, a vítima exercia o papel saliente de tomar a iniciativa e determinar a reação ao delinqüente. Posteriormente, o talião e a composição amenizaram a resposta sem limite e delimitaram o então ilimitado. Em fase sucessiva, por razões políticas, os efeitos jurídicos são diversos, conforme a qualidade social da vítima, mesmo depois da Revolução francesa e da declaração solene dos direitos do homem, em 1918, pelas Nações Unidas. De qualquer modo, a vítima sempre desempenhou papel de relevo no contexto da criminalidade. Entretanto, após a Segunda Guerra Mundial, como sublinha VERSELE (19), o tema foi colocado em seus aspectos reais, ou seja, “a vítima estudada como tal”, segundo as características de sua personalidade, da relação psicológica com o autor do fato e sua participação ativa no processo criminoso e como estímulo da ação delituosa. Desde então se desenvolveram os estudos, cuja primeira sistematização foi elaborada por HANS VON HENTING, em particular no 4º capítulo do *The Criminal and his Victim*, em 1948. Como acentua o magistrado e professor belga, o significado tradicional de vítima, isto é, sujeito passivo do crime, ganha novos coloridos e importância, valendo-se

(18) DELOGU, Tullio. Prefácio ao livro *Teorie in Criminologia*, de STEPHEN SCHAFER, Roma, Bulzoni, 1976.

(19) VERSELE. *La Scuola Positiva. Appunti di Diritto e Criminologia*, 1962.

destas palavras: a concepção antropológica do par formado pelo autor e vítima realça o erro secular do "jurisdicismo" porque esta concepção se funda no fato demonstrado de que a vítima pode intervir positivamente na maturação da idéia criminosa, e suscitar freqüentemente, ou por fato determinado ou atitude marcante, a realização da ação, da qual sofrerá as conseqüências. O conceito criminológico de vítima tem perfil necessariamente existencial, enquanto há importância o fato de quem se sente vítima e de quem se quer vítima, ou o fato de quem tem a consciência de fazer uma vítima. O problema é, pois, sobretudo psicológico, senão propriamente psicanalítico, e os sujeitos são considerados na relação dinâmica entre o autor e a sua vítima. Tais considerações, exemplificativamente, se concretizam na eutanásia, no suicídio a dois, no suicídio liberador, em alguns delitos sexuais, no estelionato, particularmente quando existente a fraude bilateral, nos furtos de automóveis, cujos proprietários são negligentes em proteger o seu patrimônio, nos acidentes de trânsito, e tantos outros.

O Código, dessa forma, não poderia estar alheio à evolução científica.

Hoje, os Juizes mais cuidadosos ponderam a participação da vítima, embora quase sempre, e esta conclusão resulta da experiência judiciária, com a preocupação de excluir a culpa do réu, mostrando que o foi exclusiva da vítima. Impõe-se estudo mais amplo e profundo, relacionando o comportamento do sujeito passivo aos antecedentes do fato delituoso.

O Código tem o mérito de tornar obrigatória a crítica da conduta da vítima. Só assim a individualização se completa.

O fato e o agente, de outro lado, devem ser apreendidos em toda relevância penal. O crime não é fato bruto, mas juridicamente significativo.

TOLEDO⁽²⁰⁾ menciona: O direito penal moderno é, basicamente, um direito penal do fato. Está construído sobre o fato-do-agente e não sobre o agente-do-fato. Demonstra a veracidade dessa afirmação a estrutura da grande maioria dos tipos penais que, segundo as exigências do princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege*, descrevem um modelo de conduta proibida e não um tipo criminológico de autor. As exceções são raras (rufianismo, vadiagem etc.) e, pois, não infirmam a regra.

Efetivamente, fracassou a tentativa nacional-socialista alemã de castigar o delinqüente pelo que ele é, e não pelo que praticou. A idéia enseja fácil descaminho para a arbitrariedade. Não há como aceitar a "culpabilidade do autor", aferível da "personalidade total do agente".

De outro lado, a fim de guardar coerência com o novo sistema, além de individualizar a qualidade e a quantidade da pena, incumbe ao Juiz estabelecer o regime inicial de cumprimento da pena privativa da

(20) TOLEDO, Francisco de Assis. *Enciclopédia Saraiva*, verbete — Culpabilidade de Autor.

liberdade para, em seguida, começar a fase executória do processo criminal. Demais, substituir a pena privativa de liberdade por outra, se cabível.

Crítério especial foi registrado para a pena patrimonial, com o intuito de preservar a sua eficácia, ou seja, exercer efeito psicológico no condenado. De nada valeria a sanção pecuniária, constituindo fator criminógeno, se o seu valor fosse insuficiente para a situação econômica do réu. O *quantum* não deve ser tão baixo que seja desprezado pelo condenado, como não pode ser tão elevado que ultrapasse as forças patrimoniais do delinqüente. Daí, o amplo poder discricionário do Juiz, propiciando que a multa possa ser aumentada até o triplo, se, em virtude da situação econômica do réu, for ineficaz, embora aplicada no máximo.

As *circunstâncias agravantes e atenuantes*, de modo geral, reproduzem a legislação anterior.

No tocante às *circunstâncias atenuantes*, tornou-se explícito que a idade do agente deve ser considerada na data do fato, quando menor de vinte e um anos, ou na data da sentença, se maior de setenta anos. Com isso, consagra-se a jurisprudência que, com interpretação benigna, confere tratamento de igualdade com esteio em sentimentos de justiça.

De outro canto, ajustando-se à nova sistemática do erro, menciona "o desconhecimento da lei", que, como dispõe o art. 21, não é descriminante, visto não se confundir com a falta de consciência da ilicitude do fato; entretanto, se aceitável, poderá ensejar tratamento penal mais benigno para o condenado.

Acrescentou-se como atenuante a circunstância de o crime haver sido cometido no cumprimento de ordem de superior hierárquico, desde que não caracterizada a excludente de culpabilidade. Coloca-se a hipótese em igualdade de tratamento de quem pratica o delito sob coação a que poderia resistir, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima.

O art. 66 do Código é outra inovação, registrando o que, na doutrina, se denomina circunstâncias judiciais, adotadas agora como circunstâncias legais.

As circunstâncias, como se expressava SALGADO MARTINS, dão a modelagem do crime, ou seja, revelam-no em seus pormenores, projetando todas as suas marcas. Evidentemente, essa norma, como as circunstâncias pela função que exercem — majorando ou diminuindo a pena —, constituem tipos de culpabilidade, traduzindo normativamente o grau de reprovação jurídica ao agente. Evidentemente, por isso, estão implícitas no ordenamento. No entanto, além da função programática que encerra, interpretação sistemática conduz à conclusão, e com isso, exclui qualquer dúvida, que só as circunstâncias agravantes legais são específica e exaustivamente enumeradas na lei.

As atenuantes legais serão de duas espécies: específicas (art. 65) e genéricas (art. 66). Atende-se, conseqüentemente, à moderna orientação da ciência penal, confiando na sensibilidade do magistrado para que a sanção imposta não seja meramente formal.

A distinção de disciplina das agravantes e atenuantes resulta do princípio da reserva legal e do corolário da proibição da analogia *in malam partem*. BETTIOL, (21) subscreve que a contestação é instituto voltado para a salvaguarda do direito de defesa; significa que o imputado deve estar em condições de conhecer o fato e todos os elementos essenciais (momento constitutivo do delito) e acidentais (circunstâncias) de que possa decorrer averiguação de responsabilidade ou de maior responsabilidade. Não basta, pois, contestar em processo de homicídio o fato de haver causado a morte de um homem, mas, em se tratando de homicídio agravado, deve contestar também, por exemplo, o uso do meio insidioso ou de veneno (art. 576, nº 2, CP) para que a defesa esteja em condições de apreender o tema da acusação, em toda extensão, para contrastar ou repelir a tese adversa. Não é necessário, no entanto, indicar as circunstâncias atenuantes ou que diminuam de qualquer modo o peso da acusação, podendo o juiz considerar tudo o que amenize a posição do imputado independentemente de conhecimento do mesmo.

O Código reproduz as agravantes no caso de concurso de agentes, embora, com maior precisão técnica, haja preferido o *nomen iuris*: — *agravantes no caso de concurso de pessoas*. Com efeito, a norma não considera apenas agentes no sentido estrito do termo, mas também indivíduos que somente do ponto de vista material contribuem para a produção do resultado delituoso. Demais, acrescenta o induzimento à execução material do crime como agravante especial, dado que a hipótese, nessa passagem, não era considerada pelo Código revogado. Se coagir é alguém impor sua vontade a outrem, mediante violência ou grave ameaça, induzir significa o captar a adesão de outra pessoa, convencendo-a da oportunidade ou conveniência da prática da infração penal. Em termos de juízo de reprovabilidade, não raro, o segundo caso retrata agente mais frio e sempre calculista.

A *reincidência* reproduz o conceito do Código de 1940, que, diga-se, por sua clareza não ensejou maiores dúvidas de interpretação, tanto na doutrina como na jurisprudência. Todavia, reedita as alterações introduzidas pela Lei nº 6.416/77, presumindo não constituir personalidade voltada para a delinquência, se entre o cumprimento ou execução da pena e o crime posterior decorrer período superior a cinco anos. Afasta-se a injustiça de recrudescer o tratamento penal a pessoas que, ocasionalmente, tenham praticado delitos. Além disso, dada a significativa distinção de personalidade de autores de crimes e dos denominados propriamente mi-

(21) BETTIOL, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto e Procedura Penale*. Padova, Cedam, 1973.

litar e político, sempre com referência à culpabilidade, os últimos não são considerados para o efeito dessa espécie de circunstância agravante. Cumpria, porém, dirimir a perplexidade que a norma causara aos escritores e Tribunais, ou seja, o não prevalecimento da condenação anterior “se entre a data do cumprimento da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos”. Dispõe, por isso, o Código: “... computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação”.

O concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes não sofreu modificação dada a sua harmonia com o princípio *nullum crimen sine culpa*.

No tocante à *fixação da pena*, o Código, sensível à divergência decorrente da forma enunciada pelo texto anterior, formando-se duas correntes que se tornaram conhecidas como entendimento de ROBERTO LYRA (duas etapas) e de NELSON HUNGRIA (três etapas) e com discrepância também na jurisprudência, preferiu descrever as fases do procedimento, de modo a cortar radicalmente qualquer dúvida, dispondo no art. 68: “A pena base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas especiais de diminuição e de aumento”. O tema não se reduz a mera questão de redação; amplia a garantia da defesa, que, dessa forma, conhecerá explicitamente a repercussão de cada por menor no *quantum da sanção*. Em caso de recurso, eventual eliminação de um desses fatores em 2ª Instância, com segurança e facilidade, o Tribunal fará, com precisão, a respectiva diminuição. Evidente, pois, o aperfeiçoamento do texto.

Repetem-se os conceitos de *concurso material*, *concurso formal* e *crime continuado*. Tais institutos revelaram-se úteis e não ensejaram polêmica de modo a tornar inconciliáveis as divergências. Conserva-se, de outro lado, a tradição do nosso direito penal. Evidentemente, no tocante ao primeiro, no cálculo da sanção, apesar de mantido o critério do cúmulo aritmético, houve necessidade de adaptá-lo ao novo sistema de penas. Em face disso, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa, por um dos crimes, para os demais, será incabível a restritiva de direitos; aplicadas penas restritivas de direitos diversos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais.

Em relação ao *concurso formal*, a fim de evitar iniquidade, podendo, eventualmente, o cúmulo jurídico ocasionar pena superior se aplicada a soma aritmética, expressamente, é disposto que, na espécie, em nenhuma hipótese, a sanção poderá exceder a que seria imposta se fosse caso de concurso material. A explicação é lógica porque a recriminação pela prática de uma ação embora decorra pluralidade de infrações, é menor do que se ocorrer pluralidade de ações (art. 70, parágrafo único).

O crime continuado conserva a estrutura originária, decorrente da sonsibilidade de BARTOLO e FARINACCIO. A teoria objetiva pura, com vantagem, rebate a postura da concepção de identidade de desígnios, notadamente para evitar que o agente calculista, afeito à criminalidade, dela fazendo o *modus vivendi*, repetindo, pois, constantemente, senão em seqüência, condutas delituosas, venha a ser beneficiado com tratamento benigno, o que compromete a seriedade do direito penal. O instituto, sem dúvida, está ligado ao sentimento de humanidade, para impedir a pena de morte ao agente de três furtos. Note-se, inspirou-se em caso de excepcional gravidade e tomada de posição a respeito da discutida sanção capital.

A Comissão elaboradora ponderou longamente as várias sugestões doutrinárias do crime continuado. A "unidade de desígnio" com o aval de CARRARA e do Código Penal da Itália (art. 81). A doutrina que admite a existência de delito continuado quando haja diversidade de sujeitos passivos, restringindo porém quando os bens jurídicos ofendidos sejam personalíssimos, como a vida, a integridade corporal (MEZGER, MIRTO). Entre nós, a divergência se mostra insuperável na doutrina e na jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal tem oscilado a orientação; atualmente, admite a continuação no roubo porque qualificado entre os crimes contra o patrimônio, apesar da violência, ou grave ameaça à pessoa, rejeitando-a, no entanto, quando o objeto jurídico for personalíssimo. Não se olvidou o filão doutrinário que remete ao poder discricionário do Juiz, em face da personalidade do agente e das características do fato, a aplicação do crime continuado, como entende EDUARDO CORREA que, no Brasil, era acompanhado por ALCIDES MUNHOZ NETTO.

Na perspectiva do direito penal que tem como viga mestra o princípio do *nullum crimen sine culpa*, a solução deve ser atenta à culpabilidade, remetendo-se para plano secundário a natureza do bem ofendido. Este, sem dúvida, é importante e não pode ser desprezado. Todavia, isoladamente, não é decisivo; cumpre observar, ademais, que distinguir a espécie do objeto jurídico não é decorrência da estrutura do crime continuado, mas resultante de critérios de oportunidade e conveniência da política criminal. Modernamente, o instituto deve ser analisado como meio para o direito penal realizar sua finalidade; urge afastar-se a preocupação da pena de morte, inexistente em nossa legislação comum, e atentar para o seguinte ponto: O crime continuado não poderá incentivar a criminalidade que, em nossos dias, notadamente nos grandes centros urbanos, assume proporções inquietantes. Em razão disso, leve-se em conta o grau de culpabilidade, conjugado, é evidente, com a espécie do crime e as circunstâncias de sua execução, a fim de o benefício não ser utilizado como afrouzamento do Código. Introduziu-se, e de maneira original, sem precedente legislativo, o seguinte parágrafo único ao art. 71: "Nos crimes dolosos contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos

e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.” Essa norma concilia a tradição do crime continuado com o rigor que a lei deve revelar em face de tipos de criminalidade que aumentam nos dias atuais. O magistrado gozará da faculdade de recrudescer a pena, se particularidades do agente e do fato recomendarem sanção mais severa. De outro lado, soluciona-se, com a mesma cautela, a divergência dos escritores quanto à compatibilidade da continuação de crimes que ofendam bens personalíssimos de sujeitos passivos diferentes. O Código tomou posição no sentido de admiti-la, decorrência lógica da teoria objetiva pura, reafirmada no art. 71, que se contenta com a identificação das condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, sem ponderar o liame subjetivo entre as infrações. No capítulo da *Aplicação da Pena* o Código trata ainda do erro na execução (*aberratio ictus*) e do resultado diverso do pretendido (*aberratio delicti*).

A Comissão preferiu a sistemática do Código Penal de 1940 à do texto de 1969; tais institutos compõem a categoria do erro causal em sentido amplo, que não se confunde com o erro de tipo.

Tanto no caso do art. 73, como do art. 74, o erro do agente é irrelevante, restrito, respectivamente, ao objeto material e ao objeto jurídico. Em ambos os casos, porém, seja ofensa causada ao mesmo, ou diferente bem protegido pelo direito, o crime se projeta em todos os seus elementos. Como se continua a dizer, não é a pessoa de A, ou de B que merece o amparo jurídico, mas qualquer que ela seja. De outro lado, todos os bens jurídicos penalmente relevantes, não obstante a relevância maior de alguns, são dignos de proteção.

O erro causal *stricto sensu*, ou seja, a produção do resultado por curso causal diverso do eleito pelo agente, por sua estrutura é solucionado no art. 13 — *relação de causalidade* — o sujeito ativo, apesar do desvio causal, por sua ação, provocou o evento. Pouco importa, invocando-se o exemplo clássico, que o agente tenha querido matar o desafeto por asfixia mediante afogamento, lançando-o da ponte, porém a vítima vem a falecer porque, antes de cair na água, bate com a cabeça em uma pedra, sofre fratura craniana e, por isso, morte instantânea. De qualquer maneira está presente a relação de causa-e-efeito entre a conduta e o evento típico.

No erro de execução, em face da consagrada e constante medida da censurabilidade do agente, para a fixação da pena, não serão consideradas as condições ou qualidades da vítima, mas as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime. É sabido, as características do sujeito passivo, muitas vezes, são relevantes para a aplicação da pena; exemplificativamente, se o delito é praticado contra ascendente, descendente, cônjuge ou irmão (art. 61, II, *e*). Em virtude de maior recriminação inci-

dir nesses casos, é secundário que estranho tenha sido atingido, quando o propósito do agente era alcançar uma daquelas pessoas. A relevância penal sobrepairá ao resultado meramente físico. Da mesma forma, não se justificaria recrudescer a sanção se a vontade era cometer o delito contra quem não está a ele vinculado por relação de parentesco, ou de especial dever de afeto.

Nos casos de *erro na execução*, como no de *resultado diverso do pretendido*, pode ser ainda atingida a pessoa que o agente pretendia ofender. Nessas hipóteses, apesar da pluralidade de resultados, a ação é única, recomendando-se o tratamento de concurso formal.

Na *aberratio delicti*, sempre em atenção ao princípio *nullum crimen sine culpa*, o crime diverso do pretendido só ocorrerá porque não se dispensa o elemento subjetivo, se caracterizada, pelo menos, a culpa *stricto sensu*, e o fato for previsto como tal.

O Código mantém a orientação do Código Penal da Itália no tocante ao erro na execução, a tradicional teoria da "unidade substancial do delito", vale dizer, da irrelevância do erro acidental. Em outras palavras, caracteriza-se um só crime doloso, considerados indiferentes o desvio da cadeia causal e a diversidade do sujeito ofendido. Se o agente atira, em A, mas atinge somente B, matando-o, será relevante somente o crime de homicídio consumado, desprezada a tentativa de eliminar a outra pessoa, absorvida pela consumação.

O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a trinta anos (art. 75). A Comissão reputou útil incluir norma referente à unificação e fixar limite máximo de execução. Em primeiro lugar, para impedir que, na prática, ocorresse a pena perpétua, constitucionalmente vedada (CF, art. 153, § 11). Depois, para não se desvincular de sua finalidade, buscando sempre ensejar ao condenado a esperança de retorno à liberdade. Condenações excessivamente longas provocam efeito contrário e negativo, estimulando o recluso a novas infrações no estabelecimento prisional, visto que a soma de outros anos de condenação nada representa, dado que a média de vida do brasileiro a torna supérflua e sem sentido. É lógico, e mais uma vez é bom sublinhar, nenhuma norma deve estimular a criminalidade. A unificação não pode, por seu turno, ser garantia da impunidade, ou gerar a certeza de que crimes posteriores não seriam debitados ao seu autor. Dessa forma, "quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a trinta anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo" (art. 75, § 1º). "Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido" (art. 75, § 2º). Assim, o condenado resgatará, no máximo, trinta anos de pena privativa de liberdade, descontando-se o período já cumprido, caso haja unificações posteriores.

Suspensão condicional da pena

27. A pena restritiva da liberdade, acentuou-se, só deve ser aplicada quando impossível, ou inconveniente uma das hipóteses de substituição. Essa preocupação se acentua nas chamadas "penas de curta duração", que ocasionam efeitos negativos, colocando em promiscuidade pessoas de condutas heterogêneas, negativas para agentes de delitos de pequena monta, ou que eventualmente hajam praticado o ilícito.

A suspensão condicional de execução da pena tem o mérito de impedir os malefícios apontados, e reconhecidos por todos quantos tratam da matéria. Demais a experiência recomenda a manutenção do instituto, em virtude do que o Código o conservou. Todavia, registre-se, com alterações a fim de os resultados positivos serem ampliados e preservados. Assinale-se, o condenado não deve ser passivo, no sentido de pura e simplesmente aguardar o transcorrer do tempo da pena; cumpre-lhe desenvolver atividade individual e socialmente relevante, o que justifica o Estado suspender a execução; com isso, não há a retirada da pessoa do convívio social; lembre-se, o ensinar a conviver deve ser ministrado na sociedade que exige comportamento segundo normas de conduta por ela impostas, que se assimila participando de sua cultura. O "sursis" não se estende às penas restritivas de direito nem a patrimonial; de outro lado, a condenação da pena privativa de liberdade não poderá ser superior a dois anos. Até aqui, há coincidência com a legislação atual, consoante a redação da Lei nº 6.416/77. Não foram, no entanto, esquecidos os requisitos de ordem subjetiva, vale dizer, características pessoais; em primeiro lugar, o beneficiário não será reincidente em crime doloso, a não ser que ocorra uma das hipóteses que o próprio Código exclui, a relevância da pluralidade de condenações para o efeito da recidiva discriminada no art. 64. Só alcançará sua finalidade, se as circunstâncias, os motivos determinantes, os antecedentes, a personalidade e conduta social do condenado autorizarem a concessão do benefício. Caso contrário, sobre ser inócuo o benefício, constituir-se-ia em fator criminógeno, incentivo à criminalidade. A condenação anterior à pena de multa não impede a concessão do benefício (art. 77, § 1º).

A suspensão, segundo o poder discricionário do magistrado, será por dois a quatro anos, em cujo período de prova, o condenado deverá prestar serviços à comunidade, conforme dispõe o art. 46, ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 48), a não ser que o Juiz, desde que o condenado seja primário e haja reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, considere aconselhável substituir aquelas tarefas por uma das seguintes condições: proibição de frequentar determinados lugares; proibição de ausentar-se da Comarca onde reside, sem autorização do Juiz; comparecimento pessoal e obrigatório a Juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Observa-se, a suspensão condicional da execução da pena não é liberalidade oca, mas forma séria e eficiente de modo a repercutir no condenado, fazendo-o sentir a pena, através das condições impostas. Pode-se dizer, é liberdade com responsabilidade. Em virtude de a personalidade do condenado ser analisada pelo Juiz, torna-se impossível relacionar exaustivamente as condições aconselháveis a cada caso; por isso, além das discriminadas, outras poderão ser impostas, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado. A criatividade do magistrado será de grande importância, a fim de apreender as características de cada condenado, adaptando-as às exigências da disciplina social.

A suspensão, por ser condicional, será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário for condenado, em sentença irrecorrível, por crime doloso, ou frustrar, embora solvente, a execução da pena de multa, ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano, ou descumprir a condição do art. 78, § 1º, isto é, a prestação de serviços à comunidade, ou a limitação de fim de semana. De outro lado, haverá revogação facultativa se o condenado não cumprir outra condição imposta, ou for irrecorrivelmente condenado, por crime culposo ou por contravenção, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direito. Neste caso, em vez de revogar o benefício, o Juiz poderá prorrogar o período de prova até o máximo, se não foi este o fixado. De outro lado, se o beneficiário estiver sendo processado por outro crime, considera-se prorrogado o prazo até o julgamento definitivo. Expirado o prazo, sem revogação, será declarada extinta a pena privativa de liberdade.

Livramento condicional

28. O livramento condicional tem a ideologia da suspensão condicional da execução da pena.

Restrito à pena privativa de liberdade, igual ou superior a dois anos, observados requisitos objetivos e subjetivos (cumprimento de mais de um terço da pena, se o réu for primário em crime doloso e de bons antecedentes; mais da metade, se reincidente em crime doloso, comprovação de bom comportamento, durante a execução da pena, aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto e reparação do dano causado pela infração, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo).

O livramento condicional, ao contrário da suspensão condicional da pena, pressupõe cumprimento de parte da condenação, submetendo-se o condenado a período de prova em contato direto com a sociedade em que vai viver.

Com o intuito de facilitar a concessão do instituto, somam-se as penas dos delitos cometidos.

A sentença concessiva estabelecerá as condições a que fica subordinado o livramento, remetendo-se à criteriosa discricção do juiz a sua espe-

cificação, visando a que o condenado demonstre sua adaptação às normas de conduta.

O Código, mais uma vez preocupado com a criminalidade violenta, já em proporções que inquietam todos os países, introduziu condição especial para a concessão do benefício para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa (art. 83, parágrafo único), isto é, a verificação da cessação das causas que o levaram a delinquir vale dizer, constatação do desaparecimento dos fatores que atuaram para que a pessoa cometesse o crime. Exemplificativamente, se o agente pertence a um grupo organizado para a prática de delitos e ainda não foi dissolvido, ou outras causas, mesmo de natureza antropológica ou econômica.

Evidentemente, por sua estrutura, o instituto é revogável. O Código, porém, com o intuito de assegurar o equilíbrio entre o interesse social e o individual, estabelece apenas um caso de revogação compulsória, ou seja, se o liberado vier a ser condenado à pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível, por crime cometido durante a vigência do benefício, ou por crime anterior, observado o disposto no art. 84. A revogação será facultativa se a condenação, com trânsito em julgado, impuser pena que não seja privativa de liberdade, ou liberado deixar de cumprir qualquer das condições impostas.

Revogado o livramento, não poderá ser novamente concedido. A razão se evidencia: o liberado, com seu comportamento, dá eloquente demonstração de não estar em condições de retornar ao convívio social. Não se descontará, porém, na pena o tempo em que o condenado esteve solto; caso contrário, a revogação seria praticamente inócua, estimulando a criminalidade. É evidente, o mesmo raciocínio não se aplica se a revogação resultar de condenação por crime cometido anteriormente à concessão do benefício.

A extinção da pena será declarada se, até o término do período de prova, o benefício não for revogado, com uma exceção, isto é, enquanto não passar em julgado a sentença em processo a que responde o liberado, por crime cometido na vigência do livramento.

Efeitos da condenação

29. O Capítulo – Dos efeitos da condenação – apresenta outra estrutura, doutrinariamente mais perfeita. O Código suprimiu o capítulo que no Código vigente tem o *nomen iuris* – Das Penas Acessórias. CERNICCHIARO⁽²²⁾ observou que a literatura ainda não se demorou no tema a fim de, com precisão, retratar a natureza jurídica do instituto. Não revela as características de sanção penal, dada a impossibilidade de ajustá-las, em sua maioria, aos princípios constitucionais, ressaltando-se a individua-

(22) CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Penas Acessórias. *Ciência Penal*, nº 2, 1979.

lização da pena, que não atua, por exemplo, na perda de função pública, resultante da qualidade e quantidade da pena e na publicação da sentença, cujo pressuposto é o interesse público, uada influenciando as características do agente. Substancialmente, são efeitos da sentença condenatória, de natureza civil, administrativa ou política, que não se descaracterizam porque indicados no Código Penal. A Comissão elaboradora transferiu para o rol de penas o que o texto vigente denomina "interdições de direito" e conferiu o *nomen iuris* exato ao instituto.

O Código distingue efeitos genéricos e específicos. Os primeiros re-produzem o Código atual, ou seja, I — tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; II — a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso. Os outros arrolados no art. 92 correspondem à inovação, acolhendo hipóteses que hoje são chamadas "penas acessórias", ajustadas sempre ao princípio *nullum crimen sine culpa*, que acarreta permanente preocupação de análise do grau de reprovabilidade ao delin-quente. A relação é a seguinte: I — a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, nos crimes praticados com abuso de poder ou viola-ção de dever para com a Administração Pública quando a pena apli-cada for superior a quatro anos; II — a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado; III — a ina-bilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

Registre-se, e é importante, os efeitos específicos não são automáticos, vale dizer, resultantes da aplicação da pena; só ocorrerão se forem reco-mendados, tendo em vista os pormenores do fato e do sujeito ativo, em razão do que estatui o disposto no parágrafo único do art. 92, "devendo ser motivadamente declarados na sentença". Nunca é demais repetir, o Código tem como linha de princípio eliminar qualquer pena que seja meramente formal.

Reabilitação

30. A reabilitação, no Código anterior estava arrolada entre as causas de extinção da punibilidade (art. 108, VI). A redação inicial estatua que extinguirá a pena de interdição de direito, concedida após o decurso de quatro anos, contados do dia em que terminava a execução da pena prin-cipal, ou da medida de segurança detentiva. Adotara o modelo suiço-italiano, benefício que, nas palavras da Exposição de Motivos era con-cedido ao condenado que, depois de recuperada a liberdade, revelasse constância de boa conduta e houvesse reparado o dano causado pelo crime. Os efeitos operam-se *ex nunc*, conforme o método tradicional, e não

conforme sugerira DELAQUIS, *ex tunc*, apagando, além disso, todas as conseqüências da condenação.

A Lei nº 5.467, de 5 de julho de 1968, conferiu disciplina diferente, ampliando o campo de incidência e deu ao art. 119, *caput*, a seguinte redação: "A reabilitação alcança quaisquer penas impostas por sentença definitiva". E o art. 748 do Código de Processo Penal explicita o seu efeito, isto é, a condenação não ser mencionada na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitada por Juiz criminal.

JAIR LEONARDO LOPES ⁽²³⁾ estudioso do instituto, acentuou as injustiças que a disciplina de 1940 acarretava, assinalando que eram favorecidos os que sofriam penas mais severas e prejudicados os que recebessem sanções mais brandas. Exemplificou com a hipótese do reincidente condenado a dez anos de reclusão e declarado, por doze anos, incapacitado para investidura em função pública; reabilitar-se-ia cumpridas as condições legais, extinguindo-se a interdição, e em conseqüência, nenhuma notícia do ilícito criminal seria considerada em sua folha de antecedentes e respectivas certidões. Outro, porém, o tratamento a reincidente condenado à pena de detenção, prisão simples ou de multa, se não sofresse interdição de direito, isto é, não seria reabilitado; a condenação sempre constaria em certidões, permanecendo na folha de antecedentes. E mais. Os beneficiários do "sursis" e do livramento condicional estavam à margem do benefício, mesmo que imposta interdição de direitos.

A Lei nº 5.467/68 corrigiu, em parte, essas anomalias, dispondo que a reabilitação poderá ser requerida decorridos cinco anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena principal ou terminar sua execução e do dia em que terminar o prazo da suspensão condicional da pena ou do livramento condicional. Mantido, no entanto, o seu efeito.

O Código registra tratamento diferente e o art. 93 dispõe *in verbis*:

"A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre seu processo e condenação."

Evidencia-se, não leva o destino de mero cancelamento de anotações na folha de antecedentes e a proibição de serem expedidas certidões registrando o delito. A compreensão da norma impõe atenção ao que reza o parágrafo único do mencionado artigo:

"A reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no art. 92, deste código, vedada reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo."

(23) LOPES, Jair Leonardo. *Da Reabilitação*. (Seminário sobre a Reforma Penal, Goiânia, 1981.)

Em face do novo sistema, a reabilitação deve ser analisada quanto às penas e aos efeitos da condenação.

A *extinção* no caso não significa o cancelamento jurídico dos antecedentes criminais, mas poderá atingir também os efeitos da condenação com exceção de dois. A reabilitação, todavia, está sujeita a uma condição: desde que não seja revogada, que ocorrerá de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, se a pessoa reabilitada for condenada, como reincidente, por decisão definitiva, a pena que não seja de multa (art. 95). Nesse ponto, continua a ser seguido o modelo italiano, vez que não extingue o crime nem a pena, mas é um obstáculo a efeitos da condenação, acrescentando-se o sigilo de que trata o art. 93. Em virtude de não ser causa de extinção da punibilidade, foi retirada do Capítulo em que estava no texto revogado, posta agora em lugar adequado, ou seja, no Título V — Das Penas. O instituto só poderá ser deferido após dois anos de extinta a pena, ou terminada a sua execução, atendidas as exigências dos incisos do art. 94.

O Código, cautelosamente, impõe que o condenado demonstre com seu comportamento posterior ao cumprimento da pena, ou de sua extinção, estar adaptado às exigências sociais de conduta. Só isso justifica o tratamento diferente e de indiscutíveis benefícios.

De outro lado, a fim de favorecer o beneficiado com o “sursis” e o livramento condicional, concedidos porque circunstâncias demonstram a conveniência de o réu não ser recolhido para o cumprimento da pena privativa de liberdade, ou de o condenado haver demonstrado estar em condições de retornar ao convívio social, a contagem do tempo para a postulação do benefício inclui também o período de prova da suspensão condicional e do livramento condicional, se não sobrevier revogação. Caso assim não fosse, ocorreria odiosa desigualdade. Se duas pessoas fossem condenadas a um ano de pena restritiva de liberdade, e uma, porque não satisfizesse as condições do “sursis”, cumprisse a pena, e a outra, beneficiada com a suspensão pelo prazo de dois anos, aconteceria o seguinte: o prazo para a reabilitação, no primeiro caso, fluiria após um ano da condenação, ao passo que, no segundo, depois de vinte e quatro meses. Haveria contradição: o condenado de melhor comportamento teria que esperar mais tempo para pleitear o benefício!

As condições para a concessão estão relacionadas: domicílio no país, no período de prova; demonstração, durante esse tempo, de efetivo e constante bom comportamento público e privado; ressarcimento do dano causado, salvo absoluta impossibilidade de fazê-lo até o dia do pedido, ou comprovação de renúncia da vítima ou novação da dívida.

Negada a reabilitação, poderá ser requerida, a qualquer tempo, desde que o pedido seja instruído com novos elementos comprobatórios dos requisitos necessários.

Das medidas de segurança

31. As medidas de segurança constituem uma das contribuições da Escola Positiva e adotadas como conciliação no Código ROCCO, que tanta influência exerceu nas legislações modernas. Ao lado da pena, cujo pressuposto é a culpabilidade, foram adotadas, tendo como antecedente a periculosidade. Notadamente o duplo binário ganhou adeptos, e o Código Penal de 1940, entre nós, promoveu a consagração legislativa.

Não se despreza a experiência jurídica na elaboração de leis. Esta advertência é particularmente sensível às medidas de segurança. Até hoje não se implantaram as condições físicas para a sua aplicação integral. De outro lado, e esta observação também importa, as presunções fáticas, cada vez mais, são rejeitadas pelos penalistas, e com veemência, as relativas à probabilidade de alguém cometer infração penal. Periculosidade não se presume, ao contrário, é estado que existe, ou não. O Código suprimiu as hipóteses de presunção de periculosidade dos imputáveis e reelaborou verticalmente a sistemática do instituto; retirou sua aplicação ao imputável. Somente os inimputáveis que hajam cometido fato definido como crime serão submetidos às medidas de segurança, com exame específico de averiguação da periculosidade, que se evidencia pela conduta, formalmente ilícito penal, não havendo a aplicação da pena em virtude das características pessoais do agente; constitui a resposta jurídica a quem incide no campo da ilicitude, entretanto, sem cunho retributivo, marcadamente terapêutica e pedagógica. Aqui, impõe-se um registro: se ao fato for cominada pena de detenção, poderá o Juiz determinar, em vez de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, sujeição a tratamento ambulatorial (art. 97). Ao contrário do que sucedia, eis que no Código de 40, o quase crime (ajuste, determinação ou instigação e o auxílio, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado — art. 27) e o crime impossível (art. 14) ensejavam a imposição de medida de segurança, o novo Código só a aplica *post delictum* (exceto o caso de conduta de inimputável).

A matéria é regida pelo princípio da legalidade; embora as medidas de segurança não tenham o cunho de retribuição, praticamente restringem o exercício do direito de liberdade, recomendando-se, por isso, parcimônia na aplicação do instituto. Restringiu-se o respectivo rol, reduzido a duas modalidades — internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou, à falta, em outro estabelecimento adequado e a sujeição a tratamento ambulatorial.

As medidas de segurança, por suas características, devem ser impostas por prazo indeterminado, durando enquanto persistirem as causas que a recomendaram, cujo mínimo, todavia, será fixado entre um e três anos. Evidentemente, ainda que seja, nesse período, averiguada, mediante perícia médica, a cessação da periculosidade, serão suspensas imediatamente. A fim de resguardar o direito do internado, estatui o disposto no art. 97,

§ 2º: "A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida, de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o Juiz da execução". E a desinternação, ou liberação, é sempre condicional, devendo ser restabelecida a situação anterior, se o agente, antes do decurso de um ano, praticar fato indicativo de persistência da periculosidade (§ 3º do art. 97).

Há, no art. 99, proclamação de direitos do internado, recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares, onde será submetido a tratamento.

Da ação penal

32. A Comissão redatora opinou pela manutenção do tema — Ação Penal. Há respeitáveis vozes que, após a nítida separação entre o direito material e o direito instrumental, postulam a sua retirada, deixando-a apenas à disciplina do Código de Processo Penal, de que é exemplo ROGÉRIO LAURIA TUCCI. Não só razões históricas recomendam a manutenção; além de não constituir mera repetição, eis que não se volta para o procedimento, o instituto é repetidamente referido na lei penal, eis que casos há em que a lei exige a representação do ofendido, a requisição do Ministro da Justiça, ou a promoção da queixa, discriminação que não é elaborada pelas leis processuais.

O Código fundamentalmente mantém o sistema revogado, que, diga-se, reflete orientação de outros países; todavia, corrigiu anomalia técnica, herdada do Código Criminal de 1830, como observa CANUTO MENDES DE ALMEIDA, em cuja época se apresentava a distinção entre crimes públicos e crimes particulares, e outra de nível processual, conforme fosse ou não permitido o exercício do direito de ação ao Estado, ou a qualquer pessoa. É sabido, e LEONE disserta com autoridade, dado o caráter publicístico do processo e a ação como direito público subjetivo, não se justifica a classificação entre ação penal pública e ação penal privada. Toda ação é pública, o que se distingue é a iniciativa de seu exercício, promovida pelo Estado-Administrativo (Ministério Público e excepcionalmente a autoridade policial, nas contravenções penais e consoante o disposto na Lei nº 4.611/65), ou pelo ofendido ou seu representante legal. Em face disso, faz-se a correção com o registro de ação pública, e ação pública de iniciativa privada.

Não se agasalhou a opinião de se deixar ao critério da vítima a perseguição do delinquente, dado o direito penal proteger valores no interesse da coletividade, e só indiretamente o próprio ofendido. Em perspectiva lógico-formal procede o argumento, contudo razões de política criminal recomendam a distinção. Muitas vezes, o Estado, em atenção a valores de relevo, renuncia ao exercício do *ius perseguendi*, de que são exemplos várias causas extintivas, ou de exclusão de punibilidade. Na mesma linha de raciocínio, a preservação da privacidade, ou do pudor,

cada vez mais reconhecida como direito. Em atenção a tais particularidades e outras semelhantes, cumpre sacrificar-se a justiça material. O respeito ao homem exige também restrição ao poder de punir.

Em outro terreno polêmico, o Código manifestou opção, ou seja, quanto à ação pública de iniciativa privada subsidiária. Trata-se de salutar controle externo ao Ministério Público, se não oferecida a denúncia no prazo legal. Essa orientação fora conservada no anteprojeto TORNAGHI, não seguida no projeto FREDERICO MARQUES. O instituto é distinto da recusa de oferecimento de denúncia; neste caso, o órgão da acusação não se mantém inerte, deixando, porém, de reconhecer os elementos necessários para imputar a infração a alguém.

Outro ponto deve ser ressaltado: não foi contemplado o chamado procedimento *ex officio*. Cumpre fazer-se nítida distinção entre a acusação (Poder Executivo) e o julgador (Poder Judiciário). Não é de boa técnica, nem recomendável o órgão judiciário tomar a iniciativa de promover a ação penal, bem como que tal atribuição seja própria do Ministério Público.

A ação pública de iniciativa privada é direito do ofendido, de seu representante legal, e no caso de morte da vítima, ou se declarada ausente por decisão judicial, transfere-se ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

A redação da norma referente à ação penal no crime complexo, que tanta celeuma causou no Código anterior, é simples e precisa, *in verbis*: "Quando a lei considera como elemento ou circunstância do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público" (art. 101).

O crime complexo é unidade jurídica, cujos componentes, vistos isoladamente, são definidos como infração penal. Nesse caso, se em relação a qualquer deles, fosse mantida a autonomia, atuaria o Ministério Público como *dominus litis*, dado que a ação penal, como regra, é pública incondicionada. O estupro serve de ilustração, com a autoridade da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; em havendo lesão corporal grave, em razão de violência, como a ofensa à integridade física é crime de livre atuação do Ministério Público, também aquela o será.

Na ação penal pública condicionada, isto é, dependente seu exercício da requisição do Ministro da Justiça, ou representação do ofendido, uma vez que o particular haja solicitado a atuação do órgão da acusação, será irretratável "depois de oferecida a denúncia". Com essa redação evitam-se os longos e tortuosos debates provocados pelo Código Penal de 1940 que, no art. 104, estabelece que a irretratabilidade ocorre depois de iniciada a ação. Simplifica-se sobremaneira o entendimento da lei, tomando-se como referência dado meramente cronológico.

O prazo da decadência do direito de queixa ou de representação foi mantido — seis meses —, contados do dia em que o respectivo titular souber quem é o autor do crime, ou, no caso de ação penal de iniciativa privada subsidiária, da data em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia.

De igual modo, são mantidas as normas que regem a renúncia do direito de queixa e o perdão do ofendido. A primeira ocorre quando houver prática de ato (expresso ou tácito) incompatível com a vontade de exercer a queixa. O segundo pressupõe ação penal em curso, cujo prosseguimento é obstado por comportamento (expresso ou tácito) do querelante de dar seqüência ao processo. E a fim de impedir malícia da vítima, que poderá chegar à extorção, o perdão concedido a qualquer dos querelados, a todos aproveita, mas, se concedido por um dos ofendidos (querelante), não prejudica o direito dos outros. Todavia, não produzirá efeito se o querelado o recusar.

Observe-se, a disponibilidade da ação penal de iniciativa privada, ou do prosseguimento da mesma, só é admissível até à sentença condenatória. A execução é sempre pública incondicionada.

Por derradeiro, dada a diferença dos efeitos penais e civis decorrentes do delito, há ressalva expressa de que o recebimento da indenização do dano causado pelo crime não implica renúncia do direito de oferecer queixa e logicamente também não traduz o *animus* do perdão.

Extinção da punibilidade

33. A *extinção da punibilidade*, em linhas gerais, obedece ao sistema do Código de 1940. Inicialmente, aprimorou-se a redação do art. 108, substituindo-se o vocábulo "ofendida" (incisos VIII e IX) por "vítima". Tecnicamente é apropriado, sabido que alguns crimes contra os costumes admitem o homem como sujeito passivo; emprega termo abrangente de ambos os sexos, ensejando que a expressão literal expresse nitidamente a extensão da norma. Em segundo lugar, atento à finalidade de extinguir-se a punibilidade pelo casamento da vítima com terceiro, se o crime for cometido sem violência ou grave ameaça, que é o resguardo da pessoa ofendida, não só a ação penal deve ser encerrada, mas ainda o prosseguimento do inquérito policial, pois o que se visa é o término de qualquer investigação do fato, se não houver interesse da vítima. De outro lado, arrolou-se perdão judicial entre as causas discriminadas no art. 107. Deslocou-se para o *caput* do art. 108 o parágrafo único do art. 108 do texto anterior.

A *prescrição* segue a disciplina do Código de 1940, operando-se "antes de transitar em julgado a sentença final" (art. 109), ou "depois de transitar em julgado a sentença condenatória" (art. 110), ressalvada a hipótese de "sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusa-

ção, ou depois de improvido seu recurso” (art. 110, § 1º). No primeiro caso, é regulada pelo “máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime” (art. 109), e nos demais, “pela pena aplicada” (art. 110 e § 1º). A distinção do marco de referência atende aos motivos de existência da própria prescrição, isto é, do fato até o início do processo criminal, ou da decisão jurisdicional não deve decorrer tempo tão longo, que faça desaparecer o interesse de punir, seja pela cessação do clamor público do delito, ou a presunção de que o agente não repetirá a conduta vedada; enquanto não definida a sanção concreta, a pena cominada serve de parâmetro, contudo, promovida a fixação, esta, e não mais aquela, será a referência para a extinção da punibilidade. A primeira é genérica, ao passo que a segunda própria e específica à imputação. A prescrição com base na pena *in concreto* é a principal, e a baseada na pena *in abstracto* subsidiária, vale dizer, prevalece enquanto não for definida a outra. Essa ilação se apóia não só no confronto da natureza dos institutos, como também no § 1º do art. 110: “A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada”. Tais considerações buscam registrar que o *quantum* da condenação serve de referência para o cálculo da integridade do direito de punir, que fenece por não haver sido promovida a ação criminal, ou não encerrado o processo entre duas causas interruptivas da prescrição, valendo como referência da quantidade da condenação. Daí alguns autores denominarem essa modalidade “prescrição retroativa”, isto é, computado o tempo decorrido entre o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação e a última data de interrupção da prescrição. Em verdade, a sentença fixa a pena aplicável ao fato *sub judice*, entretanto, prolatada quando já alcançado pela prescrição o direito de punir.

Os prazos são comuns (art. 109), aumentados de um terço, se o condenado for reincidente, na hipótese de prescrição depois do trânsito em julgado da sentença condenatória. Tais prazos aplicam-se ainda às penas restritivas de direito (art. 109, parágrafo único). Ocorrem duas exceções: quanto à multa, que se opera em dois anos, se for a única cominada, só ela aplicada, ou ainda não cumprida (art. 114), e no caso de evadir-se o condenado ou de revogar-se o livramento condicional, cujo período é o restante da pena (art. 113). Reduzidos de metade se o criminoso era, ao tempo do crime, menor de vinte e um anos, ou maior de setenta, na data da sentença (art. 115).

Assinale-se, o Anteprojeto, tomando posição em divergência doutrinária, com o intuito de impedir dúvidas de interpretação, não admitia que a prescrição tivesse por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa. Emenda, na Câmara dos Deputados, no entanto, conferiu a redação do § 2º do art. 110. Consagrou-se jurisprudência, há alguns anos, esboçada no Supremo Tribunal Federal, admitindo o referido termo *a quo*.

Os termos iniciais da prescrição, coerentes com a natureza do instituto são: o dia em que o crime se consumou; no caso de tentativa, de quando cessou a atividade criminosa; nos crimes permanentes, da cessação da permanência; nos de bigamia e de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido (art. 111).

A interrupção e a suspensão são próprias do instituto, pontos, note-se, distintos da decadência. As respectivas causas, conforme estatuem os arts. 116 e 117, são as mesmas do Código Penal de 1940, entretanto, corrige uma omissão, isto é, não só a reincidência impede que a interrupção produza efeito relativamente a todos os autores do crime, mas também o "início ou continuação do cumprimento da pena" (art. 117, § 1º), porque, na pluralidade de condenados, a hipótese pode ser própria de um só ou de alguns, o que evidentemente, não poderá prejudicar os demais.

A absorção das penas mais leves também foi reproduzida (art. 118).

O art. 119 é novidade: agasalhou jurisprudência no Supremo Tribunal Federal, determinando, com acerto, que, no caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um isoladamente. A norma é lógica; caso fosse considerado o total da condenação, acarretaria prejuízo para o réu, transformando o favorecimento em prejuízo. O Verbete nº 497 da Súmula da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal dispõe: "Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação".

O perdão judicial há muito vem sendo pleiteado para figurar como causa geral de extinção da punibilidade, como, entre nós, já se manifestaram ESTHER FIGUEIREDO FERRAZ, RAUL CHAVES, CERNICCHIARO, JAIR LEONARDO LOPES. Adotado pelo Código Penal de 1969 (art. 107, V), que deixou, porém, de declarar os seus efeitos, restringindo-se a respectiva Exposição de Motivos a explicar: "não se julgou necessário esclarecer que, no caso de perdão, deve o Juiz abster-se de condenar, julgando presentes os pressupostos da condenação; abstém-se neste caso o Juiz de proferi-la, declarando extinta a punibilidade pelo perdão" (nº 36).

A Comissão Revisora reputou conveniente, em face da polêmica da doutrina, seja quanto à natureza jurídica da sentença (declaratória, ou condenatória), bem como se o Juiz deve aplicar a pena, afirmando a extinção a seguir, ou reconhecer o crime, sem se preocupar com a *sanctio iuris*. O tema não é meramente acadêmico, repercutindo, entre outros aspectos, na primariedade.

Adotou-se a melhor orientação. O perdão é do crime, ou seja, o Estado, em virtude das peculiaridades do fato e do agente, por política criminal, prefere, na espécie, não conferir relevância jurídico-penal ao caso. Todavia, como só se perdoa a quem haja cometido o ilícito, a anti-

juridicidade da conduta precisa ser averiguada a fim de concluir se verdadeira a imputação. Não se perdoa o inocente. Demais, o réu tem direito à sentença de mérito, que poderá reconhecer a absolvição plena, preferível e que deve anteceder a qualquer espécie de extinção da punibilidade.

Artigo 2º

34. O art. 2º do Código harmoniza a redação da parte especial do Código Penal e as leis especiais ao sistema da pena de multa, determinando cancelar qualquer referência a valores de multa, substituindo, de outro lado, a expressão "multa de" por "multa".

Artigo 3º

35. Todas as leis devem ser eficazes; urge aos Estados, Distrito Federal e Territórios, dentro de um ano, tomar as providências necessárias para a efetiva execução das penas restritivas de direitos. Não faz sentido alterar-se a legislação sem que seja cumprida; é preciso unir o normativo ao fático.

O Código não poderia deixar de prever todas as hipóteses de aplicação, até mesmo eventual dificuldade de implantação do novo sistema. Daí o parágrafo único do art. 3º: "Nas Comarcas onde ainda não for possível a execução das penas previstas nos incisos I e III do art. 43 do Código Penal, poderá o Juiz, até o vencimento do prazo de que trata este artigo, optar pela concessão da suspensão condicional, observado, no que couber, o disposto nos arts. 77 a 82 do mesmo Código.

Artigo 4º

36. O Poder Executivo fará publicar o Código Penal com seu texto atualizado.

Artigo 5º

37. A *vacatio legis* foi fixada em seis meses, prazo bastante para o conhecimento do novo Código Penal. O Código, mais do que qualquer outro congênere, foi democrática e amplamente debatido em Universidades, Tribunais, Institutos e Associações de Advogados, Magistrados, Membros do Ministério Público, na Escola Superior da Magistratura, amplamente analisado na imprensa e revistas especializadas e em inúmeros encontros de professores, entre os quais, exemplificativamente, merecem registro: 1º Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária (Brasília), Seminário sobre a Reforma Penal (Goiânia), (Belo Horizonte), Reforma do Sistema Criminal Brasileiro (Campo Grande), I Jornada Maranhense de Direito Penal (São Luís) e I COMAGO (Anápolis).

Necessidade de uma nova ordem internacional-nacional da Justiça Criminal (1)

Prof. MANUEL LÓPEZ-REY

Presidente do Comitê para Prevenção do
Crime e Justiça Criminal das Nações Unidas

Tradução de

ARMIDA BERGAMINI MIOTTO

Coordenadora do Curso de Especialização
em Direito Penitenciário da Faculdade de
Direito da Universidade Federal de Goiás

Há anos que as Nações Unidas vêm frisando a necessidade de uma nova ordem internacional-nacional da Justiça Criminal, intimamente relacionada com o desenvolvimento internacional-nacional, de sorte a mais efetiva e humanamente enfrentar o fenômeno sócio-político do crime, que não mais pode ficar restrito a algumas modalidades de crimes comuns. Ao contrário do que às vezes tem sido dito nas Nações Unidas, o crime atinge mais seriamente os países em desenvolvimento do que os desenvolvidos. Sem dúvida, os últimos dados estatísticos apresentados demonstram, em muitos casos, um constante

(1) Título original: **The Need of a New International-National Criminal Justice Order.**

aumento das mais violentas formas de crimes; entretanto, nos países em desenvolvimento, que raramente oferecem estatísticas fidedignas, o crime resultante do abuso criminoso do poder político é muitíssimo mais sério e produz mais vítimas. O recente relatório das Nações Unidas, **Execuções sumárias e arbitrárias** ⁽²⁾, publicado pela Comissão de Direitos Humanos, dá a conhecer que, de acordo com dados bem verificados, serenamente avaliados, o número de “pessoas desaparecidas” nos últimos quinze anos, em países em desenvolvimento, não é inferior a dois milhões. Em não poucos casos, nos últimos cinco ou seis anos, o número deles ultrapassa muito o dos homicídios registrados nos mesmos países durante os últimos trinta anos. A análise de outros documentos atinentes à matéria confirma que não menos de sessenta países estão comprometidos em fatos criminosos de “pessoas desaparecidas”. Em alguns, o número de pessoas que, sem as devidas garantias legais, têm sido sumariamente executadas, sobe a centenas por ano. Com muita freqüência, os desaparecimentos e as execuções são precedidos de torturas e tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, ou castigos e agressões — fatos esses que, mesmo quando se tornam conhecidos, raramente são denunciados perante a Justiça Criminal, a qual, aliás, não passa, amiúde, de instrumento do regime ditatorial existente. Pela sua Resolução 1983/24, o Conselho Econômico e Social solicitou ao Secretário-Geral que procurasse obter informações dos Estados-Membros e outras possíveis fontes, quanto à realidade a respeito de execuções sumárias.

Hoje em dia, os crimes econômicos — em que freqüentemente estão implicados políticos e altos funcionários, bem como multinacionais, particularmente (porém não somente) no que se refere a aprovação e execução de planos de desenvolvimento — também conduzem à perpetração de outros crimes, entre os quais a perseguição e esbulho de minorias nacionais, por forças militares, paramilitares e até mesmo forças armadas privadas. A esse respeito, o estudo de documentos concernentes a entidades transnacionais demonstra que o acesso aos problemas relacionados com as suas atividades é extremamente limitado. Menção especial pode ser feita dos seguintes documentos: **Entidades transnacionais. Material para a elaboração de um código de conduta** ⁽³⁾, e **Estudos a respeito dos efeitos das operações e praxes das entidades transnacionais** ⁽⁴⁾.

O terrorismo internacional, em que governos e organizações diversas estão implicados, tem-se difundido, o que é, em parte, devido

(2) **Summary and Arbitrary Executions.** E/CN.4/1983.

(3) **Transnational Corporations. Material for the Formulation of a Code of Conduct.** E/C.10/18, 1977.

(4) **Studies on the Effects of the Operations and Practices of Transnational Corporations.** E/C.10/1983/13.

à falta de cooperação internacional e, em parte, à incapacidade dos sistemas penais, de arrostar a situação. Numerosos relatórios têm sido feitos, alguns deles muitíssimo mais interessantes e valiosos do que muita literatura criminológica. O específico relatório do Comitê *ad hoc* ⁽⁵⁾ e, mais recentemente, o do Secretário-Geral ⁽⁶⁾, demonstram que o terrorismo é tão-somente uma modalidade de crime comum, sendo que não poucas vezes o terrorismo nacional é patrocinado internacionalmente, inclusive por alguns governos, e que o terrorismo governamental — entre cujas manifestações estão as “pessoas desaparecidas” e as execuções sumárias — costuma permanecer impune, apesar dos esforços dos sistemas penais atingidos. Em resumo, existe atualmente um terrorismo que vem de cima e outro que vem de baixo, sendo que a principal conclusão a que se chega é que, em nenhum dos casos, se justifica atribuir (ao autor dos fatos) os privilégios de que goza o criminoso político.

A análise do **Projeto de Código de Delitos Contra a Paz e a Segurança da Humanidade** ⁽⁷⁾ e o primeiro relatório a respeito do mesmo Projeto ⁽⁸⁾ comprovam que quaisquer que sejam as complicações da terminologia internacional, criada no século XIX, os numerosos crimes cometidos têm-no sido por pessoas individualmente, e não pelo Estado, não passando, as freqüentes referências que a ele são feitas, de algo mais que um ardil legal para assegurar a impunidade de muitos crimes graves, entre eles agressões e novas formas de colonialismo evidentes.

O exame das discussões a respeito do **Projeto de um Acordo Internacional sobre Pagamentos Ilícitos** ⁽⁹⁾, atualmente habituais em transações da maior importância efetuadas tanto em países desenvolvidos quanto em desenvolvimento, bem como os relatórios da Comissão para Entidades Transnacionais ⁽¹⁰⁾, revelam a sutileza que existe nessas transações, nas quais corrupção, prevaricação, violação de direitos humanos e outros fatos criminosos são evidentes, mas permanecem impunes. A produção ilícita e o tráfico de drogas, em regra bem organizados, não têm diminuído, o que, um pouco, se deve à cumplicidade de altos funcionários civis e militares, que não levam em consideração que seu país é parte nas Convenções Internacionais sobre

(5) A/34/37/1979.

(6) A/36/425/1981.

(7) **Draft Code of Offenses against the Peace and Security of Mankind**. A/36/535, 1981.

(8) A/CN.4/364, 1983.

(9) **Draft of an International Agreement on Illicit Payments**.

(10) **Commission on Transnational Corporations**.

Drogas Narcóticas. A leitura de **Abuso de Drogas e Medidas para Reduzir a Demanda Ilícita** ⁽¹¹⁾, e dos relatórios da Divisão de Drogas Narcóticas, o último dos quais corresponde à sessão de 1982, indica que as respostas fornecidas por alguns governos contradizem os fatos denunciados contra eles e seus cúmplices, e que muito diminuto há de ser o progresso na contenção do abuso de drogas, enquanto os traficantes gozarem da proteção de funcionários de altas e baixas categorias, em certos países onde existe produção ilegal.

Quanto à tortura e outros tratamentos ou castigos cruéis, desumanos ou degradantes, a **Declaração** contra eles, adotada pela Assembleia Geral em 1975 e o **Código de Conduta dos Funcionários Encarregados da Observância da Lei** ⁽¹²⁾, de 1979, não impediram a sua prática em muitos países que, na sua maioria, são partes nas Convenções de 1966 sobre direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos. O mesmo ocorre quanto aos **Princípios de Ética Médica** ⁽¹³⁾, cuja adoção, em 1982, confirma que os princípios já existentes, incorporados nas normas reguladoras da profissão médica, sempre foram totalmente ignorados em vários países, lá se cometendo tortura e se aplicando certos tratamentos e castigos, entre os quais o assim chamado "tratamento psiquiátrico". Realmente, a análise do **Relatório do Grupo de Trabalho a respeito de um Projeto de Convenção contra Tortura e Tratamentos Similares** ⁽¹⁴⁾ patenteia a magnitude das questões abrangidas, uma das quais é a urgente necessidade de uma jurisdição internacional, que não se confunde com a instalação de um tribunal internacional, já preconizada pelos defensores de um obsoleto direito penal internacional. Com efeito, essa sugestão já fora feita na reunião do Comitê para Prevenção do Crime e Justiça Criminal, mas as delegações de países desenvolvidos e em desenvolvimento a ela se opuseram, com o fundamento de que feria a soberania dos Estados.

Desde 1950, a Divisão de Direitos Humanos tem frisado, segundo decisões da correspondente Comissão, a freqüente violação criminosa dos direitos humanos. O último documento sobre o assunto, tratando também da independência e imparcialidade do Judiciário, dos jurados, dos assessores dos juizes, e dos advogados ⁽¹⁵⁾, registra que a sua proteção, tanto quanto a necessária independência e imparcialidade, estão faltando na maioria dos países. Uma das razões — não mencionada nos relatórios — é que de cento e sessenta países independentes tão-

(11) **Drug Abuse and Measures to Reduce Illicit Demand**. E/CN.7/640, 1979.

(12) **Code of Conduct of Law Enforcement Officers**. 1979.

(13) **Principles of Medical Ethics**.

(14) **Report of the Working Group on a Draft Convention against Torture and Related Treatment**. E/CN.4/63, 1983.

(15) E/CN.41. Sub.2/1983, 11 and Add. 1 and 16.

somente uns vinte por cento são governados por regimes verdadeiramente democráticos.

Outros problemas — tais como o dos refugiados (que ultimamente têm aumentado em várias regiões), o do desenvolvimento tecnológico e da contaminação industrial, o do racismo e do **apartheid**, o da privação do direito dos povos à autodeterminação, o das agressões muitas vezes escondidas sob o pretexto de assistência, o do sempre maior número de crimes culposos em âmbitos diversos inclusive no trânsito e no trabalho forçado — contribuem para o grande aumento da criminalidade em muitos países. disso raramente se ocupando o respectivo sistema penal nacional.

Quanto aos crimes tradicionais as Nações Unidas têm tido minguado êxito nas suas tentativas de determinar a extensão e as tendências no mundo todo. Os obstáculos são muitos, mas os mais significativos são: a falta de estatísticas criminais em ponderável número de países; apesar de em alguns países existirem, os governos, embora por motivos políticos não percam ocasião de asseverar o constante decréscimo da criminalidade, se recusam a exibi-las; em outros casos, os dados fornecidos são incompletos ou não são fidedignos. A solicitação feita em 1975 foi atendida somente por quarenta por cento dos Países-Membros das Nações Unidas, e, ademais, só se referiam a uns poucos tipos de crimes comuns. Isso significa que as taxas mundiais dos crimes, assim como têm sido apresentadas, têm sido mais um exercício técnico do que expressão de uma real avaliação dos crimes comuns, e muito menos da criminalidade no seu sentido mais amplo e abrangente.

O funcionamento dos sistemas penais, na grande maioria dos países, está eivado, em diferentes graus, dos seguintes defeitos: a) a taxa das apurações feitas pela polícia tem declinado. A partir de 1980, em alguns países desenvolvidos, não tem ido além de trinta e cinco por cento; b) a morosidade da Justiça Criminal, em muitos países. Nos países em desenvolvimento, quarenta a oitenta por cento da população prisional aguarda julgamento por longo tempo; nos países desenvolvidos, são vinte a cinquenta por cento. Cá e lá, o número daqueles que estão aguardando julgamento é periodicamente reduzido, ora mais, ora menos, por meio de anistia ou de libertação de presos provisórios, após certo lapso de tempo; c) raramente é possibilitado trabalho à maioria dos presos condenados, e, na maior parte dos casos, a remuneração é mínima; d) as prisões estão geralmente superlotadas, e as novas, que vêm sendo construídas, muitas vezes têm capacidade para mais de quinhentos presos; e) na maior parte dos países, a inde-

nização às vítimas de crimes ainda depende das possibilidades financeiras dos delinquentes, em geral bem escassas, já que a maioria deles provém das camadas economicamente mais baixas; f) até mesmo em países desenvolvidos as verbas destinadas à Justiça Criminal são mínimas, se comparadas com a extensão da criminalidade, seus custos e a crescente falta de segurança e proteção que isso constitui. Um dos países cujas verbas são mais elevadas é a França, onde, em 1979, montavam a 3,33% do orçamento nacional.

Sem dúvida, em muitos países têm sido levadas a cabo reformas para melhorar a situação, embora raramente o tenha sido feito depois de cuidadosa avaliação de toda a estrutura do sistema penal e suas possibilidades. Na Europa, o caso da Espanha, após quarenta anos de franquismo, é um exemplo. O uso de medidas sem prisão e a cooperação da comunidade têm sido incrementados e estimulados. Em muitos casos, o pessoal merece louvores pelos seus esforços para manter os serviços penitenciários funcionando tão bem quanto possível; a tendência geral de reduzir as despesas, porém, acentuada pela presente crise econômica, torna tudo mais difícil. De qualquer modo, tendo em vista a cada vez mais grave e numerosa vitimização pelo crime, justifica-se plenamente a elevação das despesas com a Justiça Criminal, se comparadas com as que têm sido feitas com a defesa.

Uma das mais significativas características do nosso tempo é a progressiva politização do delincente comum, dia a dia mais cômico da existência de direitos humanos e da desigualdade dos sistemas penais que, na generalidade dos países, são muitíssimo mais destinados a ele do que aos delinquentes não comuns — continuando ele, no entanto, a pretender ser socialmente reabilitado ou reeducado.

Pelo exposto se vê que a despeito de algumas bem orientadas reformas e do grande uso, em vários países, de medidas sem prisão, os sistemas penais do nosso tempo pertencem, estruturalmente e funcionalmente, a uma sociedade industrial, substituída por uma pós-industrial, inclusive nos países em desenvolvimento. Certamente todos os países têm em comum alguns princípios fundamentais, cada um dos quais havendo já sofrido grandes modificações. Tal é o caso, entre outros, da família. A presunção de que em alguns países em desenvolvimento os valores e os costumes tribais possam ser utilizados em matéria de Justiça Criminal, pouco mais é do que uma ilusão sócio-política. Pode-se argumentar que o sistema penal dos países capitalistas difere daquele dos países socialistas, e que um é melhor do que o outro. Um cuidadoso estudo mostra que, sejam quais forem as suas diferenças, ambos estão estruturalmente enraizados no século XIX,

e que, em cada um deles, é uma diversa forma de poder — econômico num, político no outro — que desempenha o papel principal.

Desde o II Congresso para Prevenção do Delito e Tratamento dos Delinqüentes, realizado em 1960, as Nações Unidas têm procurado convencer os governos de que é necessário planejar acuradamente o sistema penal, em estreita conexão com o desenvolvimento nacional. Os resultados têm sido modestos, devido principalmente às recíprocas interferências de diversas formas de abuso do poder, na maioria dos países. O resultado mais tangível é que a vitimização criminal tem aumentado e que as tentativas para formular novas normas e diretrizes em matéria de Justiça Criminal, se reduzem a algumas recomendações — de ínfimo valor prático, aliás — adotadas no último Congresso. Ainda bem que, devido principalmente à iniciativa do Secretariado, a importante questão **Crime e Abuso do Poder: Delitos e Delinqüentes além do Alcance da Lei?** ⁽¹⁶⁾ foi trazida à arena internacional e deverá ser discutida no Congresso de 1985, como seqüência de **Vítimas de Crime** ⁽¹⁷⁾. Foi feita uma tentativa para verificar quais são as principais questões contidas na formulação de uma nova ordem de Justiça Criminal internacional-nacional ⁽¹⁸⁾, no contexto do desenvolvimento e de uma nova ordem econômica internacional ⁽¹⁹⁾. O assunto foi novamente discutido no começo de 1983, havendo-se chegado a muitas conclusões a respeito da relação entre desenvolvimento e prevenção do crime, maior sensibilidade do sistema de Justiça Criminal, irrestrito acesso a ele, e participação da comunidade.

Do exposto pode-se concluir que, enquanto as Nações Unidas estão fazendo o melhor que podem em matéria de política criminal, muitos governos, embora adotando as suas recomendações, raramente as põem em prática. O mais ostensivo exemplo é o das Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos, adotadas em 1955 (pela ONU), e cuja efetividade é ainda muito limitada.

Um dos principais obstáculos é que ainda prevalece a convicção de que por "crime" dever-se-ia entender principalmente, senão exclusivamente, o crime comum. Outro é a suposição de que o crime há de ser consideravelmente reduzido, senão mesmo eliminado, pelo melhoramento das condições materiais de vida. Um terceiro é que o

(16) **Crime and the Abuse of Power. Offenses and Offenders beyond the Reach of the Law?**

(17) **Victims of Crime.**

(18) **New International-National Criminal Justice Order — NINCJO.**

(19) **New International Economic Order — NIEO.**

abuso do poder político, econômico ou de qualquer outra natureza, até mesmo criminoso, deveria receber tratamento diferente ou privilegiado. Entrementes, o crime tem vicejado e, no fim do século XX, a liberdade, a igualdade, a dignidade e a segurança estão sendo consideravelmente menos protegidas do que no passado.

Estranhamente, enquanto em outros campos a sociedade pós-industrial contemporânea tem feito enormes progressos, a Justiça Criminal, apesar de freqüentemente rejuvenescida e melhorada, continua estrutural e formalmente o que era em fins do século XIX e começos do século XX, isto é, girando quase exclusivamente em torno do delinqüente. Correção, reajustamento, reeducação e coisas semelhantes, mas também repressão mais severa e pena capital, ainda estão sendo defendidas, e ainda são uma realidade. A denominada "política criminal e criminológica radical" fracassou, o que se deveu principalmente à sua orientação ideológica unilateral.

Estranhamente, o século XX não foi capaz de produzir um credo político melhor do que o do capitalismo e o do marxismo; essa lacuna explica por que perduram os sistemas penais obsoletos.

O fato é que o medo do crime, seja ou não o tradicional, é uma das principais características da sociedade contemporânea, notando-se que essa característica haverá de se acentuar num futuro próximo, se uma nova ordem de Justiça Criminal internacional-nacional não for instituída. Desnecessário é dizer que as reiteradas tentativas de trazer a comunidade para dentro do sistema penal haverão de ter resultados aqui e ali; enquanto, porém, o medo do crime persistir, os resultados da sua cooperação não corresponderão à expectativa. O mesmo se pode dizer do impreciso conceito de delinqüência juvenil, que não corresponde ao papel dos jovens na sociedade pós-industrial e ao rumo que, em muitos países, o processo de criminalização está percorrendo.

Os conceitos de desenvolvimento e de Justiça Criminal precisam de uma redefinição, mas isso tem sido impedido, em âmbito nacional como em âmbito internacional, por finalidades facciosas, em que o poder, de modalidades diversas, desempenha o papel principal. Nos tempos presentes, a tarefa primordial da Justiça Criminal consiste em verificar qual é o volume de crimes que uma determinada sociedade pode tolerar sem que a liberdade, a igualdade, a dignidade e a segurança sofram perturbações. Essa verificação significa, além do que já foi salientado, a elaboração e a instituição de uma ordem internacional-nacional de Justiça Criminal, para o que de nada adiantaria a modernização dos sistemas penais existentes.

Presos estrangeiros

— preocupação da ONU

ARMIDA BERGAMINI MIOTTO

Coordenadora do Curso de Especialização
em Direito Penitenciário da Faculdade de
Direito da Universidade Federal de Goiás

SUMÁRIO

- 1 — *Surgimento da questão e primeiras providências*
- 2 — *Evolução da questão, a par da maior mobilidade de pessoas e grupos*
- 3 — *Verificação com método científico:*
 - 3.1 — *Dados de realidade*
 - 3.2 — *Os problemas e as sugestões para a sua solução*
- 4 — *Repercussão da questão dos presos estrangeiros, desde a sua contemplação pelo V Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento dos Delinquentes*
- 5 — *Exame da questão feito pelas reuniões regionais preparatórias do VII Congresso*
- 6 — *O projeto de modelo de acordo a respeito de transferência de presos*
 - 6.1 — *Considerações da reunião inter-regional de Varenna (Itália), tendo em vista o projeto de modelo de acordo*
- 7 — *Observação final*

1 — *Surgimento da questão e primeiras providências*

A Associação Internacional de Ajuda aos Presos, vinculada à Organização das Nações Unidas — ONU, tinha, entre as suas preocupações, a que se voltava para os presos estrangeiros. Eram esses presos aqueles que, havendo sido condenados em países que não os seus, aí, nas respectivas prisões, cumpriam a sua pena.

A Associação percebia o sofrimento que, pelo fato de estarem desambientados, era acrescido à privação da liberdade, em que devia consistir a pena — acréscimo injusto, portanto; injusto, inútil, contraproducente.

Para fazer o que quer que fosse a fim de eliminar ou, pelo menos, minimizar a injustiça, era preciso começar por conhecer o problema, os seus vários matizes e as suas diversas facetas. A Associação buscou, pois, a colaboração do Instituto de Pesquisa sobre Defesa Social das Nações Unidas (United Nations Social Defense Research Institute) — UNSDRI. O UNSDRI acolheu a solicitação e, nos anos que precederam o V Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento dos Delinquentes (realizado em Genebra, em 1975), promoveu um levantamento de dados suficiente para poder ter uma imagem da situação, e ser a matéria apreciada pelo referido Congresso.

Com esse propósito, o UNSDRI preparou dois questionários — um para os presos e outro para o pessoal das prisões.

O questionário dirigido aos presos constava de vinte e seis perguntas. Algumas se referiam à qualificação e a outros dados do preso: nacionalidade, idade, profissão, data do ingresso no país, motivo da permanência, situação em relação à família e outras pessoas (sozinho ou tendo parentes, amigos, algum sócio etc.). Outras se referiam à sua relação com a Justiça: motivo de ter sido preso e tempo já transcorrido na prisão, data do primeiro contato com a Justiça Penal e a razão de ter entrado em contato com autoridades policiais e judiciárias, ocasião em que pôde entrar em contato com advogado (imediatamente após a prisão?) e facilidade (ou não) de continuar se comunicando com ele. Outras se referiam às dificuldades que o preso pudesse ter na sua qualidade de estrangeiro: quanto à língua, aos contatos com a família, com amigos e com autoridades (diplomáticas ou consulares) do seu país; quanto à comunicação com o pessoal da prisão e à acolhida dada aos seus pedidos; quanto ao seu relacionamento com os outros presos — nacionais do país onde se encontrava, compatriotas seus ou de outras nacionalidades; quanto à alimentação, à religião (visitas de ministros da sua crença), possibilidade de receber livros ou jornais na sua língua; quanto à discriminação racial. Umhas poucas se referiam a providências ou esforços para diminuir as dificuldades deles: atividades em comum com os demais presos, programas especiais para os presos estrangeiros, e ensino da língua do país. Finalmente, uma questão possibilitando aos presos exporem a sua opinião quanto a como deveriam ser tratados os presos estrangeiros. Embora pelas próprias respostas ao questionário pudessem os presos — pelo menos alguns deles — ser identificados, não deviam sê-lo, por isso mesmo não devia constar nome nem assinatura e, tampouco, nome do estabelecimento prisional.

Por sua vez, o questionário dirigido ao pessoal constava de sete perguntas (algumas delas múltiplas). A primeira delas se referia ao núme-

ro de presos estrangeiros, no estabelecimento onde trabalhava o funcionário que respondia o questionário. As demais se referiam, uma, às dificuldades e problemas que a presença de presos estrangeiros pudesse acarretar para a administração, a ordem interna e a disciplina, particularmente com referência a língua, alimentação, religião, contatos (dos presos) com a família, amigos, autoridades, advogados; outras indagavam da possível criação de dificuldades e problemas pelos presos estrangeiros (pela sua conduta ou já pela sua presença), em relação ao pessoal, aos demais presos, à disciplina do estabelecimento. Finalmente, era pedida opinião quanto ao modo de tratar os presos estrangeiros (sem diferença dos demais ou de modo diverso? neste caso, como?). Assim como os questionários respondidos por presos, os respondidos por funcionários não deviam ter nome ou assinatura de quem respondia, nem nome do estabelecimento.

Os dados oferecidos pelas respostas foram tabulados e, à sua luz, o UNSDRI fez um relatório destinado ao V Congresso sobre Prevenção do Delito e Tratamento dos Delinquentes, que começa assim: "A presença de estrangeiros nas prisões cria alguns problemas específicos, tanto para os presos como para a administração" (1). Lembra, a seguir, que essa questão não é nova, tanto assim que as Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos (adotadas pela ONU em 1955) incluem dispositivos atinentes a presos estrangeiros. Com efeito, o item 38, que é um dos três sob a epígrafe "Contatos com o mundo exterior", reza:

"38. 1) Aos presos estrangeiros devem ser concedidas razoáveis facilidades para se comunicarem com os representantes diplomáticos ou consulares do seu país.

2) Aos presos nacionais de Estados que não tenham representantes diplomáticos ou consulares no país, bem como aos refugiados e aos apátridas, devem ser concedidas idênticas facilidades para se comunicarem com o representante diplomático do Estado encarregado dos seus interesses, ou a qualquer autoridade nacional ou internacional que tenha a incumbência de protegê-los."

2 -- *Evolução da questão, a par da maior mobilidade de pessoas e grupos*

Hoje, após a evolução que teve o assunto, a citada dúplice regra pode parecer tímida. Há algumas décadas, porém, foi um passo relevante. Naqueles anos, não existiam os aperfeiçoados meios de comunicação e de transporte que, com as facilidades e comodidades que têm oferecido, também trouxeram dificuldades e problemas, e têm contribuído para a expansão do crime e da criminalidade, e para a impunidade de não poucos criminosos, ao mesmo tempo que para o aumento do número de estrangeiros — provisórios e condenados — nas prisões dos mais diversos países.

(1) UNSDRI. *Survey on Foreign Prisoners*. Rome, s/d, page 1.

Enquanto isso tem ido acontecendo, tem ido, por sua vez, amadurecendo a idéia de que o condenado deve cumprir pena tanto quanto possível no seu ambiente ou nas proximidades, de modo que, embora preso, possa manter bons contatos com a sua família, a sua comunidade, a fim de não se romperem os vínculos familiares, e não ser ele esquecido ou rejeitado pela comunidade.

Não é o caso de falar aqui do cumprimento da pena no próprio ambiente, no que se refere à área interna dos países, com as possíveis soluções conforme a experiência tem ensinado, pois esse é um aspecto da questão que tem a sua específica importância e merece a sua adequada contemplação à parte.

A questão dos presos estrangeiros, com os seus traços próprios, apresenta maior complexidade, o que significa que para a sua solução se faz mister maior número de providências diversas. Delas fazem parte os tratados entre os Estados (países) que acordam a respeito da transferência de presos (condenados) de um Estado, onde são estrangeiros, para outro, onde são nacionais. Nesse sentido, madrugaram os países escandinavos. Com efeito, informa LUIS MARCÓ DEL PONT:

“Entre los antecedentes históricos se encuentra el llamado *Tratado de los Países Escandinavos*, de 1963, suscrito por Suécia, Noruega, Dinamarca, Islandia y Finlandia, que se comprometieron a intercambiar a los sentenciados extranjeros, para hacerles cumplir la condena en el país de origen” (2).

Na época em que foi firmado esse tratado, a mobilidade de pessoas individualmente ou de grupos era ainda contida em limites que podem ser ditos moderados, em comparação com o rápido aumento alcançado no escasso quarto de século que se lhe seguiu. Ademais, aqueles países eram da mesma região, tendo semelhanças geo-sócio-econômicas. As diferenças verificadas dir-se-iam “variações sobre o mesmo tema”, o que, por si, já então facilitava as migrações de um país para o outro, em busca de trabalho ou por outros motivos, com ou sem intenção de lá permanecer, de lá ficar morando “para sempre” — sem falar no turismo propriamente dito.

Em breve, porém, começou a avultar o número de presos estrangeiros em estabelecimentos de países não mais tão só da mesma região, mas distantes uns dos outros, de condições geo-sócio-econômicas bem diversas. Modalidades de trabalho que duram alguma temporada, demandando muita mão-de-obra, podem ser lembradas como um dos atrativos para pessoas que passam dificuldades ou estão sem trabalho, no seu país, migrarem para países onde as oportunidades são melhores ou consta que o sejam. Outros atrativos e motivos, identificados ou não, existem, porém,

(2) LUIS MARCÓ DEL PONT. “Intercâmbio de presos”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Senado Federal, a. 19, n. 73, jan./mar., 1982, p. 261.

para que tantas pessoas deixem suas pátrias, ingressando em outros países, lá permanecendo temporária ou duradouramente. A facilidade dos meios de transporte modernos é um chamariz para as pessoas se deslocarem, não só transpondo fronteiras, como também cruzando continentes e oceanos. Tais facilidades provocam quem está ali a vir para cá, e quem está aqui a ir para lá. Fatores que, até recentemente, não eram tidos como razão para empreender uma viagem, principalmente se longa, ou, se o fossem, eram muito ponderados para, afinal, ser tomada esta ou aquela decisão, passaram a ser rotineiros motivos de freqüentes viagens curtas e longas. Desencadeado que foi esse fenômeno, dificilmente poderá ser controlado. Hoje, a bem dizer, nenhum país está isento de ter estrangeiros no seu território, em considerável número, das mais diversas procedências, e amiúde sem intenção de permanecer "para sempre" ou, sequer, longamente. Embora transitoriamente, esses estrangeiros aumentam a população. Quando se fala em aumento da população, deve-se admitir um provável proporcional aumento da criminalidade — do número de crimes e de criminosos; deve-se admitir um número de criminosos estrangeiros proporcional ao número deles no país — sem esquecer a observação de criminólogos e sociólogos de que o número de criminosos entre certo número de estrangeiros, num país, tem sido, em alguns casos, maior do que entre o mesmo número de nacionais. Para o presente raciocínio, basta pensar em números semelhantes. Esse ponto de vista não impede que se lembre o atual fenômeno de deslocamento de pessoas e grupos, de um país para outro, com a subjacente finalidade de cometer crimes, tais como, especificamente, contrabando e tráfico de drogas, sem excluir quaisquer outros tipos de crimes que, com esses, possam estar em conexão ou outra forma de concurso, ou sejam autônomos.

Sem embargo de estar sendo cada vez mais significativo o número de crimes não apurados pela Polícia, não só em países em vias de desenvolvimento (o que poderia ser atribuído ao despreparo pessoal e técnico da Polícia), mas também em países desenvolvidos e ricos (apesar do preparo que se supõe tenham as suas Polícias, e apesar dos aperfeiçoados meios técnicos e científicos de que elas dispõem), o número de casos apurados, com identificação e condenação dos respectivos autores tem sido nada desprezível. Realmente, é o que se pode inferir, já que, de modo geral, nos países que adotam a privação da liberdade, em prisão, como a principal forma de pena, há superlotação nos estabelecimentos prisionais.

Ao mesmo tempo que, empiricamente, se foi notando a cada vez maior contribuição de condenados estrangeiros para a superlotação, também empiricamente as administrações prisionais passaram a sentir as dificuldades e os problemas inerentes a essa especial parcela da superlotação; passaram, também, a ter notícias ou a perceber as manifestações das dificuldades e dos problemas sentidos pelos presos componentes dessa parcela.

3 — Verificação com método científico

3.1 — Dados de realidade

As manifestações e os conhecimentos empíricos não podiam passar despercebidos, como não passaram, à Associação Internacional de Ajuda aos Presos, que se deu conta da gravidade da situação, e desejou ter informações mais seguras, para tomar providências mais acertadas. Um preliminar levantamento de dados em alguns países, por ela feito, confirmou ser grave a questão, o que a levou a se dirigir ao UNSDRI, mais aparelhado para semelhante pesquisa. Naturalmente, os dados colhidos pela Associação constituíram valiosa orientação para o UNSDRI “enxergar” a questão e elaborar os questionários retro-resumidos, e cujas respostas forneceriam elementos para se configurar uma imagem mais real, mais objetiva, que pudesse ser apreciada e estudada por ocasião do então próximo Congresso sobre Prevenção do Delito e Tratamento dos Delinqüentes — que foi o V, realizado em Genebra, em 1975 ⁽³⁾.

Como dão a conhecer os dados tabulados pelo UNSDRI, as respostas enviadas por países da Europa, da América Latina e da Ásia, revelaram, no seu conjunto, que os presos estrangeiros eram de sessenta e três nacionalidades diversas; revelaram, mais, que o maior contingente de presos estrangeiros se encontrava em prisões de países europeus, sendo

- (3) O Brasil colaborou. O Ministério da Justiça enviou os questionários às penitenciárias onde, segundo indagação prévia, se sabia, havia maior número de presos estrangeiros. Houve muitas dezenas de respostas de presos e algumas dezenas delas de funcionários. Não poucos presos se negaram a responder; outros responderam laconicamente ou de modo incompleto; uns poucos deram respostas “de gozação”. Logo se vê que em nenhum desses casos houve proveito para os fins do questionário. Houve, porém, razoável número de respostas aproveitáveis, em termos objetivos, ainda que traduzindo o seu sofrimento por estarem presos — traduzindo os matizes mais carregados do seu sofrimento por estarem presos em país que não era o seu. Houve algumas muito boas, tendo os presos colhido o ensejo da última questão (No seu entender, como deveriam ser tratados os presos estrangeiros? — Queira especificar, se possível) para tecer comentários, com bom juízo crítico, e fazer interessantes sugestões. Não é demais registrar que, entre os presos que não responderam, havia os que estavam impossibilitados pelo total desconhecimento do português; entre os que responderam laconicamente, ou quase monossilabicamente, havia os que mais do que isso não eram capazes, pelo mesmo motivo de língua; dentre os de língua espanhola, houve os que responderam no seu vernáculo, e houve os que responderam em “portunhol”; uns poucos italianos responderam em “português macarrônico”. As respostas dos funcionários (ocupando cargos ou exercendo funções de categorias diversas) foram em geral comedidas; uns poucos questionários foram respondidos laconicamente ou de modo incompleto. De acordo com instruções recebidas do UNSDRI, não foram enviados todos os questionários respondidos, mas os de respostas mais elucidativas, e de cujo conjunto resultasse mais clara visão da questão no seu conjunto — uma seleção de que resultou suficiente amostra. Os dados constantes das tabelas do UNSDRI, quanto ao Brasil, são os obtidos por meio desse levantamento, feito pela então Assessoria para Assuntos Penitenciários do Ministério da Justiça, com a supervisão do então Secretário-Geral.

a maior parte deles de nacionalidades africanas. Aproximadamente a metade dos presos cujas respostas foram aproveitadas, estavam na faixa etária de 25 a 35 anos; um terço tinham idade inferior a 25; um quinto, superior a 35. Dezesseis por cento eram estudantes; os demais tinham profissões diversas, sem predominância de qualquer delas. Trinta por cento declararam ser turistas — estavam em viagem de recreio, estando no país, a maior parte deles, havia menos de seis meses (na ocasião do crime), estando outros desde mais tempo (alguns, mais de três anos). Pouco mais de trinta por cento declaravam ter deixado a sua pátria em busca de trabalho ou com a intenção de viver noutro país. Entre os restantes, havia os que se encontravam em país que não era o seu, por motivo de estudo, de negócios, de perturbações políticas no seu país, ou por serem foragidos da Justiça pátria, e assim por diante.

Mais de metade deles informaram que haviam entrado no país sós, isto é, sem parentes nem amigos.

Quanto às espécies de crimes cometidos: mais de quarenta e cinco por cento das respostas indicavam que a condenação fora devida a crimes contra o patrimônio (roubo, furto, fraudes); vinte e oito por cento, por crimes cujo objeto eram drogas; nove por cento, por homicídio; os demais, por crimes de espécies diversas. Sem se referir a duração das penas aplicadas (não havia nos questionários específica pergunta) os dados numéricos das tabelas indicavam que: vinte e quatro por cento dos condenados estavam presos, na ocasião das respostas, desde havia menos de três meses; quatorze por cento, entre três e seis meses; vinte e dois por cento, entre seis meses e um ano; vinte e cinco por cento, mais de três anos. Vinte e cinco por cento deles declararam não saber que o fato praticado era crime conforme a lei do país, que, aliás, não conheciam (1).

Um mais demorado e crítico exame das tabelas revela certos pormenores que, não interessando diretamente ao tema presente, são valiosos, no entanto, para outros propósitos — sociológicos, criminológicos, de defesa social (considerada esta no sentido de “defesa da sociedade e de cada um dos seus membros, contra o delito”). Tal, por exemplo, o caso da diversidade ou da predominância de ocupação (estudantes, trabalhadores manuais e técnicos, profissionais liberais, comerciantes) dos presos nestes ou naqueles países (podendo relacionar-se com o país de origem), o número total de imigrantes da mesma língua, similitude ou diversidade de desenvolvimento, de cultura, motivo de terem procurado o país onde se encontram (e não outro), fatores de maior atração exercida por estes ou aqueles países etc. Outro exemplo, cabendo análogas indagações, é o da diversidade ou da predominância de espécies de crimes, em relação ao país de origem dos condenados e ao país onde se encontram (e onde cometeram o crime, foram condenados e estavam

(1) As porcentagens indicadas neste artigo, extraídas das tabelas da pesquisa do UNSDRI, foram, para maior facilidade da leitura, arredondadas para baixo ou para cima, conforme a fração que tivessem fosse até 0.5 ou fosse superior.

cumprindo a pena). Mais outro exemplo é o da ignorância de que o fato praticado era crime, ignorância essa em comparação com o grau de desenvolvimento, os usos e costumes e a cultura, bem como a legislação do país de origem.

3.2 – *Os problemas e as sugestões para a sua solução*

Questões sobre os mesmos problemas constavam, embora em termos distintos, do questionário dirigido ao pessoal e daquele dirigido aos presos, o que permitiu ter melhor visão, pelo cotejo das respostas dadas de pontos de vista diversos – em certo sentido opostos, mas completando-se reciprocamente. Tome-se a questão da língua. Quando a língua do país de origem do preso, ou outra que ele também fale, é a mesma do país onde está, obviamente esse problema não existe; quando se trata de idiomas do mesmo grupo lingüístico, principalmente em certos casos de muita semelhança (por exemplo: português e espanhol; alemão e holandês), o problema pode ser insignificante, como se nem existisse. Quando, porém, se trata de línguas de formações diferentes, como, por exemplo, num país digamos de língua neolatina, presos que, sem conhecer qualquer língua neolatina, tenham como vernáculo o chinês, o japonês, o sueco, o árabe, o inglês, o alemão, o grego, o finlandês ou alguma das inúmeras línguas (ou dialetos) dos países africanos... – certamente se apresenta problema sério, vivido de um modo pelos presos e de outro modo pelo pessoal. A solidão de quem é só, apesar de estar na companhia física de tantos outros – sofrimento-problema crucial para todos os presos⁽⁵⁾ –, é sentida mais intensa e agudamente pelo preso cuja língua impede que se comunique com os demais presos (os nacionais do país em que se encontra, e os de outras nacionalidade que não a sua) e com o pessoal. Um pouco se atenua quando houver dois ou mais presos que, se não forem da mesma nacionalidade, pelo menos falem a mesma língua, permanecendo, porém, sempre, certos fatores, como o sentimento de dupla segregação – segregação quanto à sociedade donde está fisicamente separado, e segregação quanto ao ambiente prisional, em que fisicamente se encontra; desconfiança, insegurança, medo – mais ou menos difusos, mais ou menos definidos... Vice-versa, isto é, no que se refere à administração, a presença de presos cuja língua não é entendida; é motivo de acréscimo de preocupação e de incertezas e de temores – ora mais, ora menos difusos, ora mais, ora menos definidos – seja quanto ao tratamento genérico a lhes ser dispensado, seja por outras razões. Entre essas outras razões sobressai a que se refere ao relacionamento deles, os estrangeiros, com os demais presos, que, mais fortes pelo seu maior número, podem agredi-los de vários modos, inclusive sexualmente, ou podem rejeitá-los... pois que a impossibilidade ou, pelo menos, a dificuldade de comunicação verbal, ao mesmo tempo que contribui

(5) A propósito de solidão (psicológica e afetiva) do preso, ver ARMIDA BERGAMINI MIOTTO, *Curso de Direito Penitenciário*. São Paulo, Saraiva, 1975, 2ª vol., pp. 387 a 390.

para os tornar assim vulneráveis. é um fator que propicia a rejeição. Poder-se-ia pensar no uso de intérpretes; todavia, por um lado, nem sempre é possível encontrar pessoas capazes para isso, enquanto que, por outro lado, algumas experiências feitas não têm sido satisfatórias. O aprendizado da língua do país, estrangeira para os presos, é demorado, como o de qualquer língua estrangeira, para qualquer pessoa, principalmente se de outro grupo lingüístico, mesmo que haja, no estabelecimento, ensino apropriado, oferecido pela administração. Por motivos tais como de ordem psicológica, didática, metodológica, não é fácil, em geral, e é praticamente impossível, muitas vezes, ministrar esse ensino. O desconhecimento da língua do país se apresenta, pois, como um fator de agravamento dos outros sofrimentos-problemas dos presos estrangeiros, relacionados com a alimentação, os usos e costumes, a religião, o trabalho e outras atividades, o clima... Como conseqüência ou como corolário, a solidão psicológica e afetiva — já tão cruel para o próprio preso nacional que não tenha contato com a sua família, o seu ambiente fora da prisão — se intensifica.

A luz dos dados então colhidos e transmitidos pelo UNSDRI, verificava-se que a maior porcentagem de presos estrangeiros se encontrava na Europa, onde chegavam a constituir trinta a trinta e cinco por cento da população prisional; em um caso, eram sessenta por cento, aparecendo como baixa a incidência de dez por cento verificada em outros países. Onde a porcentagem era maior, não é de estranhar que a variedade de nacionalidade também fosse maior, chegando a trinta e três. De vez que existem países diversos tendo o mesmo vernáculo, o número de línguas faladas pode ser menor do que o de nacionalidades; assim mesmo pode ser elevado. A pesquisa do UNSDRI demonstrou que assim era, chegando, em um caso, a vinte e três línguas diferentes.

Bem se há de perceber as dificuldades, verdadeiros obstáculos, para a administração, quanto a dar-lhes a conhecer as normas da ordem interna e da disciplina, a transmitir-lhes instruções concernentes a trabalho e outras atividades. Em não poucas respostas foram registrados problemas com presos estrangeiros (especificamente provenientes de certos países), quanto ao asseio pessoal e à limpeza e conservação das coisas (por exemplo, do vaso sanitário); em não poucas, também, era manifestada a preocupação com a alimentação dos presos estrangeiros que rejeitavam ou mal aceitavam a oferecida, sem que fosse praticamente possível atendê-los de acordo com o seu gosto nacional, e daí derivando repercussões sobre a saúde deles. Certas respostas registraram como problema causador de outros problemas, o fato de os presos estrangeiros “se fecharem” em si mesmos, formando um ou mais grupos, conforme a nacionalidade e a identidade ou semelhança das respectivas línguas. No verso dessa medalha, o acréscimo desnecessário de sofrimento para o preso na sua dupla segregação — em relação à sociedade e em relação ao próprio ambiente prisional — com grande dose de aflição e insegurança. Esse estado psico-

lógico foi revelado pelos presos em respostas que incluíam: alusões a seu desconhecimento da lei e outras normas do país, e a necessidade que sentiam de alguma luz a respeito; perplexidade, decepção, amargura, por não serem atendidos seus pedidos de visita dirigidos aos representantes diplomáticos e consulares dos respectivos países; insatisfação (às vezes repugnância) em relação à comida do país. As respostas provindas de certos países revelaram profundo sofrimento dos presos por causa da falta de assistência religiosa. Apreciável número de respostas revelaram a intranquilidade dos presos a respeito do seu advogado — dativo ou constituído — com quem, por causa da diversidade de língua, o entendimento era difícil. Em muitos casos, era registrado o sentimento (ou a certeza subjetiva) de ser tratado com injustiça e discriminação, pelo fato de ser estrangeiro.

Em resumo: cada resposta, tanto da administração como dos presos, podia declarar a não-existência de problemas, como podia descrever um ou mais problemas existentes, no sentido da questão proposta. O número de respostas indicadoras de problemas foi sempre elevado. Ainda que em um ou outro caso houvesse uma porcentagem mais baixa, em síntese variou de cinquenta e quatro a oitenta e sete por cento.

Em outras palavras: os problemas existem, são muitos, e são sérios, não apenas num ou noutro país, mas na generalidade dos países, impondo-se, portanto, soluções de caráter geral, a serem complementadas por outras, de caráter particular ou específico.

Uma das questões, em ambos os questionários, oferecia oportunidade para sugestões de solução de problemas e melhoramentos das condições. Entre essas sugestões, dos funcionários e dos presos, encontravam-se as que se referiam a igualdade de tratamento (presos nacionais e presos estrangeiros), a humanização do tratamento (ou tratamento mais humano). Segundo os comentários do UNSDRI, eram formuladas em termos imprecisos ou vagos, o que se prestava a diferentes interpretações. Parece, porém, que a real significação poderia ser dessumida por meio de interpretação sistemática, isto é, no conjunto das demais sugestões, todas feitas em ponderável número de questionários. Ei-las: estabelecimentos (ou seções) especiais para estrangeiros; transferência para o país de origem, e acordos internacionais a esse respeito; mais facilidades para comunicação com o país de origem e recebimento de notícias; melhor contato com as autoridades consulares dos países de origem; pessoal prisional especializado para o tratamento de estrangeiros, inclusive quanto a intérpretes e ministração de cursos da língua do país. Em conclusão: o aludido tratamento mais humano tinha como núcleo a igualdade-equidade, que, como se sabe, consiste em “tratar igualmente os que se igualam e desigualmente os que se desigalam, na medida em que se desigalam”.

Nos seus comentários, o UNSDRI considera escassas as informações oriundas dessa indagação, mas reconhece que a pesquisa foi um passo

digno de nota, inclusive porque diversamente de outras indagações anteriores, atinentes a questões penitenciárias, desta feita não se ouviu somente a administração e o pessoal, mas também os presos; e não foram levados em conta somente dados numéricos, mas também sentimentos e opiniões.

4 — *Repercussão da questão dos presos estrangeiros, desde a sua contemplação pelo V Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento dos Delinquentes*

Esse quadro de realidades, problemas e sugestões de solução foi levado pelo UNSDRI à consideração do V Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento dos Delinquentes (Genebra, 1975). Então, bem percebida a gravidade do problema, foi facilmente admitida a necessidade de prosseguir em busca das melhores e mais efetivas soluções. Assim, após o V Congresso e como preparação para o VI (Caracas, 1980), o UNSDRI continuou as atividades a respeito desse tema, tudo o que chamou a atenção de uns e de outros países que não tinham ainda tomado consciência da situação, e estimulou a celebração de pelo menos certo número de tratados.

Do reexame da matéria pelo VI Congresso, resultou a "Resolução 13. Transferência de Delinquentes".

Eis o respectivo texto:

"RESOLUÇÃO 13. TRANSFERÊNCIA DE DELINQUENTES

O Sexto Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento dos Delinquentes

Considerando que dos aperfeiçoados meios de transporte e de comunicação, bem como do desenvolvimento dos recursos econômicos e financeiros, com a decorrente mobilidade das pessoas, tem resultado progressiva internacionalização do crime e conseqüente grande número de presos estrangeiros nas prisões de muitos Estados-Membros,

Consciente de que dificuldades de comunicação, devidas a barreiras lingüísticas e desconhecimento da cultura e dos costumes locais, bem como a ausência de contatos com parentes e amigos, podem constituir excessivo sofrimento para as pessoas que cumprem pena em país que não é o seu,

Reafirmando o direito de todo e qualquer Estado formular e pôr em prática, no campo da prevenção e do controle do crime, a sua própria política e os seus próprios programas nacionais, conforme as suas próprias necessidades e prio-

ridades, como ficou expresso na Resolução 32/60, de 8 de dezembro de 1977, da Assembléia Geral,

Reconhecendo a conclusão a que chegou o Comitê para Prevenção e Controle, no seu Plano Internacional de Ação (*), que requer cooperação internacional a fim de instituir os necessários procedimentos para que os condenados estrangeiros possam retornar ao seu país e ali cumprir a pena, desse modo facilitando o processo da sua reintegração no convívio social,

Observando que tais procedimentos já foram instituídos ou a eles vem sendo dada atenção em muitos Estados-Membros, especialmente desde o Quinto Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento dos Delinqüentes,

Tendo presente que a tarefa de elaboração de normas a respeito de transferência de delinqüentes foi considerada prioritária pelo Comitê para Prevenção e Controle do Delito, na sua quarta sessão (**),

1. *Insta* os Estados-Membros a cogitarem da instituição de procedimentos em cujos termos tais transferências de delinqüentes possam ser efetuadas, admitindo que qualquer um dos ditos procedimentos só pode ser aplicado com a concordância de ambos os países, o remetente e o receptor, cada um deles com o consentimento do preso ou no interesse dele.
2. *Solicita* ao Secretário-Geral que sejam fornecidos ou facilitados assessoramento e apoio técnico e profissional aos Estados-Membros que, interessados em instituir tais procedimentos, assim requeriram.
3. *Pede* ao Comitê para a Prevenção e Controle do Delito que dê prioridade à elaboração de um modelo de acordo para a transferência de presos, a fim de, quanto antes possível, submetê-lo à consideração da Assembléia-Geral" (6).

(*) E/CN.5/536, anexo IV.

(**) Ver E/CN.5/536, capítulo I, seção B.

Diante disso, poder-se-ia pensar que o assunto estava esgotado. Essa impressão se fortificava pelo fato de os cinco temas do temário do VII

(6) Department of International Economic and Social Affairs. *Sixth United Nations Congress on the Prevention of Crime and Treatment of Offenders — Report prepared by the Secretariat*. A/CONF. 87/14/Rev. 1. New York, United Nations, 1981, pp. 17 and 18.

Nota: A tradução desse texto transcrito, bem como das demais transcrições ou citações constantes neste artigo, feita do original inglês ou da versão espanhola, é da autora destas páginas.

Congresso (a se realizar em Milão, de 26 de agosto a 6 de setembro do corrente ano de 1985) parecem excluir a sua contemplação (7).

Entretanto, o documento de trabalho básico para as atividades preparatórias do Congresso, ao cuidar do 5º tema alude às recomendações e resoluções do VI Congresso (à atenção que lhes deve ser dada), uma dessas últimas sendo a que diz respeito a transferência de presos. Em anexo a esse documento de trabalho, intitulado "Diretrizes para a matéria de prevenção do delito e Justiça Penal, no contexto do desenvolvimento de uma nova ordem econômica internacional", são apresentados quarenta e oito parágrafos, organizados em quatro grupos, indicados com as letras A, B, C e D. Com o enunciado "Cooperação internacional em matéria de prevenção do delito e Justiça Penal", o grupo D inclui entre os seus parágrafos o de nº 40, com a epígrafe "Modalidades de cooperação internacional". Nele se lê que "deveriam ser menos complicados e mais eficazes os métodos de cooperação internacional em questões penais tais como (...) transferência de presos e supervisão dos liberados condicionalmente em outros países". Para isso é sugerida a preparação de "modelos apropriados de instrumentos entre países", bem como acordos regionais amplos (8).

5 — Exame da questão feito pelas reuniões regionais preparatórias do VII Congresso

Passando os olhos pelos relatórios (que foi possível manusear) das reuniões preparatórias, e guardada a ordem cronológica, isto é, conforme as respectivas datas, vê-se que a matéria não foi descuidada: foi, realmente, incluída no estudo do 5º tema, "Formulação e aplicação dos critérios e normas das Nações Unidas em matéria de Justiça Penal".

Cronologicamente, pois, o primeiro relatório examinado foi o da reunião preparatória regional da Ásia e do Pacífico, datado de 29 de julho de 1983. Nele se lê que o objetivo de reabilitação (social) faz com que seja altamente desejável a transferência dos presos (condenados) para a sua pátria, a fim de lá cumprirem a pena. Foi observado, todavia, que devem ser vencidas certas dificuldades derivadas da orientação filosófica e dos pontos de vista de cada país. Finalmente, foram mencionados como aspectos que não podem deixar de ser contemplados nos acordos: que seja assegurada a devida execução penal; que haja tríplex consentimento, isto

(7) O conjunto de temas é o seguinte: 1 — Novas dimensões da criminalidade e da prevenção do crime no contexto do desenvolvimento: desafios para o futuro. 2 — Sistemas de Justiça Penal e perspectivas num mundo em mudança. 3 — Vítimas do crime. 4 — Juventude, crime e justiça. 5 — Formulação e aplicação dos critérios e normas das Nações Unidas em matéria de Justiça Penal.

(8) Naciones Unidas, Asamblea General. *Guía para los debates de las reuniones preparatorias regionales e interregionales para el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*. A/CONF.121/PM.1. 4 Abril 1983, *passim*.

é, do Estado remetente (sentenciador), do Estado recebedor (administrador) e do condenado; que o crime cometido não seja contra o Estado; que a sentença tenha passado em julgado (9).

O relatório da reunião regional da América Latina é datado de 6 de dezembro de 1983. Registra-se nele que algumas delegações observaram que a idéia de transferência de presos para o seu país de origem deveria ser ampliada, de modo a incluir as minorias étnicas e culturais, em razão de cujas características específicas quanto a língua, religião, raça etc., são, em certo sentido, estrangeiras em seu próprio país (10). Foi lembrado que a discussão sobre esse tema também poderia cuidar da transferência dos trabalhadores migrantes que estejam em situação ilegal, especialmente os que, buscando asilo político, tenham sido presos — solução inaceitável. Tendo em vista a elaboração de tratados, foram feitas algumas observações, à guisa de sugestões. Isto é: devem ser levados em conta certos problemas tais como idade e condições pessoais do preso (condenado); da implementação de tratados já existentes, têm derivado algumas dificuldades, particularmente porque o Estado sentenciador perde o controle da execução da pena; é inadmissível que o país de origem do condenado possa reduzir a pena aplicada no país onde o crime foi cometido, inadmissibilidade essa que talvez constitua a maior dificuldade para se chegar a um acordo que leve a tratado bilateral ou multilateral, já que pode parecer que ela ameaça o princípio da soberania; finalmente: o consentimento do preso deve ser *conditio sine qua non* para que a transferência seja efetuada (11).

No relatório da reunião regional africana, datado de 21 de dezembro de 1983, não se percebe preocupação dos trinta e sete países presentes, pelo assunto. Realmente, o que ali se registra foi dito pelo representante do Secretário Executivo da ONU. Lembrou ele as resoluções do VI Congresso, entre elas a referente a transferência de presos. Chamou a atenção dos participantes da reunião para os esforços que vinham sendo feitos tendo em vista elaborar projetos de modelo de tratado a respeito de transferência de presos, a serem, com a maior brevidade, apresentados à Assembleia Geral, e mencionou o projeto que tinha sido elaborado em feve-

(9) United Nations General Assembly. *Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders. Report of the Asia and Pacific Regional Preparatory Meeting on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders.* A/CONF.121/RPM/2. 29 July 1983, paragraph 93, p. 23.

(10) Na síntese quase lacônica do registro, está subentendido que os condenados pertencentes a tais minorias não de poder cumprir a pena no ambiente da minoria a que pertencem. Essa questão, porém, não se confunde com a de transferência de condenados para a sua pátria, embora com ela tenha pontos de semelhança ou, pelo menos, de analogia. Não é uma questão desprezível, mas merece ser contemplada e adequadamente tratada.

(11) United Nations. General Assembly. *Seventh United Congress (...). Report on the Latin American Regional Preparatory Meeting (...).* A/CONF.121/RPM/3. 6 December 1983, paragraph 78, p. 20.

reiro de 1983, pela Aliança das Organizações não Governamentais para Prevenção do Crime e Justiça Penal, de Viena ⁽¹²⁾.

Cronologicamente, o relatório seguinte é o da Ásia Ocidental, datado de 17 de janeiro de 1984. Os representantes dos países dessa região entenderam que eram necessários ulteriores estudos visando alcançar concordância a respeito de princípios gerais que possam ser aplicados em âmbito regional. Entretanto, várias delegações aceitavam a idéia de tratados bilaterais objetivando o retorno de presos (condenados) ao país de origem, frisando, porém, que deviam ser previstas condições de reciprocidade de tratamento. Outras delegações, por sua vez, observaram que o próprio conceito (de transferência do condenado ao seu país de origem) contraria preceitos básicos da soberania do Estado, e que em muitos casos haveria injustiça, de vez que a definição de crime não é universal ⁽¹³⁾.

6 — O projeto de modelo de acordo a respeito de transferência de presos

O Comitê de Prevenção do Delito e Luta contra a Delinqüência teve, na pauta da sua reunião de 29 de março de 1984, o exame do projeto de modelo de acordo a respeito de transferência de presos, cuja elaboração atendia à Resolução 13 do VI Congresso. Tendo-o examinado, resolveu enviar ao Conselho Econômico e Social — ECOSOC, um projeto de resolução, que aqui se traduz inteiramente.

“MODELO DE ACORDO A RESPEITO DE TRANSFERÊNCIA DE PRESOS ESTRANGEIROS

O Sétimo Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento dos Delinqüentes,

Tendo em vista a Resolução 13 do Sexto Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento dos Delinqüentes, na qual instava os Estados-Membros a cogitarem da instituição de procedimentos que permitissem efetuar transferência de delinqüentes,

Reconhecendo as dificuldades sofridas pelos presos estrangeiros que se encontram nos estabelecimentos penais fora do seu país, devidas a fatores tais como diferença de língua, de cultura, de costumes e de religião,

Considerando que o melhor modo de alcançar a reintegração no convívio social dos delinqüentes, presos no estrangeiro, consiste em possibilitar-lhes o cumprimento das respectivas penas no seu país de origem ou de residência,

(12) *Idem. Ibidem. Report of the African Regional Preparatory Meeting (...). A/CONF.121/RPM/4. 21 December 1983, paragraphs 50 and 51, p. 13.*

(13) *Idem. Ibidem. Report of the Western Asia Regional Preparatory Meeting (...). A/CONF.121/RPM/5. 17 January 1984, paragraphs 87 and 88, p. 20.*

Convencido de que seria de suma conveniência instituir procedimentos para a transferência de presos, de caráter bilateral ou multilateral,

1. *Aprova* o modelo de acordo a respeito de transferência de presos estrangeiros, nos termos do Anexo I da presente Resolução;
2. *Aprova* as recomendações a respeito de tratamento de presos estrangeiros, nos termos do Anexo II;
3. *Insta* os Estados-Membros a facilitarem o regresso dos presos estrangeiros a seu país, com fundamento neste modelo e seus anexos, e a informar periodicamente o Secretariado-Geral quanto a qualquer progresso nesta área;
4. *Pede* ao Secretariado-Geral que ajude os Estados-Membros, que assim requeiram, a elaborar acordos visando a transferência de presos estrangeiros, nesse sentido periodicamente informando o Comitê de Prevenção do Delito e Luta contra a Delinqüência.

ANEXO I

Projeto de Modelo de Acordo a respeito de Transferência de Presos Estrangeiros

Preâmbulo

..... e

Desejosos de fomentar a cooperação mútua em matéria de Justiça Penal,

Estimando que tal cooperação haja de promover os fins da Justiça e a reintegração no convívio social das pessoas condenadas,

Considerando que para alcançar esses objetivos é necessário que, aos estrangeiros privados da sua liberdade, em decorrência do cometimento de algum crime, seja possibilitado cumprir a pena no seio da sua própria sociedade,

Convencidos de que o melhor modo de alcançar esse fim consiste em transferir os presos estrangeiros para seus próprios países,

Tendo presente que é preciso zelar para que sejam plenamente respeitados os direitos humanos consagrados em princípios universalmente reconhecidos,

Concieram no seguinte:

I — *Princípios gerais*

1. Deverá ser promovida a reintegração dos delinquentes no convívio social, facilitando, com a máxima brevidade, às pessoas penalmente condenadas no estrangeiro, o regresso ao país da sua nacionalidade ou residência, a fim de ali cumprirem a pena. Nesse sentido, os Estados devem reciprocamente prestar a maior cooperação possível.
2. A transferência de presos deverá ser fundamentada no respeito mútuo da soberania e da jurisdição nacionais.
3. A transferência de presos poderá efetuar-se nos casos em que a pena cominada e aplicada para o crime que ocasionou a condenação for privativa da liberdade tanto no Estado remetente (sentenciador) como no Estado a que deve ser feita a transferência (administrador), de conformidade com a legislação interna. Poderão ser excluídos os crimes de caráter político, bem como os meramente fiscais e militares.
4. A transferência pode ser solicitada tanto pelo Estado sentenciador como pelo Estado administrador. Tanto o preso como seus parentes mais próximos podem manifestar seu interesse pela transferência, a qualquer um de ambos os Estados.
5. A transferência dependerá do acordo entre o Estado sentenciador e o Estado administrador, bem como do consentimento do preso.
6. O preso deverá ser cabalmente informado a respeito da possibilidade de transferência e das conseqüências jurídicas dela decorrentes, como também e principalmente quanto a poder ou não ser julgado por outros crimes cometidos antes da transferência.
7. A transferência, embora sendo para o país da sua nacionalidade ou residência, só poderá ser efetuada com o consentimento livremente expresso pelo preso.
8. Deverá ser possibilitado ao Estado administrador verificar o livre consentimento do preso.
9. Tratando-se de pessoas incapazes para manifestar livremente a sua vontade, seu representante legal será competente para consentir na transferência.

10. As normas relativas à transferência de presos serão aplicáveis nos casos de condenação a pena privativa da liberdade e de imposição judicial de medida privativa da liberdade em razão da prática de um fato-crime.

II — *Outros requisitos*

11. A transferência só poderá ser efetuada com fundamento em sentença passada em julgado.

12. Ao ser solicitada a transferência, deverão ainda faltar por cumprir pelo menos seis meses de pena; entretanto, a transferência deverá ser concedida também quando a pena aplicada seja de duração indeterminada.

13. A pessoa transferida para cumprimento de pena aplicada no Estado sentenciador, não poderá ser novamente julgada no Estado administrador, pelo mesmo fato objeto da sentença em que foi aplicada a pena que está cumprindo.

III — *Normas de procedimento*

14. As autoridades competentes do Estado administrador deverão: *a)* continuar a execução da pena imediatamente ou mediante ordem judicial ou administrativa, ou *b)* modificar a sentença, a fim de substituir a sanção imposta no Estado sentenciador pela sanção prevista para o mesmo crime pela legislação do Estado administrador.

15. Em caso de continuação da execução, o Estado administrador será obrigado a respeitar o caráter jurídico e a duração da pena ou da medida, na forma estabelecida pelo Estado sentenciador. Não obstante, se, pelo seu caráter ou pela sua duração, forem incompatíveis com a legislação do Estado administrador, poderá este adaptá-los ao que a sua própria legislação prescreve para crimes análogos.

16. Em caso de modificação da sentença, será facultado ao Estado administrador adaptar o caráter ou a duração da sanção, de conformidade com a sua legislação nacional, levando devidamente em conta a sentença proferida no Estado sentenciador. Entretanto, as sanções que implicam privação da liberdade não poderão ser transformadas em sanções pecuniárias.

17. O Estado administrador será obrigado a respeitar as conclusões a respeito dos fatos, constantes da sentença proferida no Estado sentenciador. Assim sendo, a competência para revisão da sentença é exclusivamente do Estado sentenciador.

18. A parte da pena privativa da liberdade já cumprida pelo condenado em qualquer dos Estados, deverá ser inteiramente deduzida.

19. Em caso algum a transferência poderá redundar em agravamento da situação do preso.

20. Qualquer despesa ocorrida em virtude da transferência deverá ser custeada pelo Estado administrador, a não ser que ele e o Estado sentenciador tenham decidido diversamente.

IV – Execução e indulto

21. A execução penal será regida pela lei do Estado administrador.

22. Tanto o Estado sentenciador como o Estado administrador serão competentes para conceder indulto ou anistia.

V – Cláusulas finais

23. O presente acordo será válido para execução de penas aplicadas e medidas impostas tanto em sentenças anteriores como posteriores à sua entrada em vigor.

24. O presente acordo é sujeito a ratificação. Os instrumentos de ratificação deverão ser, com a brevidade possível, depositados em

25. O presente acordo entrará em vigor no trigésimo dia seguinte à data em que tenha sido efetuada a troca dos instrumentos da ratificação.

26. Cada uma das Partes Contratantes poderá denunciar o presente acordo mediante notificação escrita ao
..... A denúncia terá efeito dentro do prazo de seis meses contados da data em que a notificação tenha sido recebida por

Em testemunho do que, os plenipotenciários abaixo assinados, devidamente autorizados por seus respectivos Governos, firmam o presente Tratado.

ANEXO II

Recomendações a respeito de presos estrangeiros

I. O recolhimento de um preso estrangeiro a um estabelecimento prisional não se fará pelo exclusivo motivo da sua nacionalidade.

2. Os presos estrangeiros terão o mesmo acesso que os nacionais à instrução, ao trabalho e à capacitação profissional.
3. Os presos estrangeiros deverão ter direito a medidas substitutivas da prisão, bem como a licença para saídas e outras concessões legais, segundo as mesmas normas que os nacionais.
4. Imediatamente após o seu ingresso na prisão, os presos estrangeiros deverão ser informados, numa língua que entendam e em regra por escrito, a respeito das principais características do regime prisional, inclusive quanto a normas legais e regulamentares pertinentes.
5. Serão respeitados as crenças e os costumes religiosos dos presos estrangeiros, principalmente quanto à alimentação e às horas de trabalho.
6. Os presos estrangeiros serão sem demora informados quanto a seu direito de solicitar comunicação com as autoridades consulares do seu país, e se lhes darão todas as devidas informações atinentes à sua condição. Se um preso estrangeiro deseja receber assistência de uma autoridade diplomática ou consular, deverá ser prontamente estabelecido contato com essa autoridade.
7. Deve ser prestada aos presos estrangeiros assistência adequada, em língua que entendam, para tratar com o pessoal médico, ou com o encarregado de outras atividades, bem como no que se refere a aspectos tais como queixas, acomodação ou dieta, serviços e atendimento religiosos.
8. Devem ser facilitados contatos dos presos estrangeiros com as famílias e as entidades da comunidade, a elas sendo oferecidas todas as oportunidades necessárias para visitas e correspondência, com o consentimento do preso. Deve ser possibilitado às organizações humanitárias internacionais, como o Comitê da Cruz Vermelha, prestarem assistência aos presos estrangeiros.
9. O acertamento de acordos bilaterais ou multilaterais com a finalidade de regular a vigilância e a prestação de assistência aos delinquentes submetidos a suspensão condicional da pena ou a liberdade vigiada, pode ser outra forma de contribuir para a solução dos problemas enfrentados pelos condenados estrangeiros."

6.1 — *Considerações da reunião inter-regional de Varenna (Itália), tendo em vista o projeto de modelo de acordo*

Da reunião inter-regional, realizada em Varenna (Itália), de 24 a 28 de setembro de 1984, só foi possível obter o projeto de relatório ⁽¹⁴⁾. Como se vê no seu texto, essa reunião se dedicou ao aspecto formal-normativo dos diversos tópicos do 5º tema, que foi o que lhe coube examinar. Assim, no que diz respeito à transferência de presos, o objeto foi o “Modelo de Acordo a respeito de Transferência de Presos”. A transferência foi considerada necessária, por motivos diversos, principalmente para assegurar a reintegração do condenado no convívio social. Houve, no entanto, geral concordância quanto a ser o consentimento do mesmo condenado pré-requisito para iniciar o respectivo processo; além disso, foi salientado que, previamente, o condenado deve ser informado quanto às condições e conseqüências da transferência, a fim de não acontecer que ele venha a se sentir surpreendido com desnecessários reveses durante o cumprimento da pena no Estado para o qual venha a ser transferido. Ficou registrada a sugestão de um perito no sentido de essa prévia informação ser dada por autoridade judiciária. Tendo em vista um considerável movimento migratório na África, devido a razões diversas, mas especialmente a motivos de natureza política e econômica, foi observado que a situação tende a ser criminógena, demandando, em certos casos, que os imigrantes sejam transferidos. Independentemente do consentimento expresso, nesses também exigido de quem haja de ser transferido, faz-se mister — entenderam os peritos — a certeza de que a aplicação do tratado a respeito de transferência não esteja mascarando o que em realidade é extradição.

Nos relatórios de reuniões regionais que, conforme citações retro, foi possível compulsar, não se encontra qualquer menção a condenados apátridas. No projeto de relatório da reunião inter-regional de Varenna, consta terem os participantes dado atenção também “à questão dos presos apátridas e a outras categorias de presos” (sem especificar que categorias sejam). Abrangendo uns e outros, foi feita a sugestão de que, observando o princípio da transferência, possam ser feitas negociações entre Estados, cuja particular situação deve ser levada em conta.

Assinalando a cada vez maior importância de tratados a respeito de transferência de presos (condenados), o que é devido ao crescente movimento internacional de turismo e de migração, foi observado que em países da Europa (que já têm semelhantes tratados), a atitude dos presos, diante da possibilidade de voltar para a sua pátria e lá cumprir a pena, varia, conforme alguns fatores. Dentre esses fatores sobressai o de tempo

(14) Cada uma das reuniões inter-regionais foi dedicada a um dos temas do VII Congresso, sendo seus participantes — peritos de países diversos, representando todos os continentes — especialmente convidados pelas Nações Unidas. Um deles foi o Prof. José Arthur Rios, sociólogo brasileiro; à sua gentileza é devida a possibilidade de manusear o projeto de relatório da reunião de Varenna, onde atuou.

de permanência do preso, no Estado sentenciador; quanto mais tempo já transcorrido no país onde veio a ser condenado, menos vontade tem de voltar para a sua pátria.

Afinal, os participantes manifestaram a esperança de que o VII Congresso possa adotar o Modelo de Acordo proposto, a fim de que aos condenados estrangeiros também seja possibilitada boa reintegração no convívio social, o que, num país diverso da própria pátria, é dificultado por causa de uma certa discriminação que, verificada na prática, é devida, provavelmente, a barreiras lingüísticas, falta de comunicação e diversidade de tradições sociais e culturais.

Esta parte do projeto de relatório foi encerrada com o registro da alusão, feita por um dos peritos, a futuros passos no caminho da transferência de presos, durante o processo penal, isto é, em fase anterior à condenação. Realmente, avançado esse perito... (15)

7 – Observação final

Outros documentos e textos diversos existem, da ONU, concernentes aos estudos feitos, a decisões e recomendações sobre o já preocupante assunto dos presos estrangeiros. Todavia, não há de ser demais repetir, só foram compulsados os citados nestas páginas, porque só esses foi possível conseguir. Não sendo todos, parece, no entanto, que hão de ter sido suficientes para constituir uma boa amostra, oferecendo um quadro bastante claro dos problemas grandes e pequenos que compõem a problemática, dos diversos pontos de vista e posições, e dos rumos que se pensa poderem conduzir à desejada solução.

Tampouco se pretendeu, neste artigo, dizer tudo sobre o assunto. Outros comentários e referências há que merecem, a seu tempo, ser feitos, em matéria de transferência de condenados para cumprirem a pena na sua pátria (ou no país onde residiam antes de cometer o crime e ser sentenciados em país diverso). Nos dias que correm, nas condições e circunstâncias da vida atual, essa questão — da transferência de presos (condenados) estrangeiros — não pode ser descurada. Ela demanda tratamento doutrinário e normativo, tanto como duas outras questões, isto é, a da extradição e a da expulsão, com as quais tem algum ponto de contato, mas de cada uma das quais tem suficientes diferenças para com nenhuma delas se confundir. Como é sabido, a extradição é um instituto jurídico de cooperação internacional, na área que abrange o combate contra o crime, o controle da criminalidade, e a Justiça Penal; hoje não se pode mais pôr em dúvida a necessidade do instituto jurídico da transferência de condenados, a par do da extradição e ambos se completando reciprocamente.

(15) (...) "Topic V: Formulation and Application of United Nations Standards and Norms in Criminal Justice". *Seventh United Nations Congress* (...). Varenna, Italy, 24-28 September 1984, paragraphs 49-55, pp. 17-19.

Responsabilidade criminal e civil pelos ilícitos da era nuclear

LINCOLN MAGALHÃES DA ROCHA

Professor da Universidade de Brasília (1965-1985). Ministro-Substituto do Tribunal de Contas da União. Master of Comparative Law — EE. Unidos (1963-1964). Doutor em Direito pela Universidade de MG (1962). Enseignant de Droits de l'Homme — Strasbourg (1976). Visiting Professor da ONU (1976). Honorary District Attorney of Philadelphia (1976). Curso na Universidade de Roma (1981). Ex-Membro do Ministério Público de MG e do DF.

SUMÁRIO

1. **Responsabilidade criminal e civil pelos ilícitos da era nuclear**
 - 1.1 **O ilícito penal — Os crimes nucleares**
 - 1.2 **O ilícito civil — Responsabilidade sem culpa**
 - 1.2.1 **Generalidades**
 - 1.2.2 **Insuficiência da idéia metafísica do livre arbítrio**
 - 1.2.3 **A solução da "common law":**
 - a) **Animais**
 - b) **O problema do fogo**
 - c) **Coisas e atividades perigosas**
 - 1.2.4 **O problema do automóvel**
 - 1.2.5 **Extensão da responsabilidade**
 - 1.2.6 **Novos horizontes**
 - 1.2.7 **Vaticínio de POUND**

1. Responsabilidade criminal e civil pelos ilícitos da era nuclear

Assunto que está a merecer profundos estudos é o das implicações da energia nuclear com o direito.

No Brasil alguns poucos escritores cuidaram do tema (1), e legislação de 18 de outubro de 1977 versa o problema da responsabilidade

(1) WALTER TOLENTINO ALVARES. *Introdução ao Direito da Energia Nuclear*. SP, Ed. Sugestões Literárias, 1975. MARIO PESSOA. *Leis da Guerra e Armas Nucleares*. SP, Ed. Revista dos Tribunais, 1969.

pelo uso da energia nuclear, tanto sob o aspecto cível como sob o criminal, além de abundante legislação extravagante.

O eminente Prof. WALTER T. ALVARES define o direito de energia como o ramo da ciência jurídica que estuda as relações jurídicas atinentes à disciplina da utilização de resultantes tecnológicos da energia, com repercussão econômica.

Ao mesmo tempo considera ramo derivado deste o direito atômico ou direito de energia nuclear. Esse complexo é que disciplina as relações jurídicas pertinentes à energia nuclear e envolventes da tecnologia respectiva, sua utilização e efeitos.

Como salientamos acima, o legislador brasileiro editou a Lei nº 6.453, de 17-10-77, que dispõe sobre a responsabilidade civil e criminal por atos relacionados com a atividade nuclear.

O referido diploma se encontra dividido em 3 capítulos.

No primeiro, fazem-se algumas definições ou conceituações de fatos de linguagem comum de atividade nuclear como operador, combustível nuclear, produtos ou rejeitos radioativos, material nuclear, reator nuclear, instalação, dano nuclear, acidente, radiação ionizante, etc.

No segundo capítulo, 14 artigos tratam da responsabilidade civil, onde se enfatiza a responsabilidade objetiva do operador pelo dano causado por acidente nuclear.

É nesta parte da lei que se estabelece a competência do juízo federal, o prazo processual de um decênio para o pleito da indenização, a obrigatoriedade do seguro ou da garantia, a responsabilidade subsidiária da União.

Finalmente, no capítulo III se encontra o tratamento da responsabilidade pelos crimes nucleares.

1.1 O ilícito penal — Os crimes nucleares

Começa o 1º artigo, dos 9 que tratam da espécie, por enfatizar que esta lei não revoga os crimes nucleares ou atômicos tipificados na lei de segurança e nas demais.

Em seguida define 8 tipos novos de crimes contra a energia.

Vejamo-los, cada um de per si.

O primeiro deles consiste em produzir, processar, fornecer ou usar material nuclear, sem a necessária autorização ou para fim diverso do permitido em lei.

O objetivo desta incriminação é tornar a atividade nuclear inteiramente controlada pelo Poder Público.

Esta definição põe bem à mostra a política governamental de energia nuclear e de controle sobre a atividade nuclear, em razão da grande importância de tal fonte de energia.

Aliás, no parecer do Congresso Nacional, de autoria do Deputado JORGE VARGAS, já se louvava a iniciativa do governo em elaborar tal diploma, o que demonstrava a consciência das altas responsabilidades da implantação de um programa nuclear, cuja segurança deve ser a principal preocupação dos executores.

A falta de autorização é equiparada ao desvio de finalidade e aparece na lei como elementos especiais do tipo.

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo deste crime. No caso de o crime ser praticado por sociedade ou pessoas jurídicas, a responsabilidade continua a ser pessoal dos agentes.

O objeto jurídico do crime é, como já se disse, a consecução de uma política oficial de energia nuclear.

A ação material consiste na produção, processamento, fornecimento ou uso de material nuclear.

O material nuclear é o combustível nuclear e os produtos ou rejeitos radioativos.

Para a realização do crime exige-se que o agente tenha agido com **dolo**.

Não se pune tal atividade quando praticada sem dolo, i. e., apenas por culpa.

A pena cominada é a mais grave de todas, reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos — o que mostra a preocupação do legislador em conservar o seu projeto energético.

A autorização para instalações nucleares, posse, uso, armazenamento e transporte de material nuclear bem como a comercialização do mesmo e outros compete ao CNEN — Comissão Nacional de Energia Nuclear, por força da Lei nº 4.118, de 27 de agosto de 1962, e posteriores.

Outra conduta tipificada pelo legislador como ilícito penal é a de permitir o responsável pela instalação nuclear, sua operação, sem a necessária autorização legal.

Mais uma vez se enfatiza a preocupação de que o projeto nuclear não se faça à revelia do governo.

O sujeito ativo do crime só pode ser o responsável pela instalação nuclear.

Instalação nuclear é um conceito legal: consiste a) num reator nuclear, salvo o utilizado como fonte de energia em meio de transporte, tanto para a propulsão como para outros fins; b) numa fábrica que utilize combustível nuclear para a produção de materiais nucleares ou na qual se proceda a tratamento de materiais nucleares, incluídas as instalações de reprocessamento de combustível nuclear irradiado; c) o local de armazenamento de materiais nucleares, exceto aqueles usados ocasionalmente durante o transporte.

Basta que ele deixe propositalmente de proibir a operação da instalação nuclear para incidir nas cominações legais.

Tal permissão não pode ser imputada ao responsável a título de culpa: a simples negligência ou imprudência do agente não torna sua conduta punível.

A antijuridicidade da conduta consiste em ofender ao projeto e à política nuclear do governo.

A ação material comporta tanto o procedimento comissivo como o omissivo.

Ele será comissivo por ação quando o permitir consistir em uma autorização formal para o uso da instalação nuclear.

Será comissivo por omissão quando o agente deixar de cumprir o seu dever de impedir o resultado: o uso da instalação. Ele tem o dever jurídico de assim proceder.

Conforme a informação de WALTER T. ALVARES, o processo de concessão de licença difere na legislação americana e na brasileira: enquanto na legislação brasileira o processo é inteiramente administrativo, fechado, de sorte que todo poder decisório decorre do órgão federal competente, como consequência, aliás lógica, de que sendo no Brasil um monopólio da União, somente a ela cabe decisão pelos seus órgãos a quem outorgar a autorização para a construção de reatores. No presente, nos Estados Unidos a relação se desenvolve nos quadros do que se poderia designar por "indústria sob regulamentação". É verdade que houve, lá, uma verdadeira linha de projeção institucional, tendo começado como monopólio estatal.

Quer-nos parecer que o uso do átomo em desacordo com as salvaguardas enseja o enquadramento do infrator na lei repressiva nuclear.

Ora, as salvaguardas vedam o uso do material nuclear para armas atômicas ou para qualquer outro fim militar.

No sistema brasileiro constitui monopólio da União, segundo a Lei nº 4.118, de 27-8-62 (Código Minerário):

- 1) pesquisa e lavra das jazidas de minérios nucleares;

2) comércio dos minérios nucleares e seus concentrados; dos elementos nucleares e seus compostos; dos materiais fisséis e férteis; dos radioisótopos artificiais e substâncias radioativas das três séries naturais; de subprodutos nucleares;

3) a produção de materiais nucleares e sua industrialização.

Este monopólio será exercido em nome da União pelo CNEN — como órgão de orientação, planejamento, fiscalização e pesquisa científica e pela NUCLEBRAS ou seus subsidiários como órgão de exame conforme Lei nº 6.189, de 16-12-74.

A terceira figura de ilícitos penais, em matéria nuclear, é a que se refere à posse, aquisição, transferência, transporte, guarda ou porte de material nuclear, sem a devida autorização.

Mais uma vez o legislador se refere à autorização como condição necessária para que a conduta não se revista do caráter de ilicitude.

Já sabemos que material nuclear é o combustível nuclear ou o produto ou rejeito radioativo.

A posse de tal material é proibida, não só porque o seu uso tem de ser autorizado, mas também pelo fato de ser um material perigoso.

Assim, o legislador previne uma conduta mais perigosa para a comunidade indo à raiz do fato: proibindo o seu porte ou guarda.

Não se exige intenção especial de uso do material; a sua simples posse não autorizada e consciente constitui o crime do art. 22 da lei nuclear.

Mais uma vez se salienta que a conduta meramente cúposa — por imprudência, negligência ou imperícia — não constitui o ilícito.

A antijuridicidade do comportamento está em não agir o cidadão em conformidade com o ordenamento jurídico regional, i. e., não ter a necessária autorização.

O crime pode ter como sujeito ativo qualquer pessoa do povo, seja nacional ou estrangeira.

Mais uma vez, aplica-se a regra geral a respeito da responsabilidade em se tratando de sociedade ou pessoas jurídicas: não são os diretores que respondem **ipso facto**, mas quantos houverem praticado o fato.

A pena é a mais branda da lei: vai de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Já a quarta figura trata da hipótese de espionagem passiva: consiste em entregar ilicitamente informações sigilosas, concernentes à energia nuclear.

A sabedoria popular ensina que o segredo é a alma do negócio. Em termos de segurança, a lição do provérbio é válida.

O sigilo industrial interessa a quem detém o **know how**, sendo considerada criminosa a conduta de quem o transmite, ilegalmente.

O sujeito ativo do crime de espionagem passiva pode ser qualquer pessoa, nacional ou estrangeira.

Qual seria o sujeito passivo deste crime? O Estado ou o operador, como a pessoa titular da autorização.

O elemento material consiste em qualquer forma de transmissão do segredo, seja por meios convencionais ou por processos avançados de tecnologia de comunicações.

O importante é que a matéria sigilosa não chegue a conhecimento de destinatários não autorizados.

O bem jurídico ofendido é também a lealdade que deve existir.

O elemento subjetivo consiste no **animus ferendae delationis**, isto é, na vontade de entregar a informação secreta a terceiros.

Não se pune a conduta meramente culposa.

Vai aqui nossa crítica ao legislador que não cuidou da modalidade culposa dos crimes atômicos.

Um outro tipo define a extração, o beneficiamento e o comércio ilegal do minério nuclear.

O objeto material é o minério nuclear, isto é, o mineral físsil, ou seja, aquele que, pela instabilidade do núcleo de átomos, representa características e facilidades de ter os átomos fisionáveis, através de tecnologia atual, como é o caso do **urânio**.

Minério nuclear é um conceito normativo ou se trataria de uma norma penal em branco?

A Lei nº 4.118, de 27 de agosto de 1962, define o minério nuclear como toda concentração natural de mineral nuclear, na qual o elemento ou elementos nucleares ocorrem em proporção e condições que permitam sua exploração econômica.

Ora, o elemento nuclear é todo elemento químico que possa ser utilizado na libertação de energia em reatores nucleares ou que possa dar origem a elementos químicos que possam ser utilizados para esse fim.

Periodicamente, o CNEN especificará os elementos que devem ser considerados nucleares, além do urânio natural e do tório e do plutônio.

Trata-se, pois, de uma norma penal em branco.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, nacional ou estrangeira.

A ação material consiste na extração, beneficiamento ou comércio.

Extrair é retirar de sua fonte o minério através de qualquer processo.

Beneficiar é adicionar qualquer melhoramento à matéria bruta ou torná-la apta para o uso.

Comerciar é introduzir na circulação a mercadoria, seja pelo armazenamento, oferta, colocação, distribuição, compra ou venda do produto.

Exige-se que tal atividade seja praticada à margem da lei, para que se caracterize a antijuridicidade da conduta.

O elemento psicológico é o dolo, não se punindo a forma culposa.

A pena é a mais branda, colocando-se entre 2 (dois) a 6 (seis) anos de reclusão.

Não se trata de um bem **extra commercium**, mas de uma mercadoria sob a tutela do Estado.

A sexta figura refere-se ao comércio internacional de materiais e minérios e concentrados que contenham matéria nuclear.

O suposto normativo prevê como ilícita a conduta de exportar ou importar, sem a necessária licença, material nuclear, minérios nucleares e seus concentrados, minérios de interesse para a energia nuclear e minérios e concentrados que contenham elementos nucleares.

Exportar consiste em fazer sair do território nacional a mercadoria, ao passo que importar é a atividade antípoda, consistente em introduzir no país a coisa.

Trata-se de atos de comércio internacional, embora possa ser praticado sem qualquer **intuitus lucri faciendi**.

A atividade só se torna ofensiva ao ordenamento jurídico em função da falta de autorização por tal prática.

O objeto da atividade é qualquer material nuclear, minérios nucleares e seus concentrados, minérios de interesse para a energia nuclear e minérios e concentrados que contenham elementos nucleares.

Material nuclear é o combustível nuclear, bem como o produto ou rejeito radioativo.

A própria lei define o combustível nuclear como o material capaz de produzir energia, mediante processo auto-sustentado de fissão nuclear.

Do mesmo modo, o produto e o rejeito radioativos se caracterizam como os materiais obtidos durante o processo de produção ou da utilização dos referidos combustíveis nucleares ou cuja radioatividade se tenha originado de exposição às irradiações inerentes a tal processo.

Excetuam-se os radioisótopos que tenham alcançado o estágio final de elaboração e já se possam utilizar para fins científicos, médicos, agrícolas, comerciais ou industriais.

Sobre o conceito de minérios nucleares já falamos ao tratar do art. 24 da lei.

O legislador fala também em minério "de interesse para a energia nuclear".

Ora trata-se de um tipo muito aberto que retira à definição legal aquela garantia que representa o princípio da legalidade.

Não usou de boa técnica o legislador ao dimensionar de forma tão vaga o objeto da tutela penal.

Tal modo de legislar ofende ao princípio do **nullum crimen sine lege**, pois dá uma abertura demasiada ao critério subjetivo do julgador.

Quantos minérios podem interessar ao problema nuclear de maneira indireta ou mesmo direta e não se alinharem entre os estritamente nucleares?

A só presença deste questionamento seria suficiente para demonstrar a impropriedade de tal definição, mas de qualquer modo nos encontramos diante de uma norma legal em branco, face ao que determina a Lei nº 6.189, de 16-12-74, no art. 2º, VII, como competência do CNEN: a especificação de elementos e materiais de interesse para a energia nuclear.

O crime se consuma no momento em que a mercadoria saia da nossa fronteira ou nela ingresse, conforme a hipótese.

Figura da maior relevância é a prevista no art. 26 da lei criadora da repressão à atividade nuclear.

Trata-se do crime de deixar de observar as normas de segurança ou de proteção relativas à instalação nuclear ou ao uso, transporte, posse e guarda do material nuclear, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio.

É norma de fundamental importância para a atividade nuclear, qual seja a de defender a população dos efeitos nocivos da radiação e de um acidente nuclear.

Recentemente o mundo tem sido abalado com notícias de catástrofes nucleares, como foi o caso recente da usina de Three Mile Is-

land nos Estados Unidos da América e dos gases industriais na Índia, além dos exemplos de Cubatão.

Os maiores protestos de adeptos do meio ambiente se têm levantado contra a atividade nuclear nos principais países do mundo.

No Brasil não são poucos os que vêm com certa nostalgia o ingresso do País no mundo nuclear.

Trata-se realmente de uma atividade com alto índice de risco... e os sinistros, quando verificados, são irremediáveis e catastróficos.

Andou, pois, bem o legislador ao cercar do maior cuidado a atividade nuclear, criando este crime de perigo.

Os bens jurídicos protegidos são a vida, a integridade física ou o patrimônio.

Os desastres nucleares atingem tanto as pessoas como o patrimônio.

Os males causados vão até à morte, podendo provocar graves prejuízos à integridade física e à saúde.

Por esse motivo, merece encômios o legislador brasileiro, ao estabelecer a **responsabilidade objetiva** no caso do mau uso da energia atômica — nas relações derivadas do ilícito civil conservando a responsabilidade penal dentro dos moldes tradicionais da **culpabilidade**, como convém a um sistema jurídico bem estatuído.

A propósito da **responsabilidade civil** objetiva ou sem culpa, voltaremos a tecer novas considerações abaixo.

O elemento subjetivo é o dolo de perigo. Basta a consciência de não estar observando as regras de segurança ditadas pela tecnologia, para incidir nesta figura.

É um crime de mera conduta, que não depende do resultado lesivo para sua plena configuração.

É um crime omissivo próprio, e consiste na omissão do dever de observar as normas de segurança ou de proteção relativas a toda a atividade nuclear.

O operador não responde pelos reparos do dano causado por conflito armado, hostilidade, guerra civil, insurreição ou excepcional fato da natureza.

O lixo atômico deve também merecer proteção especial por parte do operador da instalação nuclear.

Ainda agora se tem notícia de que a NUCLEBRAS está construindo uma usina de lixo atômico em Município capixaba, na foz do rio Piraqueçu, onde as belas praias de coqueiros deixarão de ser fre-

qüentadas pelos apreciadores da natureza, para não receberem a contaminação dos rejeitos nucleares.

A última figura se refere ao boicote de atividade nuclear.

Consiste em sabotagem da atividade nuclear, impedindo ou dificultando o funcionamento da instalação nuclear ou o transporte de material nuclear.

Trata-se de um crime que ofende não só a política nuclear, como também o livre exercício de atividade industrial ou regional.

O sujeito ativo do crime pode ser qualquer pessoa, nacional ou estrangeira.

A ação material consiste em impedir ou dificultar o funcionamento.

A forma de impedir pode assumir diversas conotações desde a ação física de ações até à simples ameaça às pessoas que trabalham na atividade.

Também, o ato de dificultar pode assumir as mais diversas formas de ação que obstem ou dificultem o funcionamento de instalação nuclear.

Por instalação nuclear se compreenderão as três hipóteses da lei:

- a) o reator nuclear, salvo o utilizado como fonte de energia em meio de transporte;
- b) a fábrica que utiliza combustível nuclear para produção de materiais nucleares ou na qual se proceda a tratamento de materiais nucleares, incluídas as instalações de reprocessamento de combustível nuclear irradiado;
- c) o local de armazenamento de materiais nucleares, exceto aquele ocasionalmente usado durante o seu transporte.

É objeto desse crime também a sabotagem do transporte do combustível nuclear e dos produtos ou rejeitos radioativos.

A ação material pode assumir uma gama imensa de variações bastando que se consiga atingir o resultado sabotagem.

O elemento subjetivo é mais uma vez o dolo, não se punindo a modalidade culposa.

A objetividade jurídica genérica é a proteção ao uso da energia nuclear, a específica é a tutela do livre exercício de atividades.

A sanção é a mais grave das apresentadas pela lei: vai de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.

1.2 O ilícito civil — Responsabilidade sem culpa.

1.2.1 Generalidades

O problema da responsabilidade civil por danos causados a terceiros é, sem dúvida, um dos temas mais atuais do direito civil, sobretudo em seu aspecto de responsabilidade objetiva, como um passo à frente no caminho da socialização do risco.

O assunto tem merecido a atenção de eminentes civilistas pátrios, dos quais citarei apenas o Professor CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, ilustre civilista mineiro e um dos encarregados da Reforma do Código Civil e da elaboração do Código de Obrigações. Assevera ele às fls. 376 de sua recente obra que:

“a regra geral que deve presidir à responsabilidade civil é a sua fundamentação na idéia de culpa, mas sendo esta insuficiente para atender às imposições do progresso, cumpre ao legislador fixar os casos em que deverá ocorrer a obrigação de indenizar, independente de culpa” (2).

Outra importante obra, sobre o assunto, é a avançada tese do Professor WILSON MELO DA SILVA, com a qual logrou a Cátedra do Direito Civil da Universidade de Minas Gerais, intitulada “Responsabilidade Civil e Socialização do Risco”.

Também, trabalho de vulto, é o produzido pelo Ministro AGUIAR DIAS, **Da Responsabilidade Civil**, obra clássica no gênero.

1.2.2 Insuficiência da idéia metafísica do livre arbitrio

Ao espírito de certos juristas da **common law** o dogma do **nolliability without legal fault** se afigurava como um corolário necessário do ser dotado de livre arbitrio e capacidade de autodeterminação. Parecia uma insensatez jurídica atribuir uma responsabilidade a quem fosse moralmente isento de culpa. Tal foi o argumento de eminentes juristas em seus votos, às vezes vencidos, a propósito de caso referente à responsabilidade do empregador, por acidentes sofridos por seus empregados, durante o trabalho.

Entretanto, como salienta STONE, não tinham razão os **dissenting judges** (3). Exemplos vários há, nos primórdios da **common law**, em que o teste para a responsabilidade não era negligência nem intenção. Era, por exemplo, o caso do **trespass**, do **libet**, dos contratos de transporte e de hotéis, em que havia a chamada “**strict liability**” ou responsabilidade sem culpa.

(2) CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA. *Instituições de Direito Civil*. RJ, Forense, 1961-1974, p. 376.

(3) JULIUS STONE. *The Province and Function of Law*. Cambridge, Harvard University Press, 1961, pp. 559-560.

Já em 1919, o grande filósofo do direito anglo-americano, ROSCOE POUND, formulava os seus célebres 5 postulados jurídicos, dos quais o quarto e o quinto assim rezavam:

“IV — Numa sociedade civilizada, os homens devem supor que aqueles que se dedicam a qualquer mister agirão com devido cuidado, de modo a não criar riscos para a integridade de outrem.

V — Numa sociedade civilizada, os homens devem supor que aqueles que mantêm coisas suscetíveis de escapar e causar danos a terceiros, guardá-las-ão com a devida cautela, em seus próprios lugares.”

Vinte e quatro anos mais tarde, o mesmo filósofo ratificava a validade de seus postulados que foram elaborados **sub specie aeternitatis**.

Entende o citado jurista que o direito americano admite três tipos de responsabilidade extracontratual: (I) por atos intencionais; (II) por atos não intencionais, mas culpáveis; (III) por um ato não intencional e não culpável (4).

Os dois primeiros se enquadram na doutrina do **no liability without fault**, mas o terceiro escapa a esta regra.

Cumpra aqui lembrar que já a doutrina do direito romano, após elaborar a divisão dúplice de que obrigações só nascem do contrato ou do delito, ou a quadripartida, segundo a qual as fontes da obrigação são o contrato, o quase-contrato, o delito e o quase-delito, nos apresenta no **Digesto** a divisão tripartida, acrescentando a forma **aut quoddam jure, ex variis figuris causarum** (5). Não estariam por acaso incluídas nesta terceira fórmula todas aquelas fontes de obrigações ditadas pela necessidade e pelos progressos da civilização?

A necessidade de criar um clima de segurança geral ditou esse **tertium genus** de responsabilidade extracontratual, independentemente da existência da culpa.

1.2.3 A solução da “common law”

Passemos a examinar como a doutrina e a jurisprudência das cortes Anglo-americanas versaram o problema. Vejamos como, aos poucos, foi-se abandonando o teste da negligência e do dolo, para se dar preeminência ao interesse maior das exigências sociais, através da imposição da responsabilidade objetiva.

(4) ROSCOE POUND. *An Introduction to the Philosophy of law*. RJ, Zahar 1965, p. 85.

(5) GAIUS. *Institutas*. La Plata, Ed. Libr. Jurídica, 1975, p. 8.

O grande tratadista americano PROSSER inicia o capítulo referente à **strict liability** expondo que, até o final do século XIX, o progresso do direito era no sentido de limitar a responsabilidade extracontratual à falta, entendida esta no sentido de uma intenção direta de produzir o dano ou de uma conduta anti-social. O direito moderno, porém, está desenvolvendo uma política no sentido de impor a responsabilidade civil, independente de falta, particularmente nos casos em que a atividade do ofensor envolva um perigo fora do comum aos outros, mesmo quando ela seja desempenhada com todas as precauções possíveis. A base dessa política é filosofia social que coloca o ônus dos prejuízos devidos à complexidade da vida moderna sobre aquelas pessoas mais capazes de suportá-los ou de distribuí-los com a comunidade em geral (").

Nos primórdios da história da **common law**, a idéia predominante era de conservar a paz entre os indivíduos, oferecendo um remédio que substituísse a vingança privada.

A idéia predominante já desde 1681, expressa no caso Lambert V. Bessey, era de que a lei não devia olhar tanto a intenção do agente quanto os danos e prejuízos sofridos pela parte. Tratava-se de um sonâmbulo que, numa de suas crises, dirigiu-se a uma casa de louças e lá destruiu tudo que encontrou.

Se bem que se lhe reconhecesse a irresponsabilidade penal, em virtude de seu estado patológico, que o impediu de ver o caráter criminoso de seu ato, condenou-se o acusado ao pagamento da indenização civil. Havia consenso de que **he who breaks must pay**.

Com o correr dos tempos a ciência jurídica caminhou no sentido do reconhecimento da falta, como causa da responsabilidade extracontratual.

A falta aí era encarada não só sob o aspecto de uma conduta moralmente má, mas, também, e sobretudo, da não conformidade a um padrão de procedimento que poderia estar, inclusive, acima da capacidade individual.

Assim é que, neste último sentido, se poderia descobrir falta até num procedimento inocente, que se tornasse um mal social.

Partindo deste raciocínio, não foi difícil chegar à construção atual da responsabilidade objetiva e da conseqüente queda da regra metafísica do **no liability without fault**.

Razões de ordem social tornaram necessária a volta à antiga regra de "he who breaks must pay".

(6) WILLIAM L. PROSSER. *Handbook of the Law of Torts*. Ed. West Publishing, 1941, p. 315.

Essa tendência se fez sentir sobretudo através da legislação trabalhista, **workmen's compensation acts**, leis estas que algumas cortes chegaram a julgar inconstitucionais, sob a alegação de contrárias à emenda XIV, consagrada do **due process of law**.

Esta política se fez sentir, sobretudo, em relação às atividades inovadoras e que constituíssem um grande perigo, ainda que fossem conduzidas com toda precaução. A base desta responsabilidade é o comportamento intencional de expor a comunidade a tal risco.

Os casos principais a que se tem aplicado a teoria da **strict liability** podem assim ser agrupados:

- a) em relação a animais;
- b) em relação ao fogo;
- c) em relação a coisas e atividades perigosas.

a) Animais

O guardião de um animal é responsável pelos danos que venha a causar à propriedade vizinha, à pessoa ou aos bens de outrem, independentemente de culpa ou negligência na sua guarda. Tal é a doutrina que foi inaugurada desde o caso *Noyes V. Colby*, julgado em 1885.

É o caso de bois, vacas, porcos, carneiros etc.

Esta regra não tem sido aplicada geralmente em relação a cães e gatos, especialmente em relação a estes, porque o mal que eles causam é mínimo.

Interessante e prática é a legislação do Texas, nesse sentido, pois exige, para que o lesado possa pleitear em juízo, sob alegação de responsabilidade objetiva, que a sua propriedade seja cercada. Em caso contrário, só poderá demandar, baseado na negligência. Note-se o caráter prático da solução, em se tratando de uma região agrícola.

Quanto aos animais que atravessam as estradas de rodagem, causando danos aos motoristas, o julgamento no caso *Bender V. Welsh*, emitido pela Corte de Pensilvânia, em 1942, deu provimento à pretensão do autor, e estabeleceu que o fato de animais atravessarem uma pista sem estarem conduzidos por alguém demonstra falta de diligência na sua guarda.

A decisão no caso *Hughes V. Woliens*, em 1942, de uma das cortes da Inglaterra, criticou como "antiquada e anômala" a regra de que "o dono de um animal não tinha obrigação de guardar os seus animais domésticos, impedindo-os de ir até as estradas".

Quanto aos animais perigosos, a regra é da responsabilidade objetiva. Quanto aos domésticos, aplica-se a regra chamada "scienter",

segundo a qual, para se responsabilizar o proprietário do animal, é necessário que o referido dono conheça a propensão do seu animal para aquele tipo de mal.

Assim, o fato de um cão ter **mordido** uma vez uma pessoa, é suficiente para se estabelecer a sua propensão perigosa: a **dangerous propensity**.

b) O problema do fogo

A princípio, a **common law** aparentemente impunha a responsabilidade objetiva pela propagação do fogo. Esta regra foi modificada por **statutes** na Inglaterra e nunca aceita como parte da **common law** americana.

Apenas em certas circunstâncias, tais como em operações de locomotivas, ela foi restaurada pela legislação de muitas jurisdições estaduais.

O teste tem sido a negligência em relação à propagação do fogo, se bem que se tenha exigido um padrão bem rigoroso de comportamento, por se tratar de elemento de alta periculosidade.

Os **Statutes** têm sido os moldadores da responsabilidade objetiva, em casos de situações perigosas, tais como queimadas e fogueiras e sobretudo em relação às fagulhas lançadas pelas locomotivas.

c) Coisas e atividades perigosas

“O princípio de que o causador de danos por coisas e atividades perigosas é responsável civilmente, ainda que aja sem culpa ou dentro do **standard** de procedimento, tem sido reconhecido plenamente na Inglaterra e, também de modo considerável, nos Estados Unidos” (7).

Esta doutrina é relativamente recente na **common law**.

Data de 1868 o caso *Rylands v. Fletcher* que é “leading” na espécie e foi decidido pela Câmara dos Lordes.

Tratava-se da espécie de um reservatório construído pelos réus que, ao romper as suas barreiras, destruiu uma mina de carvão dos autores. A ação foi julgada procedente da Exchequer Chamber e confirmada na **House of Lords**.

A fundamentação da sentença distinguiu o uso natural e o uso a que chamamos artificial ou de empresa. O primeiro não gera qualquer responsabilidade, a não ser que se deixe de usar os **standards** legais. O segundo se faz por conta do usuário. A responsabilidade é objetiva, como salientaram o Lord Chancellor CAIRNS e Lord CRANWORTH.

(7) WILLIAM L. PROSSER. *Handbook of the Law of Torts*. Ed. West Publishing, 1941, p. 323.

A regra invocada foi a do *sic uti suo ut non laedat alienum*, usar de tal modo e sem que se cause dano a outrem.

Para a determinação de que vem a ser um uso natural da coisa, como salienta PROSSER (8), as cortes têm apreciado não só a natureza das coisas, como também o lugar e a maneira como são usadas.

Assim, a água retida em reservatórios hidráulicos é um uso não natural da terra, enquanto que em uma cisterna é um uso natural que não acarretará a responsabilidade objetiva do proprietário. Gás ou eletricidade, através de pequenos condutores, é um uso natural; grandes reservatórios de gás ou fios de alta voltagem são outra coisa.

Tudo depende das circunstâncias. A vitalidade desta doutrina é asseverada por POUND (9), quando demonstra a inconsistência dos ataques dos opositores da doutrina, que atribuem as influências dos latifundiários e proprietários de terra sobre a Câmara dos Lordes. Mostra ele que as decisões são igualmente controvertidas em Massachusetts e Pennsylvania, ambos Estados industriais, como no Texas e Kentucky, Estados agrícolas.

Certos comentaristas americanos, por muitos anos, laboraram em erro ao concluir, como *holding* de Rylands v. Fletcher, que "o réu é objetivamente responsável sempre que alguma coisa sob seu controle escape e cause danos a terceiros" (10).

A conclusão da sentença foi mal interpretada, gerando o seu desprestígio em algumas jurisdições.

Daí a condenação por parte de muitos autores da doutrina, sob a alegação de que ela era uma injustificável extensão do princípio a acidentes inevitáveis, onde o teste poderia ser a negligência, coadjuvado pelo princípio da *res ipsa loquitur*.

Outra importante razão invocada para desprestigiar a doutrina era o obstáculo que ela criava ao desenvolvimento do progresso, numa civilização em crescimento. Este argumento viria a cair mais tarde diante da comensuração dos interesses protegidos e se aceitaria a regra de que o empresário deveria assumir o risco da responsabilidade civil.

O *Restatement of Torts* adotou o princípio formulado no caso Rylands v. Fletcher, limitando a *ultrahazardous activity* definida como a atividade que *necessarily involves a risk of serious harm to the person, land or chattels of others which cannot be eliminated by the exercise of due care* e que *it's a matter of common usage* (11).

(8) *Idem, ibidem.*

(9) WILLIAM L. PROSSER. *Handbook of the Law of Torts*. Ed. West Publishing, 1941, p. 330.

(10) WILLIAM L. PROSSER. *Op. cit.*, p. 330.

(11) AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement of the Law*, Second., American Law Institute Publishers, St. Paul, Minnesota, 1965.

Esta regra abandona o teste inglês da situação da coisa em relação a seus arredores, ao mesmo tempo que insiste no perigo extremo e na impossibilidade de eliminá-lo com todo cuidado possível.

Tão arraigada está a doutrina que, mesmo nas jurisdições onde ela não é aceita, os tribunais a têm consagrado sob a forma de várias outras teorias, tais como **trespass** ou **nuisance**.

Trespass é o **tort** que consiste numa invasão de terras de outrem e **nuisance** pode ser tanto o complexo de pequenas ofensas que obstruem, causam inconveniência, ou prejudicam a comunidade no uso de seus direitos (public nuisance), como a interferência no uso da propriedade imóvel pelo indivíduo (private nuisance).

Esses expedientes vêm mostrar a atualidade da doutrina, o que levou POUND (12) a afirmar que **the vitality and persistence of the doctrine against the theoretical assault for more than a generation show that it is more than a historical anomaly or a dogmatic blunder.**

1.2.4 O problema do automóvel

A tônica da responsabilidade objetiva tem sido colocada na anormalidade ou artificialidade no uso da coisa.

Por essa razão, o automóvel, embora perigoso e fatal a muitos, por ser um instrumento comum e usual na rua, não tem sido considerado gerador de responsabilidade objetiva.

É PROSSER que assevera: **The automobile, dangerous and fatal to thousands as it undoubtedly is, is today an usual, customary phenomenon on the street for which there is no strict liability.** Como exemplo de decisões são citados Wing v. London General Omnibus Co. e Phillips v. Brittainia Hygienic Laundry Co., na Inglaterra, Hygie e Steffen v. Shoumlin, 19ss, Ohio, nos Estados Unidos.

Mas a tendência é colocar a tônica na periculosidade da coisa e na ameaça que causa à comunidade.

Por isso mesmo tem havido, nas últimas décadas, uma advocacia em favor da responsabilidade objetiva, ampliando bem o seu campo de incidência.

A criação do seguro de responsabilidade civil ou contra terceiros forneceu um poderoso argumento àqueles que advogam tal extensão, pois o custo de seguro poderia repercutir sobre a comunidade em cujo proveito foi instituído.

Assim a proposta de um seguro compulsório para o motorista e uma indenização para as vítimas é uma das importantes metas dos que propugnam pela extensão da teoria.

(12) ROSCOE POUND. *Op. cit.*, p. 95.

No direito pátrio a questão foi versada proficientemente por AGUIAR DIAS ⁽¹³⁾ em sua excelente obra, que conclui pela responsabilidade objetiva.

O automóvel criou um risco social próprio e tem sido comparado a uma arma municada e engatilhada pronta para ser detonada ou acionada.

A responsabilidade tem de ser estabelecida dentro de critérios objetivos.

A solução ideal seria "manter a limitação horária, combinada com a exigência de que conserve o motorista o domínio da velocidade da máquina" ⁽¹⁴⁾.

Fonte cotidiana de perigo, terror dos pais, o automóvel deve ser considerado um instrumento altamente perigoso, acarretando a seu condutor o dever indeclinável de tê-lo sempre sob o seu controle, sob pena de responder objetivamente pelos danos que venha a causar a pedestres, uma vez que o motorista não satisfaça as exigências ditadas pelo competente serviço de trânsito, tais como a devida habilitação, o uso de velocidade moderada e abstenção de malabarismos indevidos (sistema de segurança em boas condições de funcionamento, freios, sinais luminosos etc.).

1.2.5 Extensão da responsabilidade

A responsabilidade civil derivada do critério objetivo se restringe às conseqüências para as quais foi prevista, bem como se limita ao grupo de pessoas às quais ela visa a alcançar em sua formulação.

Costuma-se mesmo dizer, como afirma PROSSER, que o agente é um segurador contra a conseqüência de seus atos. Isto significa que a responsabilidade termina naquela linha limítrofe do risco, o que geralmente não acontece com os que intencional ou negligentemente causam o dano civil.

Esta limitação de responsabilidade se baseia antes numa política do que no princípio da causalidade.

Assim é que, diferentemente dos casos em que o evento é produzido por negligência ou por intenção deliberada, a responsabilidade cessa em caso de força maior ou pelo chamado **acts of God**.

Quanto ao procedimento da vítima, distinguem-se os casos de **contributory negligence** e de assunção do risco.

Aquela não constitui uma causa excludente, mas esta sim, pois não seria justo que se impusesse uma responsabilidade quando alguém

(13) JOSÉ DE AGUIAR DIAS. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1983, pp. 476 e segs.

(14) JOSÉ DE AGUIAR DIAS. *Op. cit.*, pp. 476 e segs.

intencionalmente preferiu correr o risco de um dano, provocando um acontecimento prejudicial a si mesmo.

1.2.6 Novos horizontes

É PROSSER que, ao final de seu excelente tratado sobre TORTS, assevera: **the principle of strict liability is being extended, both by statute and by common law, into other fields. Its ultimate limits must be a question for the social policy of the future** (15).

Já em 1914, JEREMIAH SMITH, comentando os **Workmen's Compensation Acts**, já antevia a extensão do princípio a um número quase infinito de casos.

O argumento de que a responsabilidade cria obstáculos a uma civilização em crescimento cai por terra diante não só das leis de acidente de trabalho (**Workmen's Compensation Acts**) mas também do **Federal Safety Appliance Act**, que requer sejam os trens equipados com dispositivos de segurança para proteção de seus empregados e do público em geral.

No mesmo sentido caminha a legislação protetora da higiene e saúde pública, impondo uma responsabilidade objetiva ao vendedor ou fabricante de produtos que, quando deteriorados, causam danos, ainda que se usem as costumeiras cautelas.

Na mesma linha têm também sido incluídos os casos referentes a danos causados às partes por produto perigoso posto na praça. É um caso que tem sido considerado híbrido, pois permite a ação da vítima tanto baseada no contrato, para o qual haveria uma **implied warrant**, como baseada em TORTS.

Ganha terreno a responsabilidade baseada em TORTS, porque dispensa, inclusive, a existência de uma relação contratual.

O caso célebre na espécie é o *Mac Pherson v. Buick Motor Co.*, julgado em 1916, sendo relator o eminente Judge CARDOZO. Tratava a espécie da venda de um automóvel feita pela fábrica Buick ao revendedor que, por sua vez, o revendeu a terceira pessoa. Esta se feriu quando uma das rodas se quebrou. CARDOZO, com sua autoridade de jurista, abandona a interpretação dada pelos comentaristas no caso *Thomas v. Winchester*, segundo a qual a regra só se referia a coisa perigosa **per se** como veneno, explosivo e que tais.

If the nature of a thing is such that it is reasonably certain to place life and limb in peril when negligently made, it is then a thing of danger, afirma ele (16).

(15) WILLIAM L. PROSSER. *Op. cit.*, p. 344.

(16) DOWLING PETTER and POWELL. *Materials for Legal Method*. 2.^a ed., University Casebook Series, 1952, p. 181.

Diz mais adiante, na fundamentada sentença, o ilustre magistrado: "Se ao elemento de perigo se acrescenta o conhecimento de que a coisa vai ser usada por pessoas, outras que não o comprador e usada sem novos testes, então, independentemente do contrato, o fabricante desta coisa de perigo está sob a obrigação de fazê-la cuidadosamente".

São também numerosos os casos de responsabilidade proveniente de acidentes de aviação, de transportadores e donos de hotel.

1.2.7 **Vaticínio de POUND**

Diz POUND, ao final do capítulo sobre responsabilidade civil, em seu excelente livro **An Introduction to the Philosophy of Law**, que, quando formulou os três postulados de responsabilidade civil, as funções do Estado de direito se limitavam a manter a paz, a segurança e a ordem pública.

Hoje, porém, em plena segunda metade do século XX, o Estado de direito amplia cada vez mais a sua área, intervindo em setores, antes deixados à iniciativa das partes interessadas. É o **welfare state**. Ele pretende significar muito mais. Quer inclusive o seguro contra a própria falta, imprudência, má sorte ou mesmo falta de caráter do cidadão — "It seems to be presupposed that, in civilized society, everyone may expect a full economic and social life."

Segundo o seu entendimento, o prejuízo resultante de um dano deve ser indenizado por quem esteja em melhores condições de lhe fazer frente.

Daí o enunciado de um novo postulado sobre responsabilidade civil: "Numa sociedade civilizada, os homens devem pressupor que os danos resultem de sua própria falta ou imprudência e de tal modo que a responsabilidade de repará-los seja lançada por lei em alguém mais capacitado para tal."

É óbvio que o direito tem de acompanhar a irreversível história e dar maior peso ao interesse social.

É bem verdade que os tribunais não podem conseguir um completo êxito do direito social, o que é atribuição específica das agências administrativas, chefiadas pelo Executivo.

A eles, porém, cumpre tomar a vanguarda deste movimento de socialização do risco.

"E se nós dissermos que a última palavra em matéria de responsabilidade civil é a confiança nas condições de uma sociedade civilizada, antes que na intenção do indivíduo, nós teremos feito o que de melhor há em relação à teoria da responsabilidade" (17).

(17) ROSCOE POUND. *Op. cit.*, p. 106.

Nuevas tendencias en la atención de los menores en situación irregular: la realidad chilena

JULIO PENA NÚÑEZ

Corresponsal Nacional en Prevención del Delito y Justicia Penal de la Secretaría de Naciones Unidas

I) *Introducción*

El presente trabajo pretende destacar las principales tendencias que orientan el proceso de atención de los menores en situación irregular en la actualidad.

El análisis se formula sobre la base de la evolución experimentada por la legislación chilena de menores.

La exposición se limita a la enumeración de los rasgos mas relevantes, acompañada de comentarios considerados indispensables.

Estas tendencias se expresan principalmente en los aspectos siguientes:

- Legislación realista, que exprese un enfoque unificado y multidisciplinario del problema de los menores en situación irregular.
- Equilibrio en la protección de los intereses de la comunidad y los de la persona del menor.
- Integración a la planificación para el desarrollo nacional.
- Adecuación al proceso de regionalización del país.
- Sistema integrado de Justicia de Menores.
- Apertura creciente hacia las medidas sustitutivas del internado.
- Métodos renovados de formación y perfeccionamiento de personal.
- Fortalecimiento de la participación de la comunidad.

Los párrafos siguientes comentan los aspectos señalados.

II) *Legislación realista, que exprese un enfoque unificado y multidisciplinario del problema de los menores en situación irregular*

El examen de la evolución experimentada por la legislación chilena de menores pone en evidencia los criterios básicos que han regido las acciones del Estado y de la comunidad frente al problema de los menores en situación irregular.

En la actualidad se tiende a un enfoque unificado y multidisciplinario, que represente los puntos de vista de todos los que forman el organismo social y los de las diversas disciplinas que se preocupan del hombre que vive en sociedad; primero, porque el problema y sus causas se dan en el seno de la sociedad y no al margen de ella; segundo, porque sus consecuencias se extienden a todo el organismo social; tercero, porque, por lo mismo, su prevención y tratamiento es tarea de todos y no solamente del Estado y de los servicios especializados, y cuarto, porque la experiencia histórica demuestra que los enfoques unilaterales, de determinados sectores o disciplinas, no sirven para abordar con éxito este problema.

La legislación debe ser el espejo que refleje este enfoque renovado.

La legislación debe ser, además, realista, es decir, responder a las exigencias del desarrollo socio-económico y cultural del país. La legislación no puede ser construida a espaldas de la realidad; por el contrario, debe constituir una respuesta eficiente a los desafíos que plantea esa realidad.

Este enfoque renovado representa la culminación de un largo proceso, iniciado en el siglo pasado.

Para apreciar el desarrollo de este proceso, conviene distinguir la situación existente antes de 1928 y la producida a partir de ese año. El hito fronterizo lo marca la dictación de la Ley n° 4.447, sobre protección de menores.

A) *Situación antes de 1928*

Este período se caracterizó por una orientación excesivamente jurídica, centrada mas en la exteriorización de la conducta (desacato a la autoridad paterna, vagancia, comisión de hechos contrarios a la ley penal) que en la persona del menor.

Primaba la protección de los intereses del Estado y de la comunidad. La consideración de la persona del menor pasó a ocupar un lugar subalterno.

Los principios básicos en que se apoyó la legislación de la época, fueron obra esencialmente de juristas que, en general, se limitaron a seguir el ejemplo de legislaciones de otros países.

Para demostrarlo bastan algunos ejemplos.

El artículo 233 del Código Civil, que entró en vigencia en 1857, facultaba a los padres para corregir y castigar moderadamente a los hijos, y cuando esto no bastaba, podían imponerles la pena de detención hasta por un mes en un establecimiento correccional. Era suficiente la demanda del padre y, con su mérito, el juez despachaba la orden de arresto. El juez debía calificar previamente los motivos de la petición, tratándose del hijo que había cumplido 16 años. El padre podía hacer cesar el arresto a su arbitrio.

Esta disposición fue tomada del artículo 375 del Código Civil francés.

El legislador se limitó a establecer esta forma de castigo paterno. No se preocupó de introducir disposiciones que asegurasen la existencia de lugares adecuados para hacer efectiva la detención correccional.

Lo mismo ocurrió con las disposiciones dictadas para regular la responsabilidad penal del menor.

El Código Penal entró en vigencia en 1874. Siguiendo el ejemplo del Código Penal español de 1850, declaró exento de responsabilidad criminal al menor de 10 años. Respecto del mayor de 10 y menor de 16 años, el juez debía determinar previamente si había obrado o no con discernimiento. Declarado sin discernimiento, estaba exento de responsabilidad criminal. Declarado con discernimiento, era penalmente responsable y sólo le favorecían algunas circunstancias atenuantes de la pena. La misma situación regía para el mayor de 16 y menor de 18 años imputado de delito.

Complementando estas disposiciones, el artículo 370 del Código de Procedimiento Penal estableció que el juez podía pronunciarse derechamente si del simple examen personal aparecía claramente de manifiesto el discernimiento con que había obrado el mayor de 10 y menor de 16 años. En caso contrario, debía recibir información acerca del criterio del menor y en especial de su aptitud para apreciar la criminalidad del hecho. Para ello, debía oír a las personas que pudieran deponer con acierto en razón de sus circunstancias personales o de las relaciones que hubiesen tenido con el menor antes o después de ejecutado el hecho. En su defecto, el juez debía nombrar un profesor de instrucción primaria y un facultativo para que examinasen al menor e informaran acerca de su capacidad de discernimiento.

Todo ello respondió a criterios prevalecientes en la época. El delito era considerado como un "ente jurídico", una relación contradictoria entre el hecho del hombre y la norma legal. La responsabilidad penal se sustentaba en el libre albedrío y la imputabilidad moral. El hombre era un ser inteligente y libre; por lo mismo, era capaz de comprender la naturaleza de sus actos y de elegir entre realizarlos o no. Puesto en la disyuntiva de optar entre el bien y el mal, si se decidía por esto último, obraba voluntariamente. En consecuencia, era responsable del daño que

su elección ocasionaba. En relación a los menores de edad, para ser considerados imputables debían haber llegado a un cierto grado de madurez mental, de capacidad para comprender y determinarse libremente, denominado discernimiento. Dentro de esta concepción, la pena tenía el carácter de retribución moral, que tendía al restablecimiento del orden público alterado por el delito. Constituía un mal equivalente al que el delincuente había causado. La pena, por lo mismo, debía ser proporcionada al delito. Mas que como conducta humana, el delito interesaba como un ente jurídico.

La Ley nº 2.675, de 1912, sobre protección a la infancia desvalida, complementando las disposiciones del Código Penal, facultó a los jueces para internar a los menores en algún establecimiento de reforma o institución de beneficencia, o para encomendar su cuidado a alguien de su confianza.

Los jueces, sin embargo, no contaban con establecimientos especiales para resolver la internación de los menores.

Los establecimientos penales constituían el único recurso disponible para hacer efectiva la internación de menores involucrados en hechos constitutivos de delito o para la detención correccional impuesta como castigo paterno.

El primer establecimiento correccional para menores surgió recién en 1895, en el Pontón nº 2 de Talcahuano, cuando ya habían transcurrido casi 40 años desde la vigencia del Código Civil y mas de 20 desde la dictación del Código Penal. Al año siguiente, en 1896, se creó la Escuela de Reforma de Santiago y poco después se fundaron escuelas correccionales en Valparaíso y Concepción. Paulatinamente estos establecimientos, en vez de multiplicarse, fueron desapareciendo, y en 1928 sólo existía la Escuela de Reforma de Santiago.

Como reflejo de esta despreocupación estatal, la situación en la Escuela de Reforma de Santiago fue agravándose con el correr de los años, en términos que llegaron a causar alarma pública. Una investigación ordenada en 1927, por la Cámara de Diputados, comprobó gravísimos defectos en su funcionamiento. "Únicamente quien haya recorrido los patios, talleres y habitaciones de la Escuela de Reforma — decía una comentarista en 1925 —, podrá darse cuenta de su aspecto lóbrego, del hiel que todo lo invade y de la pobreza y abandono manifiesto en que se encuentran los menores." Las condiciones eran de permanente hacinamiento. Los menores vestían ropa dada de baja por el ejército y la policía; usaban calzado fabricado con pedazos de zapatos viejos o con trozos de género que quedaban al recortar los trajes militares. La actividad educativa ocupaba un lugar muy subalterno. El énfasis era puesto en los ejercicios físicos que, a juicio del Director de la Escuela, tenían por objeto enseñar a los niños a obedecer. El personal de vigilancia era el mismo que el de las cárceles y presidios.

La orientación excesivamente jurídica de este período tuvo serias consecuencias en la práctica.

A continuación destacamos las mas relevantes:

1) El Estado no asumió el papel rector que como función de Gobierno le corresponde ejercer en este campo. Los menores eran juzgados por los jueces comunes. El Estado mostró una lamentable pasividad frente a la creación de los establecimientos especiales que preveía la ley para la atención de los menores.

2) La atención de los menores tuvo un desarrollo inorgánico. La mayoría de las iniciativas surgieron en forma improvisada, como respuesta a problemas del momento, con muchos vacíos en cuanto a la organización administrativa y técnica. No hubo una política nacional que orientase la acción del Estado y de la comunidad. Todo esto se tradujo en situaciones como áreas desatendidas, concentración de los esfuerzos en los grandes centros urbanos, principalmente Santiago, Valparaíso y Concepción; falta de coordinación y de integración de las instituciones de menores entre sí y con servicios afines; uso inconveniente de la cárcel como instrumento para la internación de menores de edad; predominio de la atención en régimen de internado, ausencia de medidas alternativas a la privación de libertad, desorganización administrativa, pobreza de la labor en cuanto a su contenido, etc. La orientación excesivamente jurídica del aparato legal había conducido a una Justicia de Menores que no era tal y que cada día se alejaba mas de las exigencias que planteaba la realidad nacional.

3) No se logró establecer un Servicio Público que ejerciese la supervisión de los organismos existentes, coordinase el esfuerzo público y privado, prestase asistencia técnica, estimulase la participación de la comunidad y entregase apoyo financiero.

En 1912 se adoptó una iniciativa que en definitiva no prosperó. Un Decreto del Ministerio del Interior creó el Consejo Superior de Protección a la Infancia, encargado de la supervigilancia e inspección de todos los servicios relacionados con la protección de la infancia; de la recopilación de datos y antecedentes sobre la materia; del estudio y elaboración de los proyectos e informes que encargase el Gobierno y de la preparación de reuniones científicas relativas a la protección de la infancia. En la práctica, este Consejo resultó absolutamente inoperante.

4) Las actividades preventivas fueron notoriamente descuidadas.

5) El énfasis fue puesto en los menores que entraban en conflicto con la justicia, por infracciones a la ley penal o por contravenciones a la autoridad paterna. La atención de los menores en situación de abandono o necesitados de protección quedó de hecho en manos de la iniciativa privada. En 1925 se dictó un Decreto ley sobre establecimientos especiales para prevenir la delincuencia de los menores. Allí podrían ser admitidos, hasta la edad de 18 años, los menores recogidos por la policía que se

encontraban en estado de vagancia o en abandono físico o moral; los que no asistieron regularmente a la escuela y los que recibieron de sus padres y guardadores un tratamiento perjudicial; pero al igual que otras iniciativas de la época, no pasó de constituir una ley de papel, que no se tradujo en realizaciones concretas. Mayor era todavía la situación de postergación de los menores irregulares físicos y psíquicos. Durante más de un siglo de vida independiente prácticamente nada se hizo en su favor. La primera Escuela para irregulares mentales fue la Escuela de Desarrollo, creada en 1929. En el año 1941 se creó la primera Escuela para lisiados en el Hospital Roberto del Río. En 1955 se estableció la primera Clínica Psicopedagógica del Ministerio de Educación para la observación, diagnóstico y colocación de niños necesitados de educación especial y solamente a partir de 1961 los pre-escolares ciegos empezaron a recibir atención estatal. Una honrosa excepción la constituyó la Escuela de Sordos, creada con el nombre de Instituto de Sordomudos en 1852.

6) No se registraron iniciativas encaminadas a la formación sistemática y permanente de personal especializado para este tipo de tareas, especialmente a nivel de personal de trato directo, de aquel que tenía a su cargo las actividades de la vida cotidiana de los menores. No había conciencia todavía de su verdadero rol en el proceso de atención de los menores. Sus funciones eran esencialmente de vigilancia y de apoyo a actividades de rutina diaria. En las instituciones privadas, que cumplían una abnegada labor, un alto porcentaje del personal eran voluntarios que no recibían entrenamiento previo.

7) Todo lo anterior se tradujo también en un defectuoso conocimiento de la magnitud y gravedad del problema. La ley ni siquiera contenía un concepto de menores en situación irregular, que pudiese servir de base para una evaluación de la situación a través del país. Por lo demás, los pocos datos disponibles en la policía, los Tribunales y los establecimientos públicos y privados, entonces existentes, no permitían adelantar conclusiones serias en la materia.

B) *Situación después de 1928*

La Ley nº 4.447 sobre protección de menores, de 1928, abrió el camino a un enfoque más amplio del problema de los menores en situación irregular.

El cuidado y atención de los menores pasaron a constituir los aspectos centrales del sistema proteccional.

El Estado asumió su papel de órgano rector. Se crearon los Tribunales especiales de Menores. Surgieron nuevos y mejores establecimientos especiales para la atención de los menores. Se suprimió el derecho de los padres para internar a sus hijos en un reformatorio, a título de castigo. Se puntualizaron los deberes que, en cuanto a la formación integral de los menores, conciernen no sólo a los padres, sino a todas las personas que los tengan

a su cargo y se establecieron sanciones para los que faltasen a sus deberes o cometiesen atentados contra la salud moral de los menores.

Diversas circunstancias favorecieron esta apertura hacia un enfoque más amplio.

En primer lugar, la necesidad de innovar en cuanto a los excesos a que había conducido la legislación entonces vigente y la aplicación que se había hecho de ella. Numerosas fueron las voces que se levantaron para hacer presente los vacíos y contradicciones de los textos legales y del aparato administrativo existente. "Nuestra vieja legislación — decía el Mensaje del Ejecutivo que dió lugar a la Ley nº 4.447 — aplica al menor el mismo tratamiento jurídico que al adulto y se preocupa sólo de reprimir." "Reformemos nuestra legislación aplicable a los menores — reclamaba don Rafael Mozó Merino en 1920. Que se introduzcan aquellas disposiciones que dicen relación con el juzgamiento de los menores por jueces especiales; quitémosle a las sentencias de los Tribunales el aspecto punitivo y coronemos estas disposiciones con otras que digan relación a los lugares en donde los menores cumplan las sentencias." "A niño — decía el diputado señor Lois, un médico que tuvo valiosa participación en la discusión de la ley — debe aplicársele un tratamiento médico y pedagógico que procure transformarlo en un elemento útil y a la vez, defender a la sociedad".

De manera especial, influyeron los principios del naciente Derecho de Menores, que empezaba a adquirir consistencia en cuanto a su alcance y contenido. Disciplinas como la sociología, la psicología, la psiquiatría y el servicio social profesional, que experimentaban un notable desarrollo, habían contribuido valiosamente al establecimiento y desarrollo de estos principios. Su difusión había sido facilitada especialmente por los Congresos Panamericanos del Niño, el primero de los cuales tuvo lugar en Buenos Aires en 1916, y por la Sociedad de las Naciones, que en 1924 aprobó la Declaración Universal de los Derechos del Niño.

El nuevo Derecho penetró en los dominios del Derecho Civil clásico e ideas renovadoras surgieron en materia de prestaciones alimenticias, filiación, investigación de la paternidad, patria potestad, tutela y curatela, adopción y otras instituciones del Derecho de Familia. Entre nosotros, en 1935, se promulgó la Ley nº 5.750 sobre "Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias", que marcó el comienzo del remozamiento del Código Civil en el campo del Derecho de Familia.

Se extendió también a otras ramas del Derecho, entre ellas el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Traspassó el umbral del Derecho Penal y su logro más significativo fue el reconocimiento de la necesidad de sustraer a los menores de las disposiciones del Código Penal. Los avances doctrinarios en el campo del Derecho Penal facilitaron este reconocimiento. La Escuela Clásica, en cuyos principios se había inspirado nuestro Código Penal, había sido des-

plazada por la Escuela Positiva, para la cual el delito constituía un fenómeno individual y social. Todo individuo que cometía delito debía responder por el solo hecho de vivir en sociedad. La razón o fundamento de la sanción penal debía ser el grado de peligrosidad del delincuente. La rehabilitación del sujeto, hasta fuera posible, debía constituir el fin de la sanción; por ello, la naturaleza de la sanción y su duración debían ser determinadas por el tipo y características individuales del delincuente. En relación a los menores, la cuestión del discernimiento dejaba de tener importancia. El Poder Público no podía detenerse ante el problema de la imputabilidad de los menores; debía ir a la eliminación de las causas que provocaban la criminalidad juvenil, empleando para ello, entre otros instrumentos, medidas educativas y tutelares. La sanción penal de los adultos pasó a ser reemplazada por la medida tutelar.

La Ley nº 4.447 marcó el comienzo de una nueva etapa, se tradujo en adelantos muy significativos, pero sólo *atenuó* los inconvenientes de la etapa anterior. No hubo unidad de criterios para abordar el problema de los menores en situación irregular; continuaron prevaleciendo los enfoques unilaterales y la pugna por hacer prevalecer determinados puntos de vista, especialmente en lo tocante a la mentalidad rectora de la acción proteccional. Durante medio siglo, el país asistió al espectáculo de desavenencias, fricciones y malos entendidos que periódicamente se expresaban en proposiciones que ligaban la solución integral del problema a la dependencia de los servicios proteccionales de tal o cual Ministerio. Por unos años, el liderazgo lo ejerció el Ministerio de Justicia. Después, estuvo a punto de ganar el Ministerio de Educación, pero fue desplazado por el Ministerio de Salubridad, más tarde denominado Ministerio de Salud. Esta querrela, que costaba entender, redundó en perjuicio directo de los menores, en cuanto se retardó la planificación, el desarrollo, el perfeccionamiento y la evaluación de la acción proteccional. Todo esto es historia del pasado, pero no está demás comentar algunos aspectos particulares, con miras especialmente a no reincidir en el futuro en los errores que se cometieron.

La Ley nº 4.447 creó la Dirección General de Protección de Menores como organismo rector de la acción proteccional. Constituía un Departamento Técnico del Ministerio de Justicia. Su misión estuvo especialmente orientada hacia los menores irregulares sociales. De esa época datan la Casa de Menores de Santiago (1929), el Politécnico Alcibiades Vicencio de San Bernardo, posteriormente suprimido (1929), la Colonia Hogar Carlos Van Buren de Villa Alemana (1931), la escuela Hogar Gabriela Mistral de Limache (1931), el Hogar Camilo Henríquez, que posteriormente se refundió con la Casa Nacional del Niño (1933) y la Casa de Menores de Valparaíso (1934). En 1942, la Dirección General de Protección de Menores fue fusionada, junto con otros organismos médico-asistenciales, en la Dirección General de Protección a la Infancia y Adolescencia (PRO-TINFA).

Predominó el criterio de las autoridades de Salud de concentrar en un solo Servicio la protección de la maternidad, de la infancia y de la adolescencia.

Los propósitos que se tuvieron en vista eran muy laudables: establecer un programa de acción común y evitar la dispersión de esfuerzos.

En general, se confiaron al nuevo organismo las funciones de proteger y auxiliar a la madre desde la concepción hasta el término de la lactancia; a los lactantes, a los pre-escolares, a los escolares y adolescentes en el orden médico-social y a los menores en situación irregular en todos sus aspectos. Administrativamente, dependía del Ministerio de Salubridad.

En el hecho, lo que había sido la Dirección General de Protección de Menores, pasó a constituir un simple Departamento en el nuevo Servicio. Las autoridades, como es obvio, concentraron sus esfuerzos en los aspectos de salud; se estructuraron servicios de atención materno-infantil, médico escolar y médico dental, pero no se creó ningún nuevo establecimiento especial para la atención de menores. La capacidad asistencial permaneció virtualmente estacionaria, no se observó un ordenamiento efectivo de la iniciativa particular y los aspectos negativos que se habían querido evitar con la creación de PROTINEA, en vez de solucionarse, se fueron acentuando peligrosamente. Materializada la fusión en 1942, en los establecimientos para protección de menores se dió una triple intervención: de los Juzgados de Menores, de la PROTINEA propiamente tal y del Ministerio de Educación, a través de las escuelas instaladas en esos establecimientos. Todos los esfuerzos para resolver los problemas derivados de esta situación resultaron estériles.

La PROTINEA alcanzó a durar un decenio, hasta 1952.

Ese año el Ministerio de Educación estuvo a punto de ganar la batalla iniciada en 1928, en cuanto a la forma en que el Estado debía cumplir con su papel de órgano rector de la acción proteccional. Efectivamente, durante la discusión de la Ley n^o 10.383, que creó el Servicio Nacional de Salud, el Senado y la Cámara de Diputados aprobaron una indicación del Senador Exequiel González Madariaga que entregaba al Ministerio de Educación la atención de los menores en situación irregular. Esta indicación fue vetada por el Ejecutivo y los servicios de menores, a virtud de la Ley n^o 10.383, pasaron a depender del Servicio Nacional de Salud.

El veto del Ejecutivo no obedeció a razones doctrinarias o de técnica administrativa. Simplemente, el Ejecutivo preferió dejar el problema pendiente.

“Había sido la intención del Ejecutivo — dice el texto del veto — hacer una observación que permitiese dar una buena solución a la situación actual, pero el análisis del problema ha demostrado que son necesarias disposiciones legales mas complejas y no se justifica hacerlo por el camino de la observación, sino a

través de un nuevo proyecto de ley que el Ejecutivo tiene en estudio para someterlo oportunamente a la consideración del Honorable Congreso."

El Ejecutivo nunca remitió el proyecto ofrecido y la situación sólo vino a encontrar efectivo remedio veintisiete años después, con la dictación del Decreto Ley nº 2.465, de 1979, que creó el Servicio Nacional de Menores.

La integración de PROFINFA en el Servicio Nacional de Salud representó una evidente disminución de la jerarquía que en 1928 se había otorgado al problema de los menores en situación irregular. La Dirección General de Protección de Menores había devenido en un modesto Departamento dentro de PROFINFA, que simplemente desapareció dentro de la compleja estructura del Servicio Nacional de Salud y sólo resurgió en 1959 como una pequeña Sección de Menores en Situación Irregular. Paradójicamente, entonces, a medida que el problema de los menores en situación irregular se iba agravando, la organización estatal destinada a afrontarlo y resolverlo disminuía en jerarquía, posibilidades económicas y recursos administrativos y de personal.

Con razón, una nota editorial del diario "La Nación", expresaba el 5 de agosto de 1957:

"En diversas oportunidades hemos sostenido que constituyó un error haber ubicado los servicios de reeducación de menores en la compleja y pesada estructura del Servicio Nacional de Salud. Al parecer, influyó en la determinación aludida un criterio eminentemente médico en el enfoque de los problemas relacionados con la minoridad desamparada. No se explica de otra manera que los establecimientos y organismos que antiguamente correspondían al Departamento de Menores en situación irregular de PROFINFA aparezcan en la actualidad diluidos en unidades de tipo sanitario."

El propio Servicio Nacional de Salud reconoció este error, al solicitar el 9 de agosto de 1960 la creación de una Comisión Interministerial para la protección de los menores en situación irregular.

La falta de un enfoque unificado volvió a expresarse con motivo de la discusión de la Ley nº 16.520, de 1966, que creó el Consejo Nacional de Menores.

El proyecto primitivo, elaborado en 1964 durante la administración de don Jorge Alessandri, proponía la creación de un Servicio para "la planificación científica, la fijación de normas y la coordinación de la labor de los servicios públicos y privados que tienen por objeto la atención de los menores que requieren de un tratamiento especial para su resocialización o rehabilitación o que se encuentran en necesidad de protección".

El interés por aferrarse a criterios unilaterales condujo a una grave mutilación de las ideas centrales del proyecto primitivo.

Muy ilustrativo es al respecto el informe de la Comisión de Asistencia Médico-Social e Higiene de la Cámara de Diputados, de 14 de septiembre de 1964, que propuso una actuación *conjunta* del organismo rector y del Servicio Nacional de Salud.

El organismo rector estaría encargado de:

— coordinar *conjuntamente* con el Servicio Nacional de Salud las acciones nacionales o locales de los diferentes servicios e instituciones públicas, semifiscales, municipales y privadas que contribuyan a la realización de la Política Nacional de Protección de Menores;

— realizar *conjuntamente* con el Servicio Nacional de Salud las investigaciones sociales que permitan evaluar en el plano nacional o local los problemas de menores;

— evaluar *conjuntamente* con el Servicio Nacional de Salud actualmente las acciones proteccionales realizadas por los organismos e instituciones que la integren o subvencionen, proponiendo los ajustes necesarios para el año siguiente.

Afortunadamente, estas indicaciones no fueron aprobadas. Es de imaginar el caos que habría sobrevenido con la actuación de dos organismos rectores paralelos. Los defensores de la esfera de influencia del Servicio Nacional de Salud no cesaron, sin embargo, en sus propósitos. "La protección de menores — decían — debe continuar a cargo del Servicio Nacional de Salud." "En un 95% la asistencia de los menores escapa del control del Ministerio de Justicia, ya que dichas acciones están fundamentalmente en el Ministerio de Salud." En definitiva, se resolvió que el Consejo Nacional de Menores constituiría un servicio público funcionalmente descentralizado, que se relacionaría con el Supremo Gobierno a través del Ministerio de Justicia, pero la batalla por defender parcelas administrativas, además de pervertir la concepción inicial del proyecto, fue determinante en las limitaciones que debió enfrentar el Consejo Nacional de Menores en el desarrollo de su labor.

La dictación del Decreto Ley nº 2.463, de 1979, sus fundamentos y la forma en que ha sido aplicado, constituyen, a nuestro juicio, los pasos más firmes que se han dado en la búsqueda de un enfoque unificado y multidisciplinario del problema y de una efectiva racionalización de la acción proteccional. El problema de la dependencia administrativa del servicio público encargado de velar por la aplicación de la Política Nacional de Protección de Menores, ha dejado de tener importancia. El énfasis ha sido puesto en la prevención y tratamiento como *obligaciones sociales* que constituyen *tarea de todos*, del Estado y de la comunidad, y no solamente de determinado Ministerio o determinados servicios especializados, sean éstos públicos o privados.

La protección de la familia y su fortalecimiento como centro natural de formación del menor constituyen deberes que nos obligan a todos. Si la familia no existe o no estuviere en condiciones de cumplir su rol fundamental, este deber social se acrecienta. El Estado y la comunidad están obligados a prestar asistencia y protección a los menores de edad que se encuentran en situaciones que pongan en peligro su desarrollo normal integral. Las acciones que se cumplan deben, en consecuencia, asegurar el desarrollo integral de los menores; por lo mismo, las acciones particulares, que apuntan a la superación de déficits determinados, sean de subsistencia, de salud, vivienda, educativos, recreacionales u otros que afecten a la calidad de vida, siendo valiosos, no son suficientes. Por eso no sirven los criterios unilaterales, ni las acciones aisladas. Hay que aunar en un pensamiento común el sentir de los técnicos y de los que no lo son y asegurar que este pensamiento unificado se exprese en una acción integrada y coherente.

La labor del Servicio Nacional de Menores (SENAME) se inspira en esta filosofía. Los resultados de este enfoque unificado no han demorado en expresarse. En el último quinquenio, hemos asistido a una *transformación* en profundidad de la situación vigente hasta hace pocos años atrás. En cinco años se ha hecho lo que no se hizo durante decenios de pugnas y discusiones en torno al predominio de determinados criterios técnicos o esquemas de organización administrativa.

III) *Equilibrio en la protección de los intereses de la sociedad y los de la persona del menor*

La Política Nacional de Menores y los planes y programas que se elaboren deben, por una parte, resguardar el orden público y el normal desenvolvimiento del proceso de desarrollo y, por otra, el respeto irrestricto de los derechos que asisten a los menores como personas y como miembros del cuerpo social.

La tendencia es a buscar el equilibrio en la protección de los intereses de la sociedad y los del menor.

De esto se desprenden varias conclusiones:

1) No se puede perseverar en criterios ya superados, que pretenden la defensa de los intereses del Estado y de la comunidad mediante la segregación del menor en situación irregular del organismo social. El menor en situación irregular no puede ser atendido como en una *ínsula*, desmembrado de sus raíces naturales: su familia y la comunidad.

Esto significa que hay que continuar los esfuerzos para una mayor difusión de las medidas sustitutivas del internado.

El mejor de los internados no puede reemplazar a la familia o al tratamiento en la comunidad.

De manera particular, hay que buscar la supresión de la cárcel como instrumento de segregación.

Esta es una de las herencias del pasado que no hemos podido superar hasta hoy.

La Ley nº 4.447, de 1928 modificó el sistema establecido por el Código Penal de 1874, en el sentido de elevar de 10 a 16 años el período de absoluta inimputabilidad en los menores, pero mantuvo el criterio del discernimiento con respecto a los mayores de 16 y menores de 20 años. Mas tarde, este límite de 20 se redujo a 18 años.

Los mayores de 16 y menores de 18 años declarados con discernimiento ingresan a la cárcel y son sometidos al procedimiento aplicable a los delincuentes adultos; incluso, por incapacidad de la red asistencial, todavía hay menores de 16 años en los establecimientos penales del país. Las cárceles son también recintos de tránsito para menores que son trasladados de un punto a otro del país. El traslado lo cumple Gendarmería de Chile, con personal de su dependencia. Todos los progresos alcanzados en un centro asistencial pueden irse por la borda en las horas o días que el menor permanezca en un recinto penal.

Hasta ahora han fracasado los intentos para suprimir legalmente el criterio del discernimiento.

La situación es verdaderamente paradójica. Por una parte, Chile exhibe importantes logros en el camino hacia un enfoque unificado del problema de los menores en situación irregular y hacia la racionalización de la actividad proteccional, pero por otra continúa aferrado a fórmulas jurídicas que la comunidad internacional ha repudiado por inconvenientes e insatisfactorias, al extremo que el criterio del discernimiento continúa vigente solamente en Haití y Chile.

El proyecto de reforma al Código Penal de 1945 fijaba en 18 años el límite de la inimputabilidad penal, pero el propósito de los autores no alcanzó a adquirir forma legal. Mas recientemente fracasó también el intento de la ex-Ministra de Justicia doña Mónica Madariaga, por eliminar de nuestra legislación este engendro jurídico. "El tiempo, el esfuerzo y el gasto que representan la determinación del discernimiento — decía la Ministra —, no justifican un pronunciamiento que es marcadamente subjetivo y que contribuye muy poco al esclarecimiento de la situación psíquica del menor y a la decisión de las medidas a adoptar respecto de él como autor de un hecho punible." Hasta ahora, este proyecto permanece pendiente en el Ministerio de Justicia.

El problema, mas que legal, es de carácter administrativo financiero. Las iniciativas han tropezado con el costo que demandaría la construcción de establecimientos especiales para el tratamiento de menores especialmente conflictivos, con graves problemas de conducta, que ahora perma-

necen en los establecimientos penales, y que los establecimientos comunes de menores no están en condiciones de atender con eficiencia, principalmente por falta de dependencias adecuadas, que aseguren la persona del menor y faciliten el proceso de rehabilitación. En estas condiciones, los jueces de menores se resisten a decretar la internación en los centros existentes, ante los riesgos de fuga y de burla a la protección de los intereses de la sociedad. Por ello, derivan el ingreso hacia los establecimientos penales. La derivación, en otras ocasiones, obedece a falta de vacantes en los establecimientos de la red asistencial.

La supresión del criterio del discernimiento no puede estar supeditada a estos problemas de orden financiero. Cualquiera inversión que se haga para asegurar la erradicación de los menores de los establecimientos penales, será compensada por los resultados en el terreno. La iniciativa privada está en condiciones de afrontar el desafío que importa el tratamiento de los menores imputados de delito, especialmente conflictivos, incluso con la capacidad asistencial actualmente existente. Solamente se requeriría de acondicionamientos en los edificios e instalaciones, de costos relativamente modestos. Por lo demás, el Estado está emprendiendo con especial energía la habilitación de nuevas dependencias y muy próximamente el Servicio Nacional de Menores estará en condiciones de disponer de un edificio especialmente construido para el tratamiento de menores imputados de delito.

Por todo lo anterior, insistimos en la conveniencia del pronto despacho del proyecto de ley sobre supresión del discernimiento. Hacemos extensivo este llamado a la necesidad de que el Servicio Nacional de Menores asuma, por sí o por intermedio de una institución colaboradora, la responsabilidad del traslado de menores de un punto a otro del país, cuando sea dispuesto por los Tribunales de Menores.

2) La adecuada protección de la persona del menor exige, de manera particular, la pronta revisión de aspectos de procedimiento en actual aplicación en la etapa de evaluación y diagnóstico.

Las modalidades de atención vigentes contemplan solamente la observación y diagnóstico en medio cerrado. Los jueces de Menores no cuentan con facilidades para decretar la observación y diagnóstico en medio abierto, permaneciendo el menor en libertad. Por esta vía, el menor está expuesto a la privación de libertad sólo para efectos de que un grupo de especialistas estudie su caso y haga sugerencias al juez de Menores en cuanto a la medida de protección aplicable, la que en muchos casos suele consistir en la devolución a sus propios padres. El menor ha permanecido privado de libertad por períodos que suelen exceder de noventa días. Cuando regresa al lado de sus padres, ya no es el mismo. La internación en la Casa de Menores se traduce para muchos de ellos en una experiencia traumatizante que afecta seriamente a su proceso de desarrollo.

La internación en la Casa de Menores debería practicarse solamente en los casos en que la privación de libertad sea absolutamente indispensable.

Esto hace especialmente urgente la introducción en nuestro medio de la observación y diagnóstico en medio abierto. Hay experiencias que justifican ampliamente la ampliación del catálogo de modalidades de atención, en la forma señalada.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos dice que todo individuo tiene derecho a la libertad y que, en el ejercicio de este derecho, estará solamente sujeto a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general.

La privación de libertad del menor debería ajustarse estrictamente a este principio.

Paradójicamente, los menores se encuentran en situación de notoria desventaja respecto a los adultos en esta materia.

Ningún adulto puede ser detenido si no existen, a lo menos, sospechas de que ha tenido participación en un hecho punible y la detención generalmente no puede exceder de cinco días. Si llega a adquirir la calidad de procesado, dispone de oportunidades claramente establecidas en la ley para obtener la libertad provisional.

En cambio, el menor puede ser privado de su libertad, aunque no haya tenido participación en un hecho punible; incluso, puede ser llevado a una cárcel, y esta privación de libertad puede exceder largamente al límite fijado para los adultos.

Puede apreciarse mejor lo paradójico de esta situación si analizamos el ejemplo de un adulto y de un menor de 15 pero mayor de 16 años, a quienes se imputa la comisión de un delito. Si no se allegan pruebas suficientes, el adulto puede quedar en libertad al quinto día por falta de méritos; en cambio, el menor, al amparo de una pseudo protección social, puede ser privado de su libertad durante meses. En efecto, el juez de Menores, atendida su edad, debería formular la declaración previa de si obró o no con discernimiento. No hay un plazo determinado para la formulación de esta declaración. Mientras la declaración del discernimiento se encuentra pendiente, el menor no puede obtener su libertad y debe permanecer en la Casa de Menores, donde ella exista, o en la cárcel, donde no exista aquel establecimiento. El pronunciamiento sobre el discernimiento tampoco aclara en definitiva su situación. Si fue declarado sin discernimiento, y el delito imputado merece pena aflictiva, la resolución del juez de Menores debe ir en consulta a la Corte de Apelaciones respectiva, lo que se traduce en otra demora adicional. Por esta vía, pueden transcurrir meses de privación de libertad, que resultan mas injustificados todavía

si el menor efectivamente no ha tenido participación culpable en el hecho criminal.

Como una respuesta al clamor internacional para que esta situación sea revisada, el Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Caracas, Venezuela, 25 de agosto — 5 de septiembre de 1980) recomendó especialmente “utilizar la detención previa como último recurso; prestar mayor atención social a los procedimientos judiciales aplicables a los menores y proporcionar adecuadas protecciones jurídicas a los menores que se encuentran en dificultades con la justicia”.

Hacemos votos porque estas recomendaciones de las Naciones Unidas reciban pronta aplicación en nuestro país.

3) La efectiva protección de la persona del menor exige también la revisión de los esquemas tradicionales de tratamiento, que excluían la participación activa del menor en su proceso de rehabilitación.

El Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, que se preocupó especialmente de la Justicia de Menores, recomendó expresamente proporcionar a los menores que tengan problemas con la ley, oportunidades de participar activamente y constructivamente en el proceso de tratamiento impuesto por el organismo social.

Se parte de la base de que el menor debe ser el actor de su propio desarrollo. Al menor corresponde decidir sobre su destino personal; él deberá ser el artífice de su situación futura en la vida. El Estado y la comunidad, a través de la asistencia que prestan, le ofrecen las oportunidades de que ordinariamente ha carecido; se esfuerzan porque adquiera nuevos conocimientos y desarrolle actitudes y comportamientos que favorezcan el pleno desarrollo de su personalidad, lo orientan y ayudan a proyectar una existencia organizada, pero no podrán decidir por él. Se excluyen, naturalmente, los casos en que esta autodecisión no sea posible, por serios problemas de salud mental, que obliguen a una protección permanente.

Todo esto supone el abandono de los criterios fuertemente “paternalistas”, que solían aplicar algunas instituciones tradicionales. Había menores que permanecían por años en una o más instituciones de protección y que, al egresar, a una edad en que muchos se ganan el sustento por sus propios medios, estaban muy lejos de valerse por sí mismos, de ser trabajadores eficientes y de asumir responsabilidades sociales transcendentales, como constituir una familia o participar constructivamente en una organización comunitaria. Eran verdaderos “desvalidos sociales”, a quienes la o las instituciones de protección habían vestido, alimentado, proporcionado alojamiento y satisfecho sus necesidades básicas, con un paternalismo mal entendido, descuidando aspectos básicos como la formación para la vida del trabajo, para la vida en familia y para la vida social. Su inde-

fensión frente a los reales requerimientos de la vida exponía a estos menores a la reincidencia en la conducta antisocial y a la pérdida de los progresos alcanzados en el proceso de socialización.

La nueva tendencia podría resumirse diciendo que *el tratamiento debería estar orientado a facilitar la incorporación y participación del menor en el proceso de desarrollo*. Por esta vía, se protegen equilibradamente los intereses del menor y los de la sociedad.

IV) *Integración a la planificación para el desarrollo nacional*

El XII Congreso Panamericano del Niño (Mar del Plata, Argentina, diciembre de 1963) recomendó que:

- a) la política proteccional al menor debiera realizarse a través de un *organismo rector técnico* que coordine la acción del Estado y de los particulares;
- b) los organismos públicos y privados debieran emplear al máximo las *técnicas modernas de administración y en particular de planeamiento*, ya que ello contribuirá a la formulación del diagnóstico integral de la situación, permitirá señalar la evolución a través del tiempo y facilitará los trabajos de programación, ejecución y evaluación de los planes coordinados e intersectoriales;
- c) la política asistencial debiera integrarse a un PROGRAMA NACIONAL DE ACCIÓN.

La tendencia a la planificación del proceso de atención de los menores es una de las conquistas más valiosas del último tiempo.

El Simposio sobre Política y Planificación Social celebrado por las Naciones Unidas en Copenhague, Dinamarca, en julio de 1970, definió a la planificación como "el proceso de elegir entre distintos cursos de acción con miras a asignar recursos escasos, a fin de lograr objetivos determinados, sobre la base de un diagnóstico preliminar que deberá abarcar todos los factores que puedan determinarse".

Se trata, entonces, de obtener un mejor aprovechamiento social de recursos tradicionalmente escasos.

La planificación ha llegado a ser requisito de una buena administración.

Algunas de sus características son las siguientes:

a) Debe ser realista. Los objetivos de los programas que se elaboren deben ser establecidos con claridad y responder a los requerimientos de la realidad social. Una planificación alejada de la realidad probablemente podría conducir a progresos "académicos", pero no se traduciría en un cambio significativo de la situación vigente. En cuanto debe ser un proceso realista, la planificación debe, además, entrañar el más eficiente empleo de los recursos disponibles.

b) Es un proceso técnico que supone la existencia de una Política Nacional de Protección de Menores y de una organización administrativa y técnica eficiente. La Política Nacional de Protección de Menores debe ser consecuente con la Política Nacional de Desarrollo socio-económico y cultral.

c) Esta forma de planificación debe estar adecuadamente integrada a la planificación para el Desarrollo Nacional.

d) Debe ser global, es decir, practicarse en todos los niveles y abarcar plenamente la gestión gubernativa y las actividades de los sectores público y privado en el campo de la asistencia y protección de los menores en situación irregular.

e) Debe ser un proceso continuo y permanente. Pueden cambiarse los objetivos o variar los procedimientos. Lo importante es que las renovaciones y ajustes sean el resultado de un proceso continuo de estudio y análisis, a fin de que la planificación siempre responda a las exigencias de la dinámica social.

f) Sin perjuicio de su carácter eminentemente técnico, debe ser una empresa colectiva, un proceso abierto a la opinión del público. Supone, por tanto, una consulta frecuente a la opinión pública acerca de las necesidades de la minoridad en situación irregular y de las proposiciones que se elaboren para satisfacerlas. Esta consulta no se refiere a los *detalles técnicos*, sino a los aspectos generales de política, orientación y desarrollo de la tarea nacional frente a los menores en situación irregular.

Por eso, el proceso de planificación supone un perseverante trabajo de motivación a todos los niveles institucionales y de la comunidad nacional.

Chile ha logrado avances muy significativos en el campo de la planificación del proceso de atención de los menores.

A ello ha contribuído el empleo inteligente de técnicas modernas de administración.

Algunos de los logros son los siguientes:

a) establecimiento de un organismo rector técnico eficiente: el Servicio Nacional de Menores;

b) racionalización del proceso de atención a través de modalidades de atención claramente definidas en la ley. El Decreto con fuerza de ley n° 1.385, de 1980, contempla nueve modalidades de atención;

c) racionalización del proceso de asignación de los recursos fiscales y de fiscalización de la inversión;

d) agilidad y oportunidad en las tareas de supervisión y asesoría técnica;

e) creación de un eficiente sistema de información.

El empleo de la computación y la informática permitió establecer en 1981 en el Servicio Nacional de Menores un sistema de información que está llamado a constituirse en una herramienta clave para la planificación científica de la atención a los menores en situación irregular, a nivel nacional y regional.

El Banco de Datos de SENAME permite disponer de información actualizada y al instante de los menores atendidos en el sistema, de los establecimientos colaboradores y del pago de subvenciones, a nivel nacional, por regiones y por modalidades de atención. Esta información hace posible la identificación de todos los menores que están ingresando y egresando del sistema; el conocimiento y control de la atención que prestan los organismos colaboradores; el conocimiento de las características personales de la población atendida y su evolución en el tiempo, y el control del pago de subvenciones. A partir de 1985, permitirá evaluar los resultados obtenidos, a través del seguimiento de los menores beneficiarios de las subvenciones.

Esta información servirá para perfeccionar la racionalización no solamente de las actividades de observación y diagnóstico y de tratamiento de los menores, sino, además, de las actividades de prevención, tan descuidadas en el pasado en cuanto a su desarrollo orgánico.

V) *Adecuación al proceso de regionalización del país*

Se tiende también a la adecuación del sistema de protección de menores a los requerimientos del proceso de desarrollo regional.

Las Primeras Jornadas Regionales de Derecho de Menores (La Serena, 22-24 de noviembre de 1984) constituyen una buena expresión de esta tendencia. Sus objetivos fueron: *a*) realizar una evaluación de si el sistema regional de protección de menores respondía o no a los requerimientos del desarrollo social, económico y cultural de la IV Región; *b*) analizar la labor realizada por el Estado y la comunidad en este campo en la IV Región; señalar sus principales características y describir sus aspectos positivos y deficiencias, y *c*) formular recomendaciones y sugerencias para el mejoramiento en extensión y contenido del sistema regional de protección de menores.

La regionalización no sólo ha significado una nueva división política y administrativa del país, sino, también, una efectiva descentralización y desconcentración administrativa, una nueva forma de participación de la comunidad y un vasto proceso de desarrollo regional.

A nivel de los Servicios Públicos, la regionalización se ha manifestado en la organización de Servicios propiamente regionales, cada vez que la naturaleza de las funciones permitía radicarlas con autonomía en cada región del país; y en Servicios Nacionales desconcentrados regionalmente, cuando estas funciones exigían una conducción central coordinada y uniforme. Este último ha sido el caso de SENAME.

La regionalización constituye un sistema integrado y participativo, en que la autoridad superior del Presidente de la República se proyecta territorialmente a través de los Intendentes Regionales, los Gobernadores Provinciales y los Alcaldes de las respectivas comunas. La participación de la comunidad irradia de la base a la cúspide, asentándose sólidamente en las comunas, donde los organismos comunitarios y del Voluntariado se integran en los Consejos Comunales de Desarrollo, que tienen expresión regional a través de los Consejos Regionales de Desarrollo.

La regionalización contribuirá valiosamente al mejoramiento, en extensión y contenido, de la actividad proteccional.

Tradicionalmente, la protección de los menores se había concentrado en los grandes centros urbanos, principalmente en Santiago, Valparaíso y Concepción. La desconcentración administrativa del Servicio Nacional de Menores ha permitido extender racionalmente las modalidades de atención a todo el país. En la IV Región, por ejemplo, la creación de una Casa de Menores y de centros especiales para menores en necesidad de protección o deficientes leves y moderados, no había sido posible, o por lo menos se hubiera retardado, si no hubiese sido por la regionalización.

La regionalización facilitará también la planificación realista de la actividad proteccional. Los diagnósticos serán mas confiables, porque procederán de datos extraídos de la realidad regional y serán elaborados por personas con acceso mas directo a los usos, costumbres e idiosincracia regionales. Se evitarán así las programaciones de escritorio, producidas en el centro del país, muchas veces con desconocimiento de las verdaderas necesidades por atender. En algunas regiones, el problema de inhalación de neoprén por los menores de edad, puede revestir carácter prioritario, pero eso no significa que la situación sea la misma en las restantes. En otras regiones puede serlo el consumo de marihuana o la existencia de pandillas juveniles en sectores poblacionales densos o de menores reincidentes, seria y reiteradamente comprometidos en la comisión de actos anti-sociales o de hechos constitutivos de delito. Los ejemplos podrían multiplicarse. Será posible, también, avanzar con pasos firmes en el mejor aprovechamiento de los recursos de que se disponga. Los mejores diagnósticos se traducirán en la fijación de objetivos consecuentes con las verdaderas necesidades regionales. Así, no se construirá un centro de rehabilitación conductual donde no se necesite o se asignarán vacantes de colocación familiar donde no estén dadas las condiciones para la ejecución exitosa de esta modalidad de atención. Las ventajas se expresarán no sólo a nivel de las modalidades de atención que resulten mas aconsejables, sino también en la calidad del trabajo proteccional. Se facilitará la tarea de acercar las acciones de prevención y tratamiento, hasta donde sea posible, a los requerimientos del desarrollo regional; y por esta vía, se facilitará también que la atención que se preste al menor conduzca efectivamente a la incorporación y participación de éste en el proceso de desarrollo.

VI) Sistema integrado de Justicia de Menores

El sistema de Justicia de Menores está formado por la legislación de menores, el Servicio Nacional de Menores (SENAMÉ), la Policía de Menores, los Tribunales de Menores y los organismos colaboradores de prevención y tratamiento, que incluyen no sólo a los organismos que ejecutan directamente una o más de las modalidades de atención establecidas en el Decreto con fuerza de Ley n° 1.385, de 1980, sino también a la extensa gama de instituciones y servicios que coadyuvan o pudieran coadyuvar a la labor proteccional: Ministerios de Educación, de Salud, de Trabajo; Municipalidades, organizaciones comunitarias y del Voluntariado etc.

Se ha criticado la tendencia al aislamiento institucional de los servicios que intervienen en materia de Justicia de Menores, entre sí y en relación a los servicios afines. Tradicionalmente han existido problemas de coordinación e integración, sin que todavía la situación pueda ser calificada de satisfactoria, a pesar de los avances realizados.

Esto se observa a la entrada de los menores al sistema de Justicia de Menores, durante los períodos de observación y diagnóstico y de tratamiento y al egreso.

Todavía no hay claridad en cuanto a que la idea del legislador es que el Servicio Nacional de Menores se dedique preferentemente a la atención de los menores enviados por los Tribunales, quedando entregada la responsabilidad de la atención de los demás menores en situación irregular, conforme al principio de subsidiaridad, preferentemente a la comunidad, en especial a las Municipalidades, los servicios afines y las entidades privadas con competencia en la materia.

Uno de los problemas más arduos que enfrentan los Tribunales y las Casas de Menores es la ubicación de los menores que egresan de estas últimas.

En el hecho, por lo menos en la Región Metropolitana, se está produciendo una situación que es francamente inconveniente y que urge remediar: cada vez son mayores las dificultades para obtener que instituciones subvencionadas por SENAMÉ acepten a los menores *más necesitados de atención*.

Resulta muy difícil ubicar a menores fugables, de bajo coeficiente intelectual, inhaladores de neoprén, con retraso pedagógico o con problemas conductuales.

En general, hay desaprovechamiento de recursos existentes en la comunidad que pudieran servir para tareas de prevención y tratamiento.

La participación consciente y organizada de la comunidad en este tipo de tareas representa una aspiración que en muchas partes aún no se materializa o sólo se expresa imperfectamente, sin integración en su proceso de desarrollo.

Todavía no se aprovechan suficientemente, en beneficio de los menores en situación irregular, las posibilidades que ofrecen la variada gama de programas sociales y educativos, a nivel de Ministerios y de Municipalidades.

Estos son solamente algunos de los inconvenientes que derivan de la insuficiente integración al interior del sistema.

Por todo lo anterior, la tendencia en esta materia es alcanzar progresivamente que los servicios y organismos comprometidos actúen como un todo y no como una simple agregación de partes.

El artículo 6º, inciso 3º, del Decreto-Ley nº 2.465 faculta al Servicio Nacional de Menores para crear un Comité Consultivo Regional en cada una de las Regiones en que funcione una Dirección Regional de SENAME, determinando en cada caso su integración y funcionamiento.

Estos Comités Consultivos Regionales podrían servir de instrumentos para avanzar en la integración del sistema de Justicia de Menores.

Formulamos recomendaciones para que se considere la posibilidad de su pronto establecimiento.

VII) *Apertura creciente hacia las medidas sustitutivas del internado*

Nadie discute en la actualidad que el internado constituye uno de los instrumentos mas caros y mas inconvenientes desde el punto de vista del rendimiento social.

Todos están de acuerdo en la necesidad de extender la aplicación de medidas sustitutivas del internado.

En nuestro medio, las preferencias se inclinan por la adopción, la creación de servicios de Observación y Diagnóstico en medio abierto y una ampliación de cobertura en materia de colocación familiar, libertad vigilada y rehabilitación diurna o en medio abierto.

La adopción es la medida sustitutiva por excelencia. Actualmente (octubre 1984), se encuentra en trámite una reforma a la legislación vigente en la materia.

En el párrafo III de este trabajo hicimos comentarios sobre la observación y diagnóstico en medio abierto, los que damos aquí por reproducidos.

La iniciativa privada está en condiciones de enfrentar el desafío de una ampliación de cobertura en materia de colocación familiar, si el Servicio Nacional de Menores estuviere en condiciones de financiar un mayor número de vacantes. Esta podría alcanzarse con los recursos actuales, por la vía de una redistribución de las subvenciones.

Sin perjuicio de la ejecución de esta medida por organismos especializados, sería conveniente insistir en la posibilidad de confiar la colo-

cación familiar a familias particulares, previa formación y entrenamiento de los futuros guardadores para el mejor ejercicio de la importante labor que asumirían.

En materia de libertad vigilada, la cuestión no se reduce a la simple ampliación del número de plazas. Existen otros problemas.

El Decreto Supremo de Justicia n° 779, de 5 de agosto de 1982, limita la medida de libertad vigilada a los menores inimputables que han cometido una infracción legal o que presentan graves problemas conductuales.

Esta limitación no se compadece con lo dispuesto por los artículos 26 y 29, n° 4, de la Ley n° 16.618, conforme a los cuales el juez de Menores puede aplicar la medida de libertad vigilada:

- a) cuando el padre comparece ante el Tribunal para que el juez resuelva sobre la vida futura del menor en el caso del artículo 233 del Código Civil;
- b) cuando los menores se encontraren en peligro moral o material;
- c) cuando los padres hubieren cometido una infracción a la ley penal.

Son muy frecuentes los casos de padres que comparecen ante el juez de Menores para solicitar la aplicación de alguna medida de protección que favorezca la vida futura de sus hijos. Así ocurre en casos de abandono de hogar, deserción escolar y dificultades de convivencia en el hogar, entre otros.

Estas situaciones pueden entrañar peligro moral o material para los menores, aún cuando no constituyan graves problemas conductuales. El juez de Menores no podría decidir la medida de libertad vigilada, no obstante las ventajas que ella pueda ofrecer en los casos específicos de que se trate, porque el Reglamento exige, determinadamente, la presencia de problemas graves de conducta.

El Reglamento de Libertad Vigilada redujo el universo fijado en la ley, lo que jurídicamente es improcedente.

Su texto debería ser modificado en términos que guarden armonía con las disposiciones de la ley de Menores.

Es cierto que el artículo 29, n° 2, de la Ley n° 16.618, dice que la libertad vigilada "se efectuará en la forma que determine el Reglamento", pero esta forma debe darse dentro del marco de referencia que fija la ley; no puede reducirlo ni ampliarlo.

Hay también limitaciones fijadas administrativamente por SENAME, a través de las llamadas Normas Básicas para la atención de menores en libertad vigilada, que conviene revisar.

La rehabilitación conductual en medio abierto es una modalidad de atención especialmente prometedora, que también se abre paso en la actualidad.

El menor sujeto de atención no se desvincula de su medio natural, de tal manera que los cambios que se logran son persistentes, a pesar de la influencia negativa que en la mayoría de los casos presenta el entorno donde se desarrollan estos menores.

Al considerar a la familia en el programa integral a realizar con estos menores, se evidencia un aumento en el caudal de comunicación entre los miembros de ella, lo que facilita y profundiza la persistencia del cambio. Por otra parte, el hecho de que el menor diariamente regrese a su hogar, permite a los padres visualizar en el corto y en el largo plazo la modificación en el comportamiento del menor, y los problemas emergentes de su propia situación son tratados en forma inmediata.

En este medio abierto, su autoestima no se ve deteriorada, pues no se corta su vinculación real, temporal y concreta con su medio ambiente natural (familia, grupo de amigos etc.), no sintiéndose objeto de una medida punitiva, excluyente y sancionadora.

Como consecuencia de lo anterior, deja de percibir al Centro de Rehabilitación Conductual como parte de un sistema segregador que lo institucionaliza y estigmatiza.

La interacción que se produce entre los funcionarios y los menores, se ve favorecida en este medio abierto, ya que por sus características de funcionamiento, no requiere de elementos externos de autoridad.

Este sistema de tratamiento en medio abierto puede erigirse en instancia intermedia entre rehabilitación en medio cerrado y reinserción social, ya que le procura al sujeto un acercamiento paulatino a las condiciones naturales de su entorno.

Los hábitos de trabajo (puntualidad, asistencia, responsabilidad, cantidad y calidad de la producción) son ejercidos por los menores con un cierto margen de libertad, pues en último las alternativas en la toma de decisiones le competen en conciencia al propio menor.

El menor en este sistema tiene acceso a los recursos recreacionales, educacionales, laborales y otros que la sociedad dispone para cualquier miembro de ella.

Al igual que en la libertad vigilada, la ampliación de la cobertura de la rehabilitación conductual en medio abierto, requiere, en nuestro concepto, de ciertos ajustes en las normas dictadas por SENAME para su aplicación; entre ellos, establecer criterios mas amplios para calificar la asistencia de los menores al Centro de Rehabilitación Conductual, ampliar la atención mas allá de los 18 años y ampliar los demás criterios que regulan el ingreso de los menores a esta modalidad de atención. Por ejemplo, las normas de SENAME exigen que el nivel intelectual de los menores esté en los rangos normal o limitrofe. La realidad muestra que mas del 50% de los menores que actualmente son atendidos en rehabilitación conductual en medio abierto están bajo estos rangos.

La realidad, entonces, muestra que existen menores que están en el rango de retardo mental leve y que logran adaptarse a un Centro de Rehabilitación Conductual con tratamiento abierto; en tanto hay menores que están en el rango normal promedio, a quienes se les hace muy difícil adaptarse a esta modalidad de tratamiento. Esto demuestra que las normas de SENAME están sobrevalorando el nivel intelectual como criterio para calificar el ingreso. Por ello, es importante ver la manera de precisar otros criterios, tales como adaptación social a un medio de rehabilitación abierto, donde el nivel intelectual no sea exclusivo, sino en relación a otros como: comunicación, autoayuda, autodeterminación y persistencia.

Formulamos recomendación para que se practique la revisión de las normas en vigencia, con miras a su mejor adecuación a los requerimientos del problema en el terreno.

VIII) *Métodos renovados de formación y perfeccionamiento de personal*

El personal, decía un especialista español, es todo o casi todo.

No basta disponer de recursos financieros, infraestructura material y organización administrativa y técnica, racionalmente diseñada. Los resultados en el terreno dependen básicamente del personal que tiene a su cargo a los menores.

Tradicionalmente se ha dado un lugar subalterno a la formación de personal especializado para las tareas judiciales y de planificación, investigación, evaluación, prevención y tratamiento.

El déficit es especialmente agudo en lo que dice relación con el personal de trato directo, es decir, aquel que colabora directamente con el profesional o el técnico en el trabajo frente a los menores en situación irregular, en modalidades de atención abierta o cerrada.

Esta es una situación que urge remediar.

No es que nada se haga. Todas las instituciones se preocupan de la formación y entrenamiento del personal, en la medida de sus posibilidades; pero, por lo general, se trata de acciones aisladas, sin nexo entre sí, unilaterales en sus objetivos y contenidos programáticos.

A nivel de personal de trato directo, lo que hace falta es un Programa Nacional, desconcentrado regionalmente en su ejecución, que responda a objetivos comunes y que se exprese a través de Unidades Programáticas flexibles, cuyos contenidos se ajusten a los requerimientos de las diversas modalidades de atención de menores en actual aplicación. Esto supone un Plan general común y Planes especiales diferenciados por modalidades de atención.

Formulamos recomendación para que SENAME, si la iniciativa fuere aprobada, elabore las bases a que debería ajustarse este PROGRAMA NACIONAL de formación de personal de trato directo e imparta las normas técnicas que orientarían su ejecución.

IX) *Fortalecimiento de la participación de la comunidad*

Esta es otra de las conquistas valiosas del último tiempo.

Cada día se asigna mas importancia a la participación ORGANIZADA Y PERMANENTE de la comunidad en actividades de prevención y tratamiento.

Es el reconocimiento de que la atención de los menores en situación irregular constituye una OBLIGACIÓN SOCIAL cuyo cumplimiento compete a todos los integrantes del organismo social.

Es el reconocimiento también de que la participación de la comunidad es uno de los pilares en que se apoya el proceso de desarrollo.

La profunda transformación de la Institución Municipal es una clara expresión de esta tendencia. A nivel comunal, lo que se pretende es alcanzar el desarrollo a través de la interacción dinámica de la Administración comunal y de las organizaciones comunitarias y del Voluntariado.

La comunidad está teniendo ahora acceso mas expedito a servicios vitales para su subsistencia y desarrollo (educación, salud, bienestar social y otros, antes en manos de la Administración Central y ahora bajo la administración de las Municipalidades); al mismo tiempo, a través de los canales de participación social existentes, ve aumentada cada día sus posibilidades de participación directa, en forma organizada y permanente, en la planificación y ejecución de este tipo de actividades. Juntas de Vecinos, Centros de Madres y organizaciones del Voluntariado integran Comités Comunales de Acción Social y Corporaciones Municipales de Desarrollo, administran postas de salud, prestan asesoría jurídica gratuita en sectores poblacionales deprimidos, participan en programas de educación de adultos, colaboran en actividades de prevención del delito etc.

Por esta vía, las organizaciones comunitarias, especialmente las Juntas de Vecinos y Centros de Madres, están vitalizando su labor.

Tradicionalmente, el quehacer de estas instituciones se había expresado en actividades ocasionales de capacitación laboral y, muy especialmente, en la ayuda mutua para solucionar problemas de infraestructura y urbanización: construcción de veredas, instalación de pilones para el agua potable o de postes de alumbrado, extensión de servicios de locomoción de sedes comunitarias, habilitación de centros deportivos etc.

Ahora se persigue enriquecer esa labor tradicional, a través de la participación de las organizaciones comunitarias, en actividades permanentes que formen parte de programas sociales con importancia estratégica para el desarrollo. Es importante que una Junta de Vecinos logre que se reparen algunas veredas en el territorio en que ejerce jurisdicción, pero mas importante es que logre la creación de una escuela de enseñanza básica y ejerza directamente su administración, a través de personal calificado. Es importante que consiga la reparación de las dependencias de

un centro deportivo, pero mas importante es que instale y administre directamente una posta de salud, porque estas últimas iniciativas se traducirán en actividades que beneficiarán permanentemente a la comunidad y dicen relación con aspectos (la educación y la salud) que tienen importancia estratégica para el desarrollo. Los ejemplos podrían multiplicarse.

Convendría que el Ministerio del Interior, en coordinación con el Ministerio de Justicia y con la asistencia técnica del Servicio Nacional de Menores, elaborase las bases para un PROGRAMA NACIONAL, de acción que persiga el fortalecimiento de la participación organizada y permanente de las organizaciones comunitarias y del Voluntariado en actividades de prevención y tratamiento que beneficien a los menores en situación irregular, las que dirigirían y coordinarían las Municipalidades a nivel comunal, con la asesoría de los Consejos Comunales de Desarrollo (CODECOS).

Formulamos recomendación en este sentido.

ANEXO Nº 1

Cobertura Asistencial (Plazas Subvencionadas) del Servicio Nacional de Menores

Por Región

Año Región	Diciembre 1973	Diciembre 1979	Octubre 1984
Ia.	250	959	1.385
IIa.	65	885	1.654
IIIa.	35	282	582
IVa.	70	511	1.113
Va.	925	4.467	6.273
VIa.	220	844	1.558
VIIa.	70	2.755	3.110
VIIIa.	465	3.760	6.072
IXa.	540	2.263	2.671
Xa.	475	1.827	3.013
XIa.	—	226	343
XIIa.	25	142	218
R.M.	5.050	13.385	20.244
Sin Información	1.118	—	—
TOTAL	9.308	32.306	48.236

A N E X O N.º 2
COBERTURA ASISTENCIAL (PLAZAS SUBVENCIONADAS) DEL SERVICIO NACIONAL DE MENORES
Año 1973 a octubre 1984

Sistema Asistencial	Año	DCBRE 1973	DCBRE 1974	DCBRE 1975	DCBRE 1976	DCBRE 1977	DCBRE 1978	DCBRE 1979	DCBRE 1980	DCBRE 1981	DCBRE 1982	DCBRE 1983	A OCT 1984
Protección Simple		9.083	13.849	18.179	19.532	19.060	19.654	19.124	20.492	21.881	21.550	21.939	22.096
Protec. Defic Leves y Mod.		—	—	—	—	—	—	—	1.957	2.335	2.492	1.836	1.850
Observac. y Diagnóstico ..		80	770	60	1.100	1.430	1.480	1.760	1.560	1.537	2.030	2.329	2.379
Rehabilitación Conduct. *		—	—	—	—	—	—	—	—	633	1.125	1.288	1.209
Rehabilitación Psíquica *		145	606	492	1.608	3.214	3.535	4.315	1.361	359	478	478	484
Rehab. Conduct. Diurna ..		—	—	—	—	—	—	—	547	100	100	100	100
Prevención		—	290	920	3.090	4.540	5.060	7.107	8.593	13.470	16.975	17.335	17.237
Colocación Familiar		—	—	—	—	—	—	—	2.090	2.050	2.050	2.022	2.039
Protec. Defic. Leves y Mo- derados Diurna		—	—	—	—	—	—	—	—	191	166	166	166
Libertad Vigilada		—	—	—	—	—	—	—	—	270	—	—	—
Reha. Psíquica Diurna		—	—	—	—	—	—	—	—	171	96	96	96
		9.308	15.515	20.281	25.330	28.244	29.709	32.306	36.600	42.997	47.332	48.149	48.236

(*) Durante el período 1973-1980, las estadísticas relativas a los sistemas de Rehabilitación Conductual y Rehabilitación Psíquica se agruparon en un solo sistema (Rehabilitación). Sólo a partir del año 1981 se desglosan en sistemas separados.

Extensão do conceito de bem público para efeito de controle financeiro interno e externo

GERALDO ÁTALIBA

Professor nas Faculdades de Direito
da Universidade de São Paulo e da
Universidade Católica de São Paulo

SUMARIO

- a) **Controle administrativo e seu regime jurídico**
- b) **Relação de administração**
- c) **Influência do princípio republicano no nosso direito:**
 - I — **considerações gerais**
 - II — **eficácia dos princípios jurídicos**
 - III — **significação do princípio republicano**
 - IV — **conclusão**
- d) **Função do Congresso Nacional**
- e) **Referências constitucionais ao controle financeiro e administração indireta**
- f) **Um exemplo sugestivo: o serviço de correios**
- g) **Conclusão**
- h) **Resumo**

a) Controle administrativo e seu regime jurídico

Controle financeiro público é o conjunto de medidas de natureza fiscalizatória, exercidas sobre o movimento de dinheiros e bens valiosos, de natureza econômica, manejados por administradores públicos, debaixo da relação de administração. Fiscalizar consiste em contrastar — para averiguar de sua adequação — uma atividade com as normas que a disciplinam.

De longa data se convencionou designar por direito financeiro ao sub-ramo do direito administrativo (GUIDO ZANOBINI) que regula a atividade financeira do Estado, consistente no levantamento, gestão e dispêndio de dinheiros. Estes passam a ter a qualificação de públicos pelo regime (administrativo) de sua tutela (ACHILE DONATO GIANNINI) ou pela qualidade de seu possuidor, o Estado.

Toda a disciplina concernente ao manejo dos dinheiros públicos seria inócua, se não previsse a legislação amplo mecanismo orgânico de fiscalização de sua observância. Daí o ser importante tópico de direito financeiro o concernente à fiscalização financeira e orçamentária.

No Brasil, esta disciplina foi, em seus principais temas, constitucionalizada (arts. 70 e segs. da CF).

No nosso regime, há dois tipos de controle financeiro: aquele objeto de disciplina constitucional — por sua importância — exercido pelos órgãos da representação popular sobre as autoridades superiores executivas e um segundo (interno) exercido sobre os inferiores (ou pela cúpula da Administração Direta sobre a Indireta, engendrando a tutela administrativa, tão bem estudada por CELSO ANTÔNIO, no seu clássico *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*).

O controle dos dinheiros públicos — seja na fase de arrecadação, de gestão ou de dispêndio — é minuciosamente disciplinado, seja pela Constituição, seja pela legislação. São previstos atos controladores prévios, concomitantes e posteriores, além de cabal prestação de contas, seja episódica, seja periódica, conforme as circunstâncias do caso.

Mais escassa é a legislação sobre o controle, uso e manuseio dos demais bens de valor econômico, mas não consistentes em dinheiro. Entretanto, grande parte dos dinheiros públicos transformam-se em bens e a eficiência do controle há de ser a mesma, porque o espírito que preside todo o tipo de atividade controladora é rigorosamente o mesmo e não se modifica essencialmente, pela substituição de seu objeto.

Não há dúvida quanto a que, deixando o objeto da fiscalização de ser o dinheiro, desaparece o direito financeiro. Não se reduz, porém, o mesmo interesse público que inspira a legislação sobre bens públicos e controle de sua preservação, uso e emprego.

A importância da questão é manifesta por si mesma. De nada valeria eficiente controle sobre dinheiros se, após convertidos em bens, desaparecessem os mecanismos, tornando possível frustrarem-se os desígnios maiores que presidem à disciplina constitucional e legal em torno da matéria.

Por isso o Texto Constitucional estende a ação fiscalizatória e controladora a dinheiros, bens e valores. Por isso, também, os estudiosos sublinham a conveniência de ampliar a latitude de alcance do tema, de modo a torná-lo de abrangência que lhe assegure a desejada utilidade, pela compreensão lata dos conceitos adotados, e a extensibilidade de sua interpretação.

b) Relação de administração

Em primeiro lugar, é importante recordar a noção de relação de administração sob a qual atuam, de modo genérico, todos os responsáveis e gestores de bens públicos (como o são os agentes administrativos, desde o chefe do Poder Executivo, até o mais modesto servidor).

É em CIRNE LIMA que vamos compreender, em toda sua extensão e profundidade, o significado da relação de administração, estatuto básico informativo de todos os agentes públicos (e os a eles assimilados) para fins da colocação que se tem em vista estabelecer. No seu inextinguível **Princípios de Direito Administrativo**, esse notável jurista deteve-se longamente no expor a “relação de administração”, seus critérios informadores, seu conteúdo, sua teleologia. Nesse instituto universal, põe a chave de abóbada do seu sistema, a pedra de toque de sua proposta de explicação radical do direito administrativo. E o faz de modo vigoroso, denso e eficaz. E, dos postulados que fixa, vai extraindo conseqüências firmes, robustas, pródigas, que iluminam a compreensão de todos os institutos, que fecundam as virtualidades dos preceitos particulares e explicam os princípios e as normas do direito administrativo.

Poucos estudiosos souberam, como CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, valorizar tanto o instrumental científico e o aparato crítico contidos nas concepções de RUY CIRNE LIMA. A ele se dê a palavra, para sintetizar o fulcro do pensamento do velho jusfilósofo e juspublicista:

“É sempre oportuno lembrar a magistral lição de CIRNE LIMA a propósito da relação de administração. Explica o ilustrado mestre que esta é “a relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente”. Nela não há, apenas, um poder em relação a um objeto, mas, sobretudo, um dever, cingindo o administrador ao cumprimento da finalidade, que lhe serve de parâmetro.

Na administração, o dever e a finalidade são predominantes, no domínio, a vontade. A administração é a “atividade do que não é senhor absoluto”. O mestre gaúcho pondera acertadamente que “a relação de administração somente se nos depara, no plano das relações jurídicas, quando a finalidade, que a atividade de administração se propõe, nos apa-

rece defendida e protegida, pela ordem jurídica, contra o próprio agente e contra terceiros.

Em suma, o necessário — parece-nos — é encarecer que na administração os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela” (**Natureza e Regime Jurídico das Autarquias**. SP, Ed. Revista dos Tribunais, 1967, p. 296).

Apreendidas as categorias do mestre, CELSO ANTÔNIO constrói toda a teoria das autarquias, define-as, explica-as, identifica seu regime jurídico, expõe sua natureza. E, subsequentemente, erige notável obra — que se expande por todos os domínios do direito administrativo — guardando admirável unidade, precisamente em razão da constante referibilidade a um magno critério básico: a relação de administração, tal como exposta por RUY CIRNE LIMA.

Pela “relação de administração” se explica todo o direito administrativo; se compreendem seus institutos, entendem-se seus princípios, desvenda-se o sentido de suas regras. Como critério explicador, a relação de administração informa o direito positivo e fixa as pautas para interpretação de toda norma, de cada ato administrativo. Nela se vai encontrar o “sentido” — objeto de tanto cuidado de RECASÊNS SICHES — do sistema do direito administrativo e de cada um de seus institutos.

Esta concepção — informadora de todo o direito administrativo brasileiro — é, pode-se dizer, rigorosamente encampada pelo nosso direito público. Essa rica categorização é informadora do direito constitucional e do direito administrativo brasileiro. É, mesmo, a melhor, mais rigorosa e mais cabal explicação técnica-jurídica sintética e global do conjunto harmônico do nosso direito público republicano.

Daí por que fornecer úteis e seguros padrões de exegese, para compreensão do exato conceito de **bens** e seu regime jurídico.

A matéria da conceituação de **bem**, para efeito de controle financeiro, é constitucional. Vem toda ela prevista na Constituição, embora de maneira esparsa.

O Texto Máximo pressupõe um conceito lato de **bem** público e fixa uma série de parâmetros normativos tendo por referência esse conceito.

A liberdade do legislador ordinário, a esse respeito, é muito restrita. Fica praticamente na seara de regulamentação formal dos procedimentos tendentes a dar eficácia aos desígnios constitucionais pertinentes.

O legislador ordinário em quase nada pode contribuir para levar a classificar um bem como público ou não. Esta conceituação já decorre da própria Constituição. As reiteradas referências constitucionais, diretas e indiretas ao conceito, permitem ao intérprete inferir suas conotações e denotações.

O legislador infraconstitucional o que poderá fazer é explicitar, de modo mais completo ou minudente, aquilo que já está implícito no Texto Constitucional. Se é exato que pode, para certos efeitos — especialmente para estender a proteção juspublicística a certos bens — ampliar o conceito, certamente não poderá reduzi-lo, na sua extensão, sob pena de violar os claros desígnios constitucionais.

Como assinala RUY CIRNE LIMA, a proteção dos bens e dinheiros públicos é estabelecida, em primeiro lugar, contra o próprio administrador público, nos termos da equação da relação de administração. É que a utilidade pública — a ser eficazmente criada, promovida, incentivada e preservada pela ação administrativa — é toda ela protegida pelo direito. E o é, primacialmente, contra o administrador.

Evidentemente, os desígnios, no trato dos bens públicos, não dependem do legislador ordinário. Há uma compreensão e uma interpretação constitucional alheia, superior e prévia à colocação dos legisladores. A estes cabe viabilizar e assegurar a eficácia dos desígnios constitucionais, essencialmente protetores dos bens que quis reputar públicos.

Como consequência disso, a interpretação da legislação ordinária depende rigorosamente de uma prévia compreensão da disciplina constitucional dessa matéria. Nem se pode esquecer a oportuna advertência de BISCARETTI DI RUFFIA, quando sinala que o primeiro (lógica e cronologicamente) intérprete da Constituição é o legislador, quando se entrega à tarefa de desenvolver os instrumentos legislativos, mediante os quais assegurará a eficácia dos princípios e regras contidos na **Lex Maxima**.

Como postulado metodológico, portanto, iremos nos pautar por uma consideração rigorosamente constitucional do problema, buscando exatamente desvendar os critérios que ulteriormente permitam — em cotejo com a legislação infraconstitucional — averiguar, num primeiro momento, a sua constitucionalidade e, num segundo, as implicações necessárias desses princípios, no plano legislativo, para o fim de colher orientação hermenêutica que enseje bem determinar qual a interpretação dessa disciplina.

c) Influência do princípio republicano no nosso direito

A consideração de todo esse tema, entretanto, exige recordem-se as implicações do princípio republicano no nosso direito positivo, porque a legislação administrativa numa república reflete preocupações

e informa-se de tônica radicalmente diversa da peculiar ao direito administrativo apoiado em instituições autoritárias ou mesmo totalitárias. Daí, também, parecer oportuno advertir-se o estudioso contra a doutrina alienígena — embora de boa qualidade técnica — elaborada em climas como o italiano da época do fascismo, alemão da época do nazismo, russo soviético, espanhol franquista, português salazarista etc.

A penetração dos princípios autoritários e antidemocráticos no espírito da legislação, no teor da jurisprudência e na tônica da doutrina que à sua vista se elabora tudo deturpa.

Estados de direito, que plasman suas instituições com base no ideal republicano, com a consagração da tripartição — e conseqüente autonomia e independência — dos poderes, bem como lastreadas no império da lei e no princípio da isonomia, têm necessariamente um direito administrativo aberto, oxigenado, participatório, permeado de técnicas, institutos e peculiaridades inúmeras vezes contrastante com a rapidez, eficiência, agilidade e desassombro que caracterizam os regimes que, em nome dessas características, atropelam direitos, ignoram a participação dos administrados e atuam surpreendentemente.

I — considerações gerais

Como princípio fundamental e básico, informador de todo o nosso sistema jurídico, a idéia de república domina não só a legislação, como o próprio Texto Magno, inteiramente, de modo inexorável, penetrando todos seus institutos e esparramando seus efeitos sobre seus mais modestos escaninhos ou recônditos meandros.

Tal é sua importância no contexto do nosso sistema, tão dominadora sua força, que influi, de modo decisivo, na interpretação dos demais princípios constitucionais e, com maior razão, de todas as regras constitucionais. **A fortiori**, todas as leis devem ter sua exegese conformada às suas exigências.

II — eficácia dos princípios jurídicos

O axioma que postula o cunho sistemático do direito dispensa demonstração, pelo seu universal acatamento.

Ora, o sistema jurídico — ao contrário de ser caótico e desordenado — tem profunda harmonia interna. Esta se estabelece mediante uma hierarquia, segundo a qual algumas normas descansam em outras, as quais, por sua vez, repousam em princípios que, de seu lado, se assentam em outros princípios mais importantes. Dessa hierarquia decorre que os princípios maiores fixam as diretrizes gerais do sistema e subordinam os princípios menores. Estes subordinam certas regras que, à sua vez, submetem outras.

Mesmo no nível constitucional, há uma ordem hierárquica que faz com que as regras tenham sua interpretação e eficácia condicionada

pelos princípios. Estes se harmonizam, em função da hierarquia entre eles estabelecida, de modo a assegurar plena coerência interna ao sistema (a demonstração cabal disso está em J. M. TERAN, **Filosofia del Derecho**).

É oportuno, a propósito, recordar clássica lição de FERRARA, quando assinala que “um princípio jurídico não existe isolado, mas acha-se em íntima conexão com outros princípios. O direito objetivo, de fato, não é um aglomerado caótico de disposições, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados e subordinados, no qual cada um deles tem um lugar próprio”.

Por isso CELSO BANDEIRA DE MELLO sinala que cada princípio constitui membro de um grande todo. Dessa conexão recebe luz a norma particular. O sentido de uma disposição ressalta nítido e preciso, quando é ele confrontado com outras normas gerais ou supra-ordenadas, de que constitui uma derivação, uma aplicação ou uma exceção, quando se remonta, dos preceitos singulares, ao inteiro ordenamento jurídico.

AGUSTIN GORDILLO — notável mestre de direito argentino — ensina que o princípio é ao mesmo tempo norma e diretriz do sistema, informando-o visceralmente (**Introducción al Derecho Administrativo**, vol. I, p. 176). E demonstra que mesmo as normas constitucionais não têm igual eficácia, mas, pelo contrário, se estruturam de forma piramidal, como entende a escola de Viena, liderada pelo incomparável Kelsen. Aliás, JOSÉ AFONSO DA SILVA (**Aplicabilidade das Normas Constitucionais**) dá a melhor demonstração prático-teórica da robustez desse postulado.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO sublinha que o princípio aponta a direção, o sentido em que devem ser entendidas as normas que nele se apóiam e ressalta não poder o intérprete extrair nenhuma conclusão que contrarie um princípio. Lhe comprometa as exigências, ou lhe negue as naturais conseqüências.

Por isso JUAN MANUEL TERAN, secundado por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, compara o princípio ao alicerce de um edifício, já que suporta o sistema e lhe dá consistência.

Ouçamos um dos mais autorizados publicistas brasileiros (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO), expondo magistralmente lição fundamental: “Entende-se por princípio a disposição, expressa ou implícita, de natureza categorial em um sistema, que conforma o sentido das normas implantadas em uma dada ordenação jurídico-positiva”.

Com efeito, na lição magistral de JUAN MANUEL TERAN, “toda categoria lógicamente es un concepto bajo el cual se ordenan una serie de nociones y conceptos. Toda categoría es un concepto básico, en tanto que comprende otros. Existe un concepto como categoría.

en tanto que a el se subordina o de el se infieren otros conceptos... En otras palabras, sólo son categorías los conceptos fundamentales con relación a cierto orden; es decir, cuando sirven de apoyo para comprensión dentro de cierta esfera" (*Filosofía del Derecho*, México, Editorial Porrúa, 1952, p. 87).

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, precisamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.

A relevância dos princípios constitucionais e sua supremacia, sobre as normas ordinárias ou até mesmo constitucionais, foi admiravelmente apreendida e exposta por AGUSTIN GORDILLO, nas seguintes luminaras palavras:

"Diremos entonces que los principios de derecho público contenidos en la Constitución son normas jurídicas, pero no sólo eso; mientras que la norma es un marco dentro del qual existe una cierta libertad, el principio tiene sustancia integral. La simple norma constitucional regula el procedimiento por el que son producidas las demás normas inferiores (ley, reglamento, sentencia) y eventualmente su contenido: pero esa determinación nunca es completa, ya que la norma superior no puede ligar en todo sentido y en toda dirección el acto por el cual es ejecutada; el principio, en cambio, determina en forma integral cual ha de ser la sustancia del acto por el cual se lo ejecuta.

La norma es límite, el principio es límite y contenido. La norma da a la ley facultad de interpretarla o aplicarla en más de un sentido, y el acto administrativo la facultad de interpretar la ley en más de un sentido; pero el principio establece una dirección estimativa, un sentido axiológico, de valoración, de espíritu. El principio exige que tanto la ley como el acto administrativo respeten sus límites y además tengan su mismo contenido, sigan su misma dirección, realicen su mismo espíritu. Pero aún mas, esos contenidos básicos de la Constitución rigen toda la vida comunitaria y no sólo los actos a que más directamente se refieren o a las situaciones que más expresamente contemplan" (*Introducción al Derecho Administrativo*, 2ª ed., Abeledo Perrot, 1966, pp. 176 e 177).

Daf o sublinhar CELSO ANTÔNIO (RDP, 15/283):

"qualquer disposição, qualquer regra jurídica... para ser constitucional, necessita estar afinada com o princípio...

realizar seu espírito, atender à sua direção estimativa, coincidir com seu sentido axiológico, expressar seu conteúdo. Não se pode entender corretamente uma norma constitucional sem atenção aos princípios consagrados na Constituição e não se pode tolerar uma lei que fira um princípio adotado na Carta Magna.

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra."

Estas longas considerações servem para demonstrar que a interpretação dos preceitos constitucionais referentes a **bens, dinheiros e valores públicos** depende da rigorosa compreensão do significado do princípio republicano. **A fortiori**, a interpretação e aplicação da legislação financeira e administrativa que neles (preceitos constitucionais) se funda.

III — significação do princípio republicano

Alguns princípios constitucionais foram postos tradicionalmente pelos nossos sucessivos legisladores constituintes como fundamentais a todo o sistema e, por isso, em posição de eminência relativamente a outros.

Deles os mais importantes são os da federação e da república. Por isso, exercem função capitular da mais transcendental importância, determinando inclusive como se devem interpretar os demais, cuja exegese e aplicação jamais poderão ensejar menoscabo ou detrimento para a força, eficácia e extensão dos primeiros.

Diversas ordens de considerações evidenciam a posição privilegiada em que foram postos esses dois princípios fundamentais de todo o nosso sistema jurídico.

Foram lógica e cronologicamente fixados como basilares, pela circunstância de virem mencionados em primeiro lugar (art. 1º), nos textos constitucionais republicanos.

São repetidos, enfatizados, reforçados, reiterados e assegurados, até as últimas conseqüências, por inúmeras outras disposições constitucionais.

Efetivamente centenas de normas constitucionais aplicam-nos a situações concretas e atuam como seus desdobramentos ou refrações.

A federação, definida pelo saudoso constitucionalista SAMPAIO DORIA, como “autonomia recíproca da União e dos Estados, sob a égide da Constituição” é princípio básico do nosso sistema constitucional, desde 1891.

O outro princípio que, ao lado do federal, ocupa posição basilar é o republicano, não só porque também é arrolado em primeiro lugar (art. 1º), mas porque é, como o outro, assegurado, em todos os seus desdobramentos, por inúmeros mandamentos contidos ao longo do Texto Constitucional.

Caracteriza-se modernamente o regime republicano pela tripartição do exercício do poder e pela periodicidade dos mandatos políticos, com conseqüente responsabilidade dos seus necessariamente transitórios exercentes.

Todos os mandamentos que cuidam da mecânica de **checks and balances**, que tratam da periodicidade, da representatividade, das responsabilidades dos mandatários e do relacionamento entre os Poderes, asseguram, viabilizam, equacionam, reiteram, reforçam e garantem o princípio republicano, realçando sua função primacial no sistema jurídico.

É a disposição peremptória e categórica do § 1º do art. 47 do Texto Constitucional, porém, que mais patenteia e sublinha o excepcional prestígio desses dois princípios constitucionais, ao vedar terminantemente que seja “objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir a federação ou a república”.

A Constituição brasileira se classifica dentre as rígidas, porque qualquer alteração no seu texto só pode ser aprovada por um processo especial e qualificado, previsto no próprio Texto Constitucional.

No que respeita, porém, a esses dois princípios, pode-se dizer que nossa Constituição é rigidíssima. Não há possibilidade de ser ela alterada quanto a essas matérias, nem mesmo por meio de emendas. Nesse ponto, ela é inalterável. Não pode o órgão de reforma, o Congresso Nacional, sequer discutir qualquer projeto tendente (que abrigue tendência; que possibilite, mesmo indiretamente) à abolição dos dois princípios, reputados tão importantes, tão fundamentais, tão decisivos, que tiveram um tratamento sacro, proteção absoluta, erigidos que foram em tabus jurídicos. Intocáveis, na plena extensão do significado da palavra.

Relativamente a eles, tudo o mais é secundário, é mutável por via de emenda. Eles são perenes, eternos, imutáveis (juridicamente). Quer isso dizer que só por via revolucionária, só mediante quebra da ordem jurídica podem eles ser alterados, atingidos, reduzidos, modificados.

Pois, desde 1891 tivemos seis manifestações do poder constituinte pleno, no Brasil (1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969), e uma do poder constituinte derivado com caracteres amplíssimos (1926). Note-se que três vezes o poder constituinte se manifestou por assembleias representativas democraticamente eleitas (1891, 1934, 1946); nas demais, tivemos constituintes autoritários.

Pois, com exceção da ditadura estadonovista (1937), não tiveram coragem, disposição, valor ou mesmo vontade os titulares da soberania nacional plena para abolir ou postergar esses dois princípios, o que prova o quão arraigados estão na nossa consciência política, de modo a se fazerem irresistível tradição, expressões sagradas do sentir nacional.

Temos, pois, que considerar o problema de como interpretar o mandamento do § 1º do art. 47 do Texto Constitucional vigente, que — impedindo o processamento de projetos de emendas tendentes a abolir a federação e a república — faz de modo singular (em contraste com o direito comparado) absolutamente rígida nossa Constituição, nesse ponto.

Parece óbvio que a vedação não tem só o singelo e limitado sentido de proibir que se postule direta e imediatamente a abolição de um ou de ambos os princípios (federação e república). Não.

Na verdade, qualquer proposta que indiretamente ou por consequência, tenda a abolir quer a federação, quer a república é igualmente proibida, inviável e insuscetível de sequer ser posta como objeto de deliberação.

Não teria sentido atribuir-se menor expressão ao dispositivo constitucional em causa. Seria inócuo, se pudesse ser entendido em termos tais que consentisse a aprovação de medidas oblíquas ou indiretas, que reportassem ao resultado vedado.

IV — conclusão

Se as notas típicas da república — representatividade, periodicidade e responsabilidade — não só são consagradas no Texto Supremo, como objeto de vasta e multifacética disciplina constitucional, ele (princípio republicano) há de iluminar a exegese dessa disciplina e da legislação que se propõe a desenvolvê-la, viabilizá-la e dar-lhe eficácia.

d) Função do Congresso

A Constituição atribui primordialmente ao Congresso Nacional o exercício da fiscalização financeira e orçamentária (art. 70) da União, postulando idêntica função, no âmbito dos Estados, para as Assembleias Legislativas (art. 10, VII, a, c e f e art. 13, IX).

Por outro lado, prevê a Constituição que o Legislativo será auxiliado tecnicamente, no desempenho dessas atribuições, pelo Tribunal de Contas (art. 70, § 1º).

Ao tipo de controle assim desempenhado, atribui-se a qualificação de “controle externo”, que compreende atividade de auditoria financeira e orçamentária e “julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos”. Parece evidente que nesses conceitos entram dinheiros e todo tipo de bens jurídicos de conteúdo econômico.

Assim a função do Congresso Nacional, além de normativa, é função controladora geral, cabendo ao Tribunal de Contas, além de assessorar o Congresso, o desempenho de atribuições de fiscalização minuciosa de toda atividade concernente a finanças, ao desempenho da atividade orçamentária (receitas e despesas) e ainda gestão administrativa.

Nessas variadas passagens constitucionais, fica claro que a atividade financeira é uma e que auditoria financeira e administração financeira são diferentes da auditoria orçamentária ou da administração orçamentária, sendo forçoso entender que o conceito de “financeiro” é muito mais amplo do que o de orçamentário, no sentido de abranger matérias mais amplas, concernentes diretas e indiretamente a “bens e valores públicos” (§ 1º do art. 70).

Tratando, por outro lado, o Texto Constitucional do conteúdo das normas gerais de direito financeiro, faz arrolar normas sobre orçamento, despesas e “gestão patrimonial e financeira de natureza pública”, de forma a deixar entendido que a gestão financeira é algo que também se distingue da gestão patrimonial, senão como gênero, pelo menos como espécie, induzindo o envolvimento de bens públicos, nesse conjunto de atividades, como algo de necessário e constante.

Dessarte, serão bens sujeitos a controle todos aqueles que — de baixo da relação de administração, compreendida sob o influxo do princípio republicano — representem a tradução em objetos economicamente estimáveis, do que foram antes os dinheiros públicos, ou seja, dos bens em que se converteram esses dinheiros.

Impõe a Constituição federal que os administradores e “demais responsáveis” — portanto, categoria de pessoas que vai além dos administradores — por bens e valores públicos devam prestar contas ao Tribunal de Contas, como órgão auxiliar do Congresso Nacional (§ 1º do art. 70).

Por outro lado, verifica-se a necessidade da existência de uma auditoria financeira, compreensiva portanto, também, dos bens aqui considerados, das unidades administrativas dos três Poderes (§ 3º), sendo que as normas de fiscalização financeira e orçamentária apli-

cam-se às autarquias (§ 5º). Num primeiro momento, poderia parecer que as demais criaturas da lei (como as sociedades mistas e as empresas públicas) escapariam a esse controle.

c) Referências constitucionais ao controle financeiro e administração indireta

Quanto às fundações públicas — ou seja, as fundações submetidas a regime do direito público —, nenhuma dúvida há de que se compreendem no conceito de autarquia, sendo, portanto, alcançáveis imediatamente, sem qualquer possibilidade de dúvida ou questão (v. **Natureza e Regime Jurídico das Autarquias**, de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO). Já as fundações governamentais, isto é, criadas por pessoas políticas, mas submetidas a regime de direito privado, seguem a sorte das empresas públicas e sociedades mistas.

O problema que se põe é saber se os bens manejados por gestores de empresas públicas e sociedades mistas, são também sujeitos a esse controle. Em outras palavras: importa determinar se, à luz da Constituição, se está ou não diante de “bens públicos” para esse feito (de controle e fiscalização pelo Legislativo, por meio do Tribunal de Contas).

É interessante assinalar, em rápido perpassar de olhos pelo Texto Constitucional, que a disposição do art. 34 da Constituição impede os parlamentares (I, a) de manter contratos com pessoa de direito público (evidentemente União, Estados e Municípios), autarquia, empresa pública, sociedade mista e até mesmo concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedeça a cláusulas uniformes; e ainda os impede de (I, b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado nessas entidades, mostrando que — quando se trata de proteger a independência do Parlamento, dando eficácia ao princípio da repartição dos Poderes do art. 6º, como emanção do princípio republicano — o Texto Constitucional equipara todas essas entidades.

Por outro lado, ainda nesse art. 34, se prescreve a proibição, desde a posse, de que os parlamentares ocupem cargo, função ou emprego demissíveis *ad nutum*, nas entidades referidas, ainda impedindo-os de patrocinar causa em que seja interessada qualquer dessas entidades (letra d).

É o próprio Texto Magno que — interpretando a extensão dos conceitos envolvidos — estabelece assimilação entre essas entidades, exatamente a propósito de questões ligadas a gestão financeira e administração de bens.

Essa indicação é muito importante e deverá ser levada na devida conta, no momento oportuno.

É de se recordar, por outro lado, que o art. 82 estabelece ser crime de responsabilidade do Presidente da República a prática de “atos que atentarem contra a Constituição” e especialmente “a probidade na administração” (item V).

Ora parece inquestionável que a probidade não diz respeito só aos dinheiros, mas também aos bens e que a circunstância de haver liberdade do legislador criar entidades descentralizadas, inclusive para o desempenho de serviços públicos — entidades essas que poderão ser submetidas a regime de direito privado — não poderia jamais ter a virtude de reduzir o âmbito e o alcance da definição desta figura penal, constitucionalmente prevista. Esta consideração nos leva a verificar a amplitude que se deve emprestar ao conceito de bem, para efeito de compreensão do regime de sua proteção jurídica.

É interessante observar que o art. 125, item IV, prevê a competência dos juízes federais de primeira instância, para processarem e julgarem os crimes “praticados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou suas entidades autárquicas ou empresas públicas”. O que mostra que o conceito de bem público se aplica aos de propriedades de empresas públicas, tanto que as sujeitas a um regime processual especial, constitucionalmente disposto, igual ao aplicável às autarquias e à própria administração direta. (É aqui lícito o emprego de analogia, para assim também entender relativamente às empresas públicas estaduais e municipais).

Por outro lado, tratando das inelegibilidades, o art. 151 da Constituição prevê que a lei complementar as estabelecerá “com vistas a preservar a probidade administrativa” (nº II) e a “a normalidade e legitimidade das eleições, contra a influência ou abuso do exercício de função, cargo ou empregos públicos, da administração direta ou indireta (nº III).

Isto está a mostrar que o conceito de “administração indireta”, normalmente abrangente das empresas públicas e sociedades mistas, aí há de necessariamente se compreender, sob pena de quase total esvaziamento do próprio preceito constitucional.

Efetivamente, conforme a interpretação que se lhe dê, pode esvaziar-se sua eficácia, a ponto de torná-la nula. Esta consideração também mostra que função ou cargo, nessas entidades para este efeito, não de ser considerados públicos. Não parece dessarte exagerado entender que os bens, direitos, valores e interesses dessas entidades merecem igual proteção que os ontologicamente públicos (embora os meios de sua proteção possam ser diversos).

É também interessante observar que, decretado o estado de sítio, são autorizadas uma série de medidas excepcionais, inclusive o “uso ou ocupação temporária de bens de autarquias e empresas públicas, sociedades mistas ou concessionárias de serviços públicos, bem como

a suspensão do exercício de cargo, função ou emprego nas mesmas entidades" (letra g, § 2º do art. 156, da CF) em equiparação que indica igual estima constitucional por essas entidades, quanto ao regime de seus bens.

Aqui, outrossim, houve por bem o legislador constituinte — tendo em vista objetivamente a natureza dos regimes jurídicos e dos bens sob eles colocados — equiparar as sociedades mistas, empresas públicas e autarquias.

Por outro lado, o art. 170 — especialmente nos §§ 2º e 3º — atribui regime derogatório do regime geral às empresas públicas e às sociedades mistas, submetendo-as às normas aplicáveis às empresas privadas, evidentemente nas suas relações com terceiros, mas, jamais nas relações com o seu criador que é o próprio Estado (União, Estados e Municípios), relações estas de direito administrativo, configuradoras do instituto da tutela administrativa tão bem exposta por CELSO ANTONIO.

Este conjunto de considerações tende a indicar que os bens manejados ou manipulados por estas entidades devem ser considerados "públicos", para o efeito de controle financeiro e orçamentário. São dinheiros, valores, direitos (bens, enfim) que a comunidade, representada por uma pessoa política, aplicou numa atividade — tendo em vista uma finalidade, legalmente consagrada — e que merecem o mais amplo amparo.

Por último, é importante a consideração da disposição do § 31 do art. 153, que dispõe que "qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular, que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas". Está aí cabal demonstração de que os atos lesivos, atingindo empresas públicas, sociedades mistas e fundações, mesmo as submetidas a regime de direito privado, mas criadas pelo Poder Público, também são alcançados pela disposição que cuida da ação popular.

Aliás, isto foi bem compreendido quer pela doutrina — especialmente de HELY LOPES MEIRELLES, JOSÉ AFONSO DA SILVA e CELSO BASTOS — quer pelo próprio legislador, quando emanou a lei de ação popular. E que, assim não fosse, toda vez que — por conveniência administrativa — o legislador resolvesse entregar à cura desse tipo de entidade (submetida a regime jurídico de direito privado) estes bens, eles escapariam à tutela onímoda, constitucionalmente disposta, em benefício do interesse público e como realização da eficácia do princípio republicano. Seria, efetivamente, despropositado que bens e interesses indisponíveis — cuja única razão de ser está no atender a uma utilidade pública (RUY CIRNE LIMA) — perdessem a especial proteção constitucional e legal, só porque, por conveniência operacional, o legislador colocou sua gestão sob regime privatístico.

O insigne SEABRA FAGUNDES, estudando o controle judiciário dos atos administrativos, não tem a menor dúvida em fazer compreenderem-se todos esses bens, sob esse regime, para os efeitos de preservação e proteção dos interesses e bens públicos.

f) Um exemplo sugestivo: o serviço de correios

Um exemplo especialmente sugestivo, cuja consideração tem grande alcance didático, merece ser lembrado, que é o do serviço público federal de correios. (Serviço público — na insuperável definição de CELSO ANTÔNIO — é “a prestação de utilidade material, fruível individualmente pelos administrados, sob regime de direito público”).

A Constituição federal dispõe de maneira clara e inequívoca no seu art. 8º que é da competência da União “manter o serviço postal e o correio aéreo nacional” (item XII) fazendo ver que o correio é típico serviço público federal, sequer passível de concessão, como acontece com aqueles previstos no item XV do mesmo art. 8º (Pela concessão, a atividade material é outorgada a pessoa diversa do titular do serviço, que, entretanto, não transfere a titularidade — e correspondente responsabilidade — por ele: só a execução é provisoriamente transferida: a titularidade é indelegável.)

Entretanto, o legislador ordinário houve por bem transformar o antigo órgão da Administração Direta (Departamento dos Correios e Telégrafos) em empresa pública — outorgando-lhe personalidade e submetendo-a a regime de direito privado — tendo em vista precisamente assegurar a obediência, para diversos efeitos, aos padrões do mercado, aos critérios de desempenho da atividade privada, para agilizar esse serviço, torná-lo expedito, eficaz, eficiente e versátil, à semelhança (e nos moldes) da empresa privada.

Parece de supina evidência que esses desígnios e os meios adotados para alcançá-los não podem ter a virtude de destituir da qualidade de “serviço público federal” à própria essência dessa atividade, que persiste sendo objetivamente — *ex vi* da Constituição — algo que não pode ser alterado nem direta, nem indiretamente pela lei.

Portanto, para determinados efeitos, puramente operacionais, o regime aplicável é o privado. Para, entretanto, os efeitos de preservação, manutenção, persistência, continuidade, eficiência, controle e fiscalização dos bens e dinheiros manejados por essa entidade, persistimos diante de serviços públicos federais e, portanto, sujeitos às conseqüências inerentes a esse caráter, que lhes é inalienável.

g) Conclusão

O legislador ordinário goza de liberdade ampla para descentralizar serviços públicos, criando entidades que deles se encarreguem: autarquias, sociedades mistas, empresas públicas, fundações.

Se se tratar de intervir no domínio econômico, só a União poderá fazê-lo, nas hipóteses consentidas pela Constituição.

Criando entidades que submete a regime de direito privado, assegurar-se-á que sejam expeditas, ágeis e eficientes no desempenho de suas funções. Se exercitarem serviço público, a razão juridicamente justificadora da adoção do regime de direito privado será a agilidade e eficiência de seu funcionamento. Se exercitarem atividade econômica, a razão será a obediência aos imperativos constitucionais, que exigem rigorosa igualdade, estimuladora da competição (salvo o caso excepcional de monopólio).

Em todos os casos, a criação de entidades regidas pelo direito privado é, por definição, ditada pelo interesse público. A adoção desse regime decorre de imperativo constitucional ou duma conveniência administrativa (definida pelo legislador, à vista do interesse público).

Esse expediente não pode servir, em nenhuma hipótese, para fraudar os desígnios constitucionais, relativamente à fiscalização e controle financeiro *lato sensu* sobre os bens, dinheiros e valores públicos. Seja qual for o meio eleito pelo legislador, aquilo que a Constituição colocou sob proteção especial — ao desenhar o sistema de controle financeiro — a esta proteção não escapa.

A circunstância, pois, de bens, direitos, dinheiros, valores etc., de origem pública, ou imputáveis de alguma maneira a pessoas públicas (ainda que só parcialmente), serem entregues a qualquer entidade, submetida a qualquer regime, não tem a virtude de excluir o controle financeiro externo (exercido pelo Legislativo).

Se fosse possível — diante do nosso direito positivo — afirmar-se escaparem tais bens (e seus gestores e responsáveis) ao controle financeiro, pela circunstância de o regime operacional da entidade ser privado, então todo o sistema constitucional de proteção a esses bens ficaria fraudado. Interpretar, portanto, dessa forma implica grave equívoco hermenêutico porque:

a) ou admite que a Constituição é flexível e pode ser alterada por lei ordinária;

b) ou declara que os preceitos (e princípios) de proteção aos bens públicos são inócuos e ineficazes, porque podem ter todas suas exigências fraudadas, por simples expedientes legislativos.

De todo exposto, parece-nos lícito concluir que o conceito de **bem** para o efeito de controle financeiro é o mais amplo possível, abrangendo dinheiros, direitos de conteúdo econômico e toda e qualquer coisa — em que o dinheiro se pode converter — imputável a qualquer título às pessoas públicas e às entidades da administração indireta, mesmo as regidas por regime de direito privado.

h) **Resumo**

1. O direito financeiro é sub-ramo, não autônomo, do direito administrativo. Tópico importante dele é o relativo ao controle e fiscalização da administração e emprego de dinheiros públicos, assim entendidos todos os dinheiros ou bens economicamente apreciáveis de algum modo imputáveis às pessoas administrativas (categoria de RUY CIRNE LIMA) ou governamentais (segundo a proposta de CELSO ANTONIO).

2. Segundo a relação de administração, informadora do direito administrativo, o gestor de coisa alheia deve não só obedecer aos desígnios impessoais tendentes à finalidade a que servem, como devem prestar contas ao **dominus** (ou quem lhe faça as vezes), por sua gestão (RUY CIRNE LIMA).

3. O princípio republicano, fundamental ao nosso direito público, postula a representatividade, periodicidade e responsabilidade dos exercentes de funções políticas, nas organizações estatais. Suas exigências se derramam por todo o sistema jurídico e implicam onímodos mecanismos de controle e fiscalização sobre os agentes e atos por eles praticados, no concernente ao interesse público, incluindo, necessariamente, os **bens** públicos.

4. Tal é o vigor dominante do princípio republicano, que sob ele a relação de administração ganha inusitada força, levando inexoravelmente o intérprete da legislação administrativa a ampliar os conceitos de **bens**, responsabilidade, administração, prestação de contas e outros instrumentais, quer da representatividade, quer da responsabilidade de todos os agentes públicos.

5. Assim, o legislador, auxiliado pelo Tribunal de Contas, tem o poder-dever (SANTI ROMANO) ou melhor o dever-poder (CELSO ANTONIO) de estender sua ação controladora e fiscalizatória sobre todos os agentes e todos os **bens** que de qualquer modo sejam relacionados com o interesse público, independentemente do regime a que a lei os submetta.

6. Dessarte, a eventual conveniência que inspire o legislador a criar entidades com personalidade de direito privado, ou submetê-las a regime privado não pode ter a virtude de atenuar e muito menos afastar o controle financeiro externo, constitucionalmente disposto. Só são admissíveis atenuações nos mecanismos de controle "interno", nesses casos.

7. Em conseqüência, devem entender-se por bens, para o efeito do irresistível controle externo, todas e quaisquer coisas materiais ou imateriais, dotadas de valor econômico atual ou potencial, afetadas de algum modo à atividade administrativa.

Questões sobre a empresa pública no Brasil

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES

Advogado em São Paulo

Este estudo pretende apenas levantar algumas questões relativas à empresa pública, tal como tratada pelo direito brasileiro. Não há realmente soluções sugeridas, mas a consciência de algumas circunstâncias da atuação da empresa pública e alguma consideração por determinados fatos pode indicar o ponto em que se localizam os nós da empresa pública e, talvez, as pistas para eventuais soluções.

I — *A natureza das empresas públicas*

Discutir a “natureza jurídica” destas empresas é aparentemente tão difícil quanto fazer teogonia. Na verdade as empresas públicas não deixam de ter uma forma heróica, no sentido mesmo da mitologia olímpica: são semideuses, filhas do olímpico poder soberano do Estado com a forma mortal das sociedades de direito privado.

Assumem a forma de direito privado e se submetem ao regime das sociedades particulares, até por força de dispositivo constitucional (art. 170, § 2º, Emenda Constitucional nº 1/69). No entanto, são sempre o Estado em atuação. É daí mesmo que começam nossas dificuldades. A empresa pública é o Estado exercendo — em caráter suplementar, como diz o texto constitucional (art. 170, § 1º), ou por razões de conveniência administrativa (segundo o Decreto-Lei nº 200/67 combinado com o Decreto-Lei nº 900/69) — atividade econômica.

Logo, definirmos a natureza jurídica das empresas públicas *a priori* seria um erro de método. A “natureza jurídica” das coisas não existe. Existem aspectos mais ou menos gerais que conduzem o raciocínio jurídico, mas a realidade é que os produz. Assim, só a percepção da realidade funcional e estrutural destas empresas dentro do quadro de institutos jurídicos existentes é que permitirá — ou não — sua inclusão em algum tipo já “classificado”. Mesmo a “história natural”, porém, tem seus limites: descobertas de novas espécies ou gêneros são sempre possíveis. Também no direito: se os tipos que aí estão não cobrem totalmente a figura da empresa pú-

blica, tanto pior. Cumpre-nos inventar novos, a partir das questões que esta empresa nos coloca. A realidade é sempre mais complexa do que os modelos dos estudiosos.

Só ao fim deste estudo pretende-se traçar alguns princípios que talvez sirvam de norte à solução de umas poucas questões.

II — *Intervencionismo estatal*

A despeito da aparente novidade que o instituto “empresa pública” — ou a intervenção estatal — apresenta, a presença do Estado na exploração econômica no Brasil é a grande tradição da história. Nossa história é, de fato, mais do que generosa em exemplos de ingerência do soberano na atividade “empresarial” e — mais ainda — na “confusão” do público com o privado.

O regime jurídico do Estado monárquico português já era patrimonialista no século XVI (1). O tesouro público ou a Fazenda d'el-rei eram uma só e mesma coisa. O rei não era apenas o príncipe maior: era o primeiro comerciante e o primeiro senhor de terras do reino. A descoberta leva o Brasil a ser território da Real Fazenda (sob protetorado da Ordem de Cristo). A implantação das capitânicas hereditárias demonstra que el-rei dispunha da terra como coisa e propriedade sua, fazendo dela mercê a quem lhe aprouvesse. Daí o capitão donatário também fazia suas concessões de sesmarias, tratando tudo como seu particular patrimônio. O regime jurídico inicial não distingue bem, no Brasil, o que é o direito público e o que é direito privado (2).

Algum tempo depois, as exigências do monopólio comercial se fazem através das Companhias de Comércio, sempre fruto de uma carta d'el-rei, que se transforme em acionista, juntamente com os capitalistas privados do reino (3). O mesmo regime é válido em suas linhas gerais para as quatro companhias de comércio que operaram na América portuguesa (4). Vê-se aí claramente a figura do

- (1) A análise deste fenômeno, que não cabe neste trabalho, vai particularmente elaborado por RAYMUNDO FAORO em *Os Donos do Poder*, 5ª ed., vol. I, Porto Alegre, Globo, 1979, especialmente capítulos 1, 2 e 3.
- (2) Sobre a forma “feudal” do direito de propriedade no Brasil rural, veja-se ISIDORO MARTINS, *História do Direito Nacional*, 3.ª ed., Brasília, DIN, 1979, esp. pp. 101 e ss. A crítica a esta visão vem expressa por JOSÉ DE SOUZA MARTINS in *Expropriação e Violência. A Questão Política no Campo*, 2ª ed., São Paulo, Hucitec, 1982, esp. pp. 16-17.
- (3) ROBERTO SIMONSEN, *História Econômica do Brasil*. São Paulo, Cia. Ed. Nacional/MEC, 1977, pp. 355-361.
- (4) Foram elas a Companhia Geral do Comércio do Brasil (1649), a Companhia do Maranhão (1679), a Companhia Geral do Grão-Pará e Maranhão (1757) e a Companhia de Pernambuco e Paraíba (1759). As duas últimas foram as tentativas pombalinas de reerguimento econômico das regiões mais afetadas pela crise do regime colonial (cf. ROBERTO SIMONSEN, *op. cit.*, *loc. cit.*).

rei como o patrocinador e incentivador maior da atividade econômica, não só para dirigi-la, como também para dela tomar parte.

Outro exemplo bastante esclarecedor é o regime da contratação de diamantes. Ali o contratador, embora sendo um particular, age como delegado do poder real, visto que toda a exploração do distrito diamantino é cercada pelo monopólio real (5).

Todos os exemplos lembrados acima dão-nos bem a idéia de que nunca houve no Brasil, pelo menos no que diz respeito à atividade empresarial e ao mercado, uma experiência historicamente enraizada de separação do Estado e do particular, do público e do privado. Muitas hipóteses merecem ser levantadas e estudadas, para que não se repitam inconscientemente erros históricos que passariam até por atavismos. Também durante o Império podem ser achados diversos exemplos (6). As conseqüências sociológicas e políticas deste fenômeno são muito mais relevantes do que os juristas podem ter percebido até agora, mas escapam a este estudo.

III — *A empresa pública e suas junções no direito positivo atual*

A definição que se extrai da combinação dos dispositivos do Decreto-Lei nº 200/67 e do Decreto-Lei nº 900/69 menciona que é função da empresa pública a “exploração de atividade econômica que o governo seja levado a exercer por força de *contingência* ou *conveniência* administrativa” (grifos não constam do texto original).

Ora, já aqui cabe uma observação. O que é de conveniência administrativa? Quais são as circunstâncias contingentes que levam o Governo a agir por meio de uma empresa pública? Naturalmente a resposta seria que tais “critérios” estariam dentro da assim chamada discricionariedade do poder da administração. Isto posto, não há de fato limites que determinem quando pode ou não ser explorada a atividade econômica. Os critérios aqui, vale lembrar, não serão meramente técnico-jurídicos. Serão políticos. Mas uma vez que tais critérios de conveniência — portanto, políticos — figuram

(5) O monopólio do diamante foi estabelecido em 1739, embora desde 1731 o distrito diamantino já constituísse zona isolada da colônia, diretamente subordinada à corte, na qual a circulação de pessoas e entrada de colonos e escravos estivessem restritas (a esse respeito, ver J. FELÍCIO DOS SANTOS, *Memórias do Distrito Diamantino*. Petrópolis, Vozes. Ver também ROBERTO SIMONSEN, *op. cit.*, pp. 287-290).

(6) “Mauá, o maior empresário e banqueiro do Império, via com clareza a estrutura do seu tempo. Ele sofria como todos o dilaceramento de tendências opostas: reclama a liberdade para a empresa, mas não dispensa, senão que reclama estímulo oficial, envolvendo o Estado nos negócios, no esquema global”. RAYMUNDO FAORO, *op. cit.*, vol. II, p. 433.

dentro de um texto legal, não vejo como não caber ao jurista indagar também qual a conveniência e quais os critérios de conveniência de que pode fazer uso o governo.

Além disso, a definição legal de empresa pública no Brasil envolve o conceito de *atividade econômica*, mas não há menção alguma ao conceito de *serviço público*. No entanto, parece ser possível introduzir a questão do serviço público já que o Estado (o Governo) é levado a agir por conveniência *administrativa*.

De um ponto de vista formal poderá o serviço público ser aquele exercido pelo Estado? Em outras palavras, público é o serviço exercido pelo Estado ou existe realmente um conceito de serviço público materialmente definível, isto é, existe um conteúdo público em determinados serviços, quer exercidos por particulares, quer exercidos pelo Governo?

É preciso considerar o conceito de serviço público como uma categoria histórica: não há uma definição racional e abstrata do que é público. Vale dizer, a partição público/privado não é lógica, mas histórica. Esta mesma idéia já é manifestada pelos estudiosos do direito privado, considerando que a divisão do direito em público e privado é de conveniência "técnico-jurídica", mas não corresponde a uma *natura rei* (7). A partir desta tendência, pode-se indagar em que medida a empresa pública está materialmente sujeita à disciplina do público.

Ainda segundo a doutrina do direito administrativo, o serviço público pode ser caracterizado pelos seguintes traços: a) a permanência; b) a generalidade; c) a eficiência; d) modicidade dos custos (8). Ora, parece que tais traços já não são de modo algum exclusivos do serviço público estatal. Por inúmeras razões as atividades "privadas" no mercado tornaram-se de fato permanentes, gerais, buscando eficiência e barateamento de seus custos. Veja-se, por exemplo, que a empresa produtora de bens de consumo é geralmente montada para exercer suas atividades sem previsão de término (i.e., prazo indeterminado). Além disso, não escolhe seus clientes: pelo contrário, sua produção é destinada ao mercado em geral, sem distinções personalistas. Finalmente, pelas próprias leis do mercado sua sobrevivência dependerá de seu grau de eficiência e modicidade de preços perante seus concorrentes. Ora, esta parece ser a característica de toda empresa capitalista, colocada numa rede de relações de mercado por natureza impessoal (9).

(7) A esse respeito cf. FRANCESCO GALGANO, *Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione*. Bologna, Zanichelli, 1980.

(8) Cf. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1966, pp. 268-272.

(9) Veja-se a obra organizada por STEFANO RODOTA, *Il Controllo Sociale delle Attività Private*. (Bologna, Il Mulino, 1979).

Isto nos demonstra a historicidade do conceito de serviço público e, via de consequência, seu progressivo alargamento. De um certo ponto de vista toda atividade no mercado é pública e a atividade econômica da empresa estatal seria, pois, “duplamente pública”: do ponto de vista material ou objetivo, porque sua atividade é de mercado; do ponto de vista formal, ou subjetivo, porque exercida “indiretamente” pelo Estado.

A questão torna-se de importância central pois, como visto acima, a disciplina jurídica da empresa pública deveria ser privada (art. 170, § 2º, da Constituição federal) no que diz respeito ao direito das obrigações e ao direito do trabalho. Mas se estivermos diante de um serviço público, onde estará a linha divisória do público e do privado?

Existem, porém, as disposições constitucionais relativas às empresas públicas e que podem ajudar a definir os serviços prestados ou as atividades por elas desenvolvidas.

Aqui convém retomar o que foi dito anteriormente: a Constituição federal refere-se a “atividade econômica” que o Estado queira explorar. Logo presume-se que não é típico da empresa pública dedicar-se a uma área reservada de algum setor da economia nacional. Pelo contrário, tais empresas querem significar a possibilidade de o Estado participar de qualquer momento ou segmento da vida econômica. Além disso, tal participação é decidida por critérios de “conveniência administrativa” e em caráter suplementar.

O que significa precisamente isto? Será que há atividades na vida econômica que, se um particular não exercer, causarão prejuízos a toda a comunidade? Então que espécie de atividade é essa que um particular gerencia e contrata e, no entanto, é tão essencial ao bem comum que o Estado não pode se furtar a desempenhar? Ou será que a atividade econômica de conveniência administrativa seria a atividade de base, solicitada por determinados grupos que não dispõem de *capital privado suficiente e, então, torna-se de interesse do Estado promover tal serviço?* Se isto for assim, fica bastante evidente que a atividade econômica empresarialmente organizada não é assunto de particulares ou simplesmente “privado”.

Qualquer conceito jurídico que tentemos estabelecer tendo como fundamento a atividade ou o objetivo da empresa pública esbarrará com esta dificuldade: a *summa divisio rerum* entre as esferas do público e do privado é forjada concretamente no processo histórico e aos juristas cumpre ter a sensibilidade suficiente para observar estas realidades e não servir-se de seus conceitos como um entrave pseudocientífico que os enreda a todos.

IV — *Atividade econômica*

Visto que o conceito nuclear da empresa pública é o desempenho de atividade econômica e não o de serviço público, torna-se necessário esclarecer em que modos pode ser desenvolvida uma atividade econômica e quais as equações jurídicas que precisamos desenvolver para resolver os muitos problemas que podem surgir.

Ora, atividade econômica não é conceito originariamente jurídico. Trata-se de um conceito do qual o direito se apropria para controlá-lo. Nada impede, portanto, que se busque fora do “ordenamento jurídico” ou do “sistema legal” as idéias e definições das quais se vale o raciocínio jurídico.

Assim, tomando-se uma perspectiva sociológica, percebe-se a atividade econômica de um lado como aquela atividade que busca uma utilidade. Desse ponto de vista weberiano ⁽¹⁰⁾, a atividade econômica é o processo *racional de ação* que persegue um fim determinado ⁽¹¹⁾. Esse agir racional, no entanto, pode perseguir duas ordens e idéias: ou valores ou utilidades. A perseguição de valores resulta numa atividade materialmente racional; já a perseguição da utilidade contenta-se com uma racionalidade *formal*, que significa alto grau de calculabilidade e previsibilidade, a despeito da escala hierárquica dos bens a serem alcançados. Em outros termos, existe apenas um “cálculo econômico” formalmente verificável, mas não concretamente avaliável em termos de participação social.

Ao dedicar-se a “atividade econômica”, se mantivermos a terminologia weberiana, a que espécie de cálculo deveria ater-se a empresa pública? A um cálculo formalmente racional que permite a calculabilidade de sua atuação? Ou, ao contrário, a um cálculo materialmente racional que se volta para o cumprimento de uma atuação preocupada com a efetivação de dadas situações?

Numa sociedade concorrencional centrada no mercado, a empresa pública estará voltada à sua própria subsistência autônoma, logo dependerá da produção de excedente. E aqui se colocam nossos problemas. Na economia de mercado os resultados da atividade econômica são aleatórios. Logo haverá excedente ou não, isto é, além de lucro a empresa pode gerar prejuízo.

A questão é, pois, a seguinte: qual o regime de apropriação de excedentes (ou lucros) e qual o regime de distribuição de prejuízos?

Aplicadas as disposições de direito de obrigações à própria estrutura jurídica da personalidade da empresa pública, obtêm-se

(10) “Una acción debe llamarse “económicamente orientada” en la medida en que su sentido subjetivo esté orientado por deseo de obtener ciertas utilidades.” *Economía y Sociedad* (trad. JOSÉ MEDINA ECHEVERRÍA et alii). 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1977, p. 46.

(11) Sobre o conceito de ação social racional v. WEBER, *op. cit.*, p. 20.

simplesmente os resultados já conhecidos no direito privado em geral. Em primeiro lugar aos sócios cabe partilhar os lucros e, portanto, apropriar-se do excedente gerado no exercício da empresa. Mas, no caso da empresa pública sócio é o poder público, o Governo ou o Estado. Logo, o excedente seria apropriado pelo próprio Estado. Ocorre aí curioso fenômeno do autofinanciamento da sociedade. Normalmente por disposição de lei os excedentes gerados pela própria empresa são sua fonte de custeio. Ora, é sabido que esta disciplina jurídica corresponde ao desenvolvimento da concentração de capital. O aspecto positivo do fenômeno está, naturalmente, em que ele possibilitou todo o desenvolvimento tecnológico dos últimos dois séculos. Mas, negativamente, tornou a empresa um centro autônomo de interesses e decisões na organização social, capaz até de desvencilhar-se das solicitações do mercado consumidor de seus produtos.

Se ocorrer, porém, que a empresa se torne deficitária, a questão inversa também merece reflexão. É que neste caso os prejuízos seriam suportados pelo Estado ou pelo Governo. Caso a empresa seja considerada de "interesse público", como prosseguir na atividade? Parece que seriam usados no caso os mecanismos de dotações orçamentárias ou até de empréstimos e fundos compulsoriamente levantados. Estaríamos, então, perante o típico processo de socialização dos prejuízos. Aliás, mesmo que não usados mecanismos de dotação orçamentária ou outros semelhantes, a simples perda de uma parcela do patrimônio público "investido" na empresa pública já significará uma forma de socialismo de prejuízos.

Mas, obtidos os lucros, ficará ainda a questão: quais os critérios de decisão, por exemplo, dos reinvestimentos? O chamado "lucro social" (12) poderia ser controlado de alguma forma? A presente disciplina serviria a um controle público ou social do desempenho das atividades estatais? As questões podem ser colocadas sempre neste sentido.

V — O regime jurídico

Já anunciamos acima algumas questões que se colocam em torno de um sistema de regras jurídicas que precisam ser funcionais numa estrutura de interpretação do público e do privado.

É difícil falar-se hoje num regime jurídico que presida a disciplina geral da empresa pública. Em outras palavras, não parece haver atualmente um regime jurídico claro e consistente para elas.

(12) RENATO ALESSI (*Principi di Diritto Amministrativo*, 2ª ed., vol. I, Milano, Giuffrè, 1971, pp. 437 ss.) esclarece que a prestação do serviço público se distingue conforme este seja aproveitado pelos cidadãos *uti singuli* ou *uti universi*. Com qual critério julgar as empresas públicas e sua razão de ser?

Houve e há um tratamento casuístico que vai definindo a pouco e pouco, concretamente, uma série de regras das quais podemos tentar fazer um modelo provisório.

a) A forma societária

A disposição do art. 5º do Decreto-Lei nº 200 permite que a empresa pública seja estabelecida com qualquer forma de sociedade permitida em direito. Isto significa que as empresas públicas poderão ter forma de sociedade contratual ou estatutária. Evidentemente, se a totalidade do capital pertencer à União, fica afastada qualquer forma societária que não a companhia. Resta, pois, no caso de participação exclusiva da União no capital da empresa pública, suspensa uma hipótese de contrato social, isto é, de mecanismos pessoais de controle da sociedade (E.P.).

Neste caso a empresa pública seria como que uma subsidiária integral. No entanto, a possibilidade de fazer-se uso de uma forma contratual de sociedade fica aberta no caso do art. 5º do Decreto-Lei nº 900/69, isto é, quando estiver aberta a participação a outras pessoas de direito público interno, às autarquias e às entidades da administração indireta.

Aqui, novamente surgem duas ordens de complicações. Em primeiro lugar haverá o envolvimento em relação societária de várias espécies de pessoas, submetidas ao direito público ou ao direito privado. No segundo caso haveria, por exemplo, a questão de participação de duas esferas de governo: estadual e federal. Veja-se o possível envolvimento de entidades federais e estaduais numa só estrutura societária.

Em todas as duas sortes de problemas societários — isto é, os derivados da participação de diversas esferas de governo e os derivados da participação da administração direta e indireta a um só tempo — fica patente a questão que de outro modo estava esquecida: surge dentro da sociedade-empresa pública alguma subordinação entre seus constituintes? Assim um nível de governo seria superior a outro, ou um órgão da administração superior a outro?

Ora, esta situação hipotética tem interesse, a nosso ver, para desmascarar a pretensa autonomia da empresa pública. Enquanto centro personalizado de imputação de relações jurídicas, aparece a questão da "formação da vontade" do ente coletivo, ou, colocando o problema nos termos do moderno direito empresarial, na constituição e atuação de um sistema de controle empresarial. Assim a empresa pública, cuja criação se justificaria pela concessão de uma autonomia gerencial, está na realidade presa a seu controlador (o ministério ou o ministro?) que tem capacidade de substituir

a qualquer momento uma diretoria da empresa-pública, que se torne, dentro do Governo, um foco de tensão e resistência a determinadas orientações. É claro que a questão torna-se evidentemente política e pode ser deslocada para o nível mais amplo do próprio controle do Estado enquanto aparelho de poder. Mas assumindo-se que há uma relação de poder, o jurista não pode se esquecer de que sua indagação é mesmo sobre estes "mecanismos". Criar a possibilidade de efetiva autonomia da empresa pública supõe admitir que a descentralização administrativa deve conter um grau de descentralização decisória, ou então denunciar a descentralização administrativa como uma complicação que serve aos propósitos apenas de um sistema burocrático sem finalidade exterior a si mesmo.

Claro que o atrelamento das empresas públicas no Brasil é total relativamente a um sistema de governo e não significa qualquer benefício ao desenvolvimento de um modelo alternativo de economia. Em resumo, olhada deste ângulo, a empresa pública confirma a forma patriarcal-burocrática de organização do País em todos os setores (¹³).

Mais ainda: é este atrelamento patriarcal-burocrático que coloca a pergunta: afinal, o Estado responde ilimitadamente pelos atos da empresa pública? A sua personalização com um patrimônio distinto implica separação de responsabilidades: é possível, pois, aplicar-se o art. 242 da Lei nº 6.404/76 por analogia, já que não há nenhuma outra letra de lei que impeça a falência das empresas públicas. Vale dizer, se a sociedade de economia mista não pode falir, mas seu controlador é subsidiariamente responsável, maior razão caberá à aplicação deste dispositivo às empresas públicas, muito embora sua *forma* de direito privado não impeça a decretação de sua quebra.

b) Obrigações da empresa pública

b.1. Contratos

Dizer-se que às empresas públicas há de ser aplicado o direito privado no que diz respeito às suas obrigações (art. 170, § 3º) significa, entre outras coisas, que se poderá inserir na administração o princípio da disposição. Isto torna possível o compromisso e a transação, que em matéria de direito público — isto é, quando o soberano está envolvido na relação obrigacional na sua qualidade de autoridade — não podem existir propriamente. Isto porque a "autonomia da vontade" que permite a transação entre os parti-

(13) Sobre o modelo jurídico do desenvolvimento promovido pelo Estado brasileiro nas últimas décadas, cf. JOSÉ EDUARDO FARIA, *Direito, Modernização e Autoritarismo: Mudança Sócio-Econômica x Liberalismo Jurídico*. São Paulo, tese, 1981, esp. pp. 161-171.

culares, tem um complicador quando se refere à empresa pública: a sua vontade, embora formalmente de direito privado, é substancialmente de interesse público. A simples adoção de tais equacionamentos privatísticos ou publicitários é muito mais complicadora da solução do que se pode supor à primeira vista.

b.2. *Empregados e pessoal*

Os cargos que existem dentro de uma empresa pública são afinal cargos públicos? Outra vez estamos diante de um sistema híbrido. Na atual experiência brasileira os empregados das empresas públicas são normalmente contratados sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Por que este sistema? De início, responde-se, porque é o regime que se aplica a todas as relações de emprego que não as de emprego público. Mas isto é também ilusório. Sabe-se que uma das justificativas para a criação das empresas públicas é a agilização e aumento da eficiência dos serviços que o Estado vem desempenhar. Ora, reconhecidamente, no Brasil, o emprego público sofreu de alguns males crônicos: o regime de apadrinhamento para a colocação de funcionários e a baixa eficiência (produtividade?) dos mesmos. Será que a contratação sob o regime da CLT tem algum efeito sobre eles de modo que a empresa pública, ao empregar o sistema de CLT, disporá de maior eficiência? Creio que não: a questão do apadrinhamento independe de penas da lei e a eficiência do serviço se liga a muitos fatores estruturais da organização social brasileira. Pelo regime de CLT em princípio a única coisa que se cria é a *instabilidade* no emprego, sem que se garanta que os funcionários graduados e principalmente os ocupantes de cargos gerenciais usem de critérios objetivamente subordinados ao interesse público. Ora, ao assumirem funções de "patrão", os ocupantes de posições gerenciais terão ao seu dispor um arbítrio que pode significar: a) o uso privatizante de empregos de administração indireta, embora ainda *administração pública*, para qualquer fim, já que a contratação obedece a critérios privatísticos e não públicos; b) o regime de apadrinhamento tranquilamente continuado já que nesse regime sim é que se volta ao sistema de administração por meio de uma dominação burocrático-patrimonial segundo a tipologia de WEBER.

Finalmente, o Direito Tributário vai a pouco equiparando de modo completo a empresa pública às empresas privadas. Assim é que o art. 170, § 3º, da Constituição federal submeteu a empresa pública ao mesmo regime de tributação das pessoas jurídicas de direito privado em geral. No que diz respeito aos impostos estaduais, por outro lado, não há possibilidade constitucional de a lei ordinária federal criadora da empresa pública conceder isenção, por força do art. 19, § 2º, que exige para o caso a lei complementar. Logo, as empresas públicas não podem gozar dos privilégios fiscais da

União, perante Estados e Municípios, a despeito do que eventualmente prescrevam, quanto a este ponto, as leis ordinárias que as criem (14).

VI — Controle das atividades da empresa pública

Não se pode encerrar uma visão panorâmica do regime jurídico das empresas públicas sem fazer-se referência à sua subordinação a uma forma de controle social.

É verdade que existe um movimento de publicização da atividade empresarial, significando uma ampliação do espaço aberto dentro das sociedades anônimas e das respectivas atividades para a intervenção de interesses outros que os dos acionistas ou sócios. Neste sentido deve-se entender a menção à "função social" da companhia e aos interesses dos que nela trabalham e da comunidade em que atua feita pelo art. 116. parágrafo único, da Lei nº 6.404, de 1976. Assim também deve-se interpretar o movimento de "privatização" dos agentes econômicos do Estado, isto é, no sentido de que, embora sejam tais agentes subordinados a um regime de direito privado, não escapam às formas já consagradas de controle do patrimônio público e do erário.

Esta a razão pela qual também os atos lesivos ao interesse das empresas públicas são passíveis de anulação por meio da ação popular (art. 1º da Lei nº 4.717, de 1965). Aqui, no entanto, convém-nos fazer uma nova avaliação dos caminhos que se abrem no horizonte do direito brasileiro e da experiência estrangeira. O que deve nos interessar não é apenas o ponto de vista da empresa pública como produtora de lucros, mas como agente de finalidades sociais. É preciso, pois, perceber que a discussão a ser feita juridicamente não é somente sobre a exegese do art. 170 da Constituição federal, apenas para desfiar um rosário de motivos contra a estatização da economia. O arsenal de idéias jurídicas não se precisa concentrar na defesa dos interesses da empresa privada, de cunho monopolista ou multinacional. A verdadeira questão a ser analisada pelo direito é a do controle da empresa pública para que se realizem os dois princípios contidos no comando do art. 160 da Constituição federal: "desenvolvimento e justiça social".

Naturalmente desenvolvimento nacional não significa acumulação e centralização constante do capital nas mãos dos grupos privados, nacionais ou estrangeiros. Deve antes significar mudança e melhora substancial nas condições de produção e consumo da riqueza social. Ora este fato desloca o nosso ponto de vista das disputas em torno do favorecimento ou não dos grupos econômicos

(14) É esta também, nos parece a opinião de LUCIA VALLE FIGUEREDEO em *Empresas Públicas e Sociedade de Economia Mista*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1978, p. 46.

privados, para a mais fundamental observação das condições de vida dos cidadãos. Logo surgem as questões mais essenciais: a empresa pública tem o privilégio de se instalar de modo a vir a afetar o meio ambiente? Pode vir a comportar-se perante os seus empregados simplesmente como o empresário privado? Pode recusar-lhes direitos básicos como sindicalização ou greve, mesmo que se trate de atividade qualificada como de "interesse da segurança nacional?" É sobre esta espécie de decisão da empresa pública que se faz necessário o controle social. Por isso a ação popular deve ter ampliado seu objetivo, de modo que venha a ser usada eventualmente para impugnar a direção da empresa não apenas quando há lesão do patrimônio desta, mas também quando ela se afasta dos fins sociais definidos pela Constituição.

Indagações desta natureza ampliam a perspectiva da qual se encara a atividade do Tribunal de Contas da União. Para os arts. 70, § 1º, e 72, da Constituição federal, a fiscalização a ser exercida externamente sobre o Poder Executivo, via Tribunal de Contas e Congresso Nacional, resume-se às despesas e ao uso dos dinheiros públicos. Também a Secretaria de Controle das Empresas Estatais — SEST, criada pelo Decreto nº 84.128, de 29 de outubro de 1979, não quer referir-se às questões básicas que acima levantamos. Além disso, a SEST tornou-se uma espécie de perversão da reforma implantada pelo Decreto-Lei nº 200/67, ao submeter todas as estatais (aí incluídas as empresas públicas) a um único Ministro, o Chefe da Secretaria de Planejamento da Presidência da República. Na medida em que faltarem controles efetivos da sociedade civil, isto é, do público, sobre o Ministro, faltarão também controles sobre as empresas públicas.

Sumariando, é preciso dizer que o estudo da empresa pública não pode ser feito de uma perspectiva de simples eficiência econômica, nem da defesa do capital privado. O Brasil de hoje exige do jurista o estudo da questão do ponto de vista da defesa dos interesses populares, das massas marginais e da imensa população afastada das decisões econômicas que afetam as condições de emprego, de investimento, de prioridades. São os mecanismos jurídicos do controle social sobre as atividades empresariais (públicas ou privadas) que reclamam aperfeiçoamento. Dirão alguns que esta tarefa não pertence aos estudiosos do direito privado. Esta observação só se faz quando se ignora o mercado como o lugar da realização dos interesses privados. Os controles de que falamos são do tipo que visa recompor as forças atuantes no mercado, quer produzindo — como trabalhadores —, quer consumindo — como usuários ou consumidores. O direito empresarial deixa de ser o direito que disciplina apenas as relações entre os empresários e passa a ser também aquele relativo às relações da empresa com o mercado.

Relações de consumo

LUIZ AMARAL

Advogado especialista em Direito Empresarial. Ex-Assessor do Ministro da Justiça, ex-Chefe do Gabinete da Sec.-Geral do MJ. Assessor Jurídico da Presidência da CODEVASF

Ainda bastante precária é a definição de consumidor — em última análise, todos somos consumidores — que, certamente, não se subsume à noção tradicional de adquirente ou comprador e é, pois, mais extensa. Entretanto, numa pré-noção, pode-se adiantar que consumidor é sempre pessoa física ou jurídica, cuja necessidade (lato sentido) de consumo torna-a subordinada às condições e interesse que o titular dos bens ou serviços impõe.

Essa subordinação se agrava na medida em que cresce a necessidade e decresce o esclarecimento (conscientização) do consumidor. É o mesmo que acontece no domínio do direito trabalhista, embora, neste caso, tal deficiência seja recompensada pela notável adequação do princípio da autonomia da vontade aos fins sociais do pacto laboral. Esse paralelismo, aliás, não é de se estranhar, pois a questão do capital *versus* trabalho se assemelha muito à dialética empresário (comercial ou industrial) *versus* consumidor (1).

O consumo é, com efeito, uma parte essencial da vida cotidiana, e o consumidor é o sujeito econômico no qual termina o ciclo da produção.

A proteção ao consumidor é, ainda, entre nós, anelo meramente programático e reflexo (transparência de mercado e liberdade de opção de demanda). As poucas técnicas jurídicas e econômicas, destinadas a

(1) COMPARATO, Fábio K. *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*. RJ, Forense, 1978.

proteção dos interesses do consumidor, ainda não são recursos acessíveis à massa consumidora, máxime a nível individual. E as ações preventivas, por parte do Poder Público, são ainda bastante tímidas.

Não obstante, algumas aspirações difusas e informais já despontam como prelúdio de uma nova consciência metaindividual.

Os chamados interesses difusos — dentre os quais tem especial destaque a proteção ao consumidor — já vêm convocando à reflexão juristas e políticos mais atentos aos dias que correm, objetivando viabilizar mecanismos institucionais de mediação e tutela desses novos conflitos de interesses coletivos (p. ex.: consumidores **versus** poder econômico; preservacionistas **versus** poder industrial etc.).

Os interesses difusos, cujas características são precisamente a extrema órbita de conflituosidade (segmentos sociais **versus** segmentos sociais) e a informalidade do vínculo aglutinador, na configuração atual, rendem ensejo ao ideal de novas formas de participação, necessárias como implemento para melhorar a qualidade da vida social. As fórmulas e soluções do liberalismo clássico — onde a igualdade formal oculta a desigualdade substancial — já se mostram insuficientes e inadequadas, na medida em que o substrato desses institutos tradicionais, ou seja, o interesse subjetivo cede espaço aos atuais interesses supra-individuais, em razão do afloramento da consciência comunitária, indiscutivelmente mais consentânea com o mundo contemporâneo. Estes interesses legítimos, a exemplo dos direitos subjetivos, devem ter acolhida a partir da Constituição federal, conquanto nossos direitos e garantias constitucionais não se esgotam em um esquema **numerus clausus**.

No Brasil as relações de consumo, assim como outros interesses difusos, carecem de melhor receptividade política e jurídica (**lobby**, arregimentação, e acuidade legal e judicial). Eis que esses interesses supra-individuais representam amadurecimento de setores da vida nacional, que, tomando consciência de sua força em potencial, lutam para transformá-los em participação, logrando abrir canais de representação para seus interesses, tal qual outros setores há muito organizados e que desfrutam de eficiente estrutura de interferência no processo decisório estatal. A pseudoproteção desses interesses, mormente o dos consumidores, entre nós faz-se meramente a nível formal (os excessos de atos normativos, antes de tudo comprovam essa assertiva). Em ver-

dade isto decorre de uma crença piegas, ainda colonial, segundo a qual a base da pirâmide social carece de curatela sócio-política e não de autônoma e consciente organização.

É mister, pois, a revisão do conceito tradicional de processo (meio de resolução de conflitos intersubjetivos) para que, com a prudência que se impõe, se concretize esse arejamento modernizador. E isto não é inusitado propósito quer no Brasil e muito menos em outros países. Entre nós, por exemplo, já se vem concedendo amparo jurisdicional a situações de interesses coletivos, tais como a ação social *ut singuli* prevista na Lei das Sociedades Anônimas (art. 159, § 3º), que legitima o acionista para agir no interesse geral da sociedade; a ação do sindicato (substituto processual) no dissídio coletivo, visando ao interesse de categoria profissional, e outras tantas situações de tutela de interesses supra-individuais legalmente previstos. Aliás, a própria defesa de economia popular não é outra coisa senão a proteção de um bem coletivo.

As entidades comunitárias que vemos surgir na aurora dessa consciência coletiva, conquanto ainda carentes de instrumentalidade legal, constituem imprescindíveis formas de colaboração com o Estado moderno e significativo meio de representação de interesses legítimos, aliás formalmente análogos aos de outros segmentos sociais já amplamente representados. Na verdade, o Estado, altamente empenhado no desenvolvimento econômico nacional, no mais das vezes se mostra menos eficiente na proteção aos consumidores do que os próprios, reunidos e organizados para esse fim. Estimuladas e irrestritamente apoiadas pelo Poder Público, essas entidades representativas poderiam mesmo negociar com as classes produtoras e comerciais, visando a justa composição dos interesses. Mais uma vez as luzes do direito trabalhista iluminam a questão do consumidor.

Os ditames do liberalismo econômico não de se conciliar com os princípios da justiça social; os valores individuais abstratos não de se mesclar com os valores sociais reais, e o dever jurídico há de reduzir o ímpeto do vetusto direito subjetivo. A vida dos contratos há de estar inspirada nos fins sociais deles mesmos.

Na verdade, a liberdade de contratar jamais foi ilimitada, pois sempre a excepcionaram a ordem pública e os bons costumes, quiméricos princípios que precisavam ter mais objetividade, para não oscilarem segundo as convicções pessoais. Note-se, por outro lado, que

o direito de propriedade sempre foi mais defendido que o direito de igualdade. Não se faz distinção entre a propriedade de bens de consumo e uso e a propriedade de bens de produção, simplesmente fala-se de propriedade privada; nada ou pouco se permitindo em termos de ingerência estatal em sua regulação. A intervenção estatal se justifica plenamente quando seu desiderato comunga com o bem social, já que, sem isto, não restará razão de ser para o Estado hodierno.

“A noção de direitos humanos vem evoluindo, de forma sensível, tanto no plano nacional, quanto no internacional. Outrora, essa noção se restringia aos direitos civis e políticos. Porém, gradualmente, ao longo do século XIX, amplia-se e abarca os direitos sociais (salários refletindo o poder real de compra dos bens essenciais, habitação condigna etc.). Neste século aquela ampliação continua evoluindo e, hoje, reconhecidamente envolve os direitos do consumidor — entre os quais tem destaque o de ser convenientemente educado neste setor (crianças e adultos). É o que se assegura na Declaração das Nações Unidas sobre o Progresso e Desenvolvimento Social, aprovada pela Assembléia Geral em 1969 (Resolução nº 2.542, de 11 de dezembro de 1969, arts. 5º e 10).

A proteção ao consumidor, como sistema de proteção global, já goza noutros países de avançada especialização, culminando com o resguardo da plena liberdade de opção e consciência do consumidor, como é o caso, por exemplo, do sistema norte-americano que, em alguns aspectos, nos serviu de inspiração (Sherman Act, de 1890; o Combines Investigation Act, de 1910, e o Clayton Act, de 1914)” (2).

Ali, há mais de seiscentas entidades públicas e privadas de proteção ao consumidor. Algumas, em que pese a serem particulares, dispõem de modernos meios de atuação (laboratórios, jornais, revistas etc.) que são mantidos por subvenções de toda natureza. Há, ainda, cinquenta agências governamentais especializadas por setores, uma comissão específica e um assistente especial, ambos vinculados à Presidência da República. Todo esse sistema de proteção do consumidor atua em todos os níveis e com largos, variados e potentes meios de ação,

(2) AMARAL, Luiz. *Relações de Consumo*. Brasília, Ed. Fundação Petrônio Portella/MJ — CDC/MIC, 1983, v. 4, p. X.

desde os suasórios, contra publicidade e até a supressão do mercado de produtos e serviços.

Outro sistema que merece ser destacado é o sueco. Na lei de consumo daquele país (de 1973) encontra-se o consumidor definido nos seguintes termos: “pessoa privada que compra de comerciante mercadoria, principalmente para uso particular, e que é vendida como atividade profissional do comerciante”. Registre-se, ainda, a atuação do **Ombudsman** dos consumidores, que não exclui a iniciativa de outros interessados na questão. A lei finlandesa (de 1978) de proteção ao consumidor é outro diploma que também merece menção.

Com efeito, a inquietude diante da imoral exploração da necessidade, da inexperiência e da incapacidade crítica alheia é historicamente remota. Já no monumental Código de Hammurabi (2.300 a.C) prescrevia-se regra contra o enriquecimento em detrimento de outrem (Lei 48 — modificabilidade unilateral dos ajustes por desequilíbrio nas prestações, em razão de forças da natureza). As Escrituras estão repletas de ditosos mandamentos semelhantes. As Ordenações Filipinas (Livro V) puniam a usura com a pena de degredo na África, dobrada na reincidência. O Código Penal de 1890 (art. 340) da mesma forma já exprimia tênue preocupação com o poder econômico.

Contudo, só no após-guerra (1914-1918) é que se acentua a busca deste velho ideal. Concebe-se, então, um direito penal econômico, cujo rigor transformou o ilícito fiscal em penal.

Três países destacam-se no estudo e na efetivação deste subramo do direito penal: Alemanha, França e Itália. Neste último país cogitou-se até mesmo do crime de “perigo presumido”, que preveniria o dano econômico.

No concerto das nações, já existe certo juízo formado acerca da proteção ao consumidor — vertente hodierna daquela antiqüíssima preocupação.

Assim, a Organização Internacional da União dos Consumidores (IOCU), sediada em Haia, congregando mais de 50 entidades de diversos países, e considerada órgão consultivo de segunda categoria da ONU, vem prestando assessoria técnica às entidades e governos interessados na proteção ao consumidor, especialmente, de países em desenvolvimento.

Já em 1962, o Presidente Kennedy, em sua primeira mensagem ao Congresso norte-americano, tratando dos interesses do consumidor, consagrou os princípios básicos da questão: os bens e serviços colocados no mercado devem ser sadios e seguros para o uso; promovidos e apresentados de uma maneira que permita ao consumidor fazer uma escolha satisfatória; que a voz do consumidor seja ouvida no processo de tomada de decisão governamental que determina o tipo, a qualidade e o preço de bens e serviços colocados no mercado; tenha o consumidor o direito de ser informado sobre as condições dos bens e serviços e ainda o direito a preços justos.

Seguindo esse feliz descortino, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, em sua 29ª Sessão (1973), realizada em Genebra, reconheceu basicamente aqueles princípios como direitos fundamentais do consumidor.

Bem se vê que, modernamente, uma economia que pretenda ser de livre mercado (ao feitio do clássico A. Smith ou do contemporâneo M. Friedman) jamais merecerá ser assim adjetivada se o consumidor não dispuser daqueles mínimos direitos.

Hoje, ao lado dos velhos conceitos de interesse público, privado e coletivo, surge uma nova noção, qual seja, a de interesse difuso, caracterizada pela extensividade da lesão a que estão sujeitos.

A complexidade da sociedade hodierna, a tecnologia, a produção e o consumo em massa, impõe novas formas de participação social e de solução dos conflitos, que de ordinário ultrapassam o simplismo do dualismo autor *versus* réu, ou do interesse próprio (individual) e da atual legitimação processual ativa.

No Brasil, a recente conscientização para os interesses do consumidor veio encontrar um panorama jurídico-econômico disperso, deficiente, antiquado e, principalmente, dispendioso; logo desestimulante para o consumidor lesado e, ao mesmo tempo, altamente incentivador de práticas abusivas de toda ordem, ostensivas ou veladas (publicidade enganosa, aviltamento de qualidade e quantidade, elevação de preços, obsolescência programada, cilada contratual etc.).

Com relação ao vício redibitório, por exemplo, que já foi melhor compreendido (período justiniano), precisamos superar a regra (art. 1.103 do Código Civil) do não-ressarcimento de perdas e danos por

desconhecimento do alienante. Esta disposição, atualmente, precisa evoluir para a absoluta presunção de conhecimento por parte do vendedor, nas relações ditas de consumo. Ao comerciante, que é, desde há muito, profissional, deve ser atribuída a responsabilidade social pela sua atuação.

Quanto à responsabilidade civil (também na penal, onde a forma culposa deveria ser mais presente no combate aos delitos econômicos), é candente a inadequação às modernas relações de consumo. Há extrema imperiosidade de que se rompa a camisa de força que significa o contrato de compra e venda ou prestação de serviços em matéria de responsabilidade. Assim, tanto o terceiro prejudicado em razão de colocação de produtos danosos no mercado, quanto o fabricante desses mesmos bens não podem ser excluídos, por não integrarem a relação subjacente daquele contrato, da questão da responsabilidade. A regressividade de ações até alcançar o produtor — principal responsável — como está prevista em nosso sistema jurídico, é inteiramente insatisfatória e irreal e, ainda, tremendamente infensa ao projeto de celeridade e desobstrução de nosso aparato judiciário, ideal tão invocado e pouco buscado.

Urge, enfim, a ampliação do conceito de responsabilidade contratual e extracontratual, temperada com as chamadas garantias implícitas. Essa responsabilidade há de ultrapassar o mero risco criado para atingir a responsabilidade absoluta do fabricante ou prestador de serviço — mormente das grandes empresas — frente ao consumidor lesado. Os serviços públicos e os assemelhados de forma alguma estarão à margem dessa política de proteção ao consumidor, de vez que a sociedade nada mais é que a soma dos consumidores e o Estado cada vez mais um ente empresarial.

O Estado tem a improrrogável responsabilidade de estabelecer e executar uma política de proteção ao consumidor de acordo com o desenvolvimento econômico da sociedade. Tal política deve estar voltada para a segurança e estabilidade dos interesses da própria pessoa humana do consumidor, buscando uma ordem social mais justa, principalmente em relação à camada economicamente mais fraca.

Com relação, aliás, à atuação do Estado, a questão agora não está em sabermos se a sociedade, ou o Estado, tem de ser forte ou não, mas sim, com que objetivos; segundo, que interesses e sobre

que valores deverá o Estado agir. DUVERGER, em sua obra **Ianus ou as Duas Faces da Democracia** (1972), sustenta que nossa democracia ocidental tem dupla face ⁽³⁾. Uma que exalta as liberdades públicas tradicionais, e essa brilhante vertente é a que nos preenche toda a visão. Há a outra face de **Ianus**: o poder da oligarquia econômica. As nossas democracias são, pois, apenas parcialmente democráticas.

É de suma relevância que tomemos consciência da natureza do capitalismo atual. O capitalismo da concorrência de empresas, que disputam num vasto mercado em que a escolha resulta do **plebiscito** dos consumidores (transparência de mercado). Este é o capitalismo anterior a 1939, senão a 1914. O capitalismo coevo está dominado por organizações muito grandes, muito integradas e extremamente poderosas. Já não há a verdadeira concorrência, quer se trate de monopólio ou oligopólio, e o mercado desempenha um papel importante, todavia dominado (propaganda, **merchandising** etc.).

A Revolução industrial tornou extremamente complexa a chamada economia de mercado: os oligopólios arruinando a livre concorrência, o crescente poder psicossocial da indústria e do comércio etc., levaram o Estado liberal clássico, pouco a pouco, a desenvolver uma estrutura de regulação de todo o processo produtivo. Assim, a intervenção estatal se torna legítima, porque respaldada no bem comum. Exemplo disso é a teoria keinesiana de gastos governamentais como instrumento de política econômica e o sempre lembrado **New Deal** de Roosevelt.

Na atual conjuntura econômica, onde a substituição de importações significa maior protecionismo ao processo de industrialização e, conseqüentemente, ao comércio, mais então a iniludível necessidade de proteção ao consumidor se faz presente.

De efeito, a concorrência individual do liberalismo clássico há de ceder espaço para a forma mais equânime da colaboração social. Daí a exigência de um sistema jurídico (e não uma variedade de providências desarticuladas) que renda ensejo ao ideal da plena organização social (associativismo).

(3) Apud, *A Crise da Sociedade Contemporânea* (Sociologia), BARTHES ROLAND *et alii*. Edições 70, Portugal, 1975, pp. 120-121. (Diálogo entre Olaf Palme e Duverger). Essa obra de DUVERGER, em português, denomina-se: **As Modernas Tecnodemocracias**.

No Brasil, com a Constituição de 1934 (arts. 115 e 117), surgem, pela primeira vez, normas constitucionais de cunho protetivo à economia popular. Antes, porém, a usura já era reprimida pelo Decreto nº 22.626, de 7-4-1933 (Lei de Usura), que o Supremo Tribunal Federal entendeu inaplicável às operações financeiras realizadas por instituições públicas ou privadas que integram o sistema financeiro nacional (Súmula 596). Assim, pois, aquelas operações só estão sujeitas aos limites fixados pelo Conselho Monetário Nacional, através do Banco Central (art. 3º da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964).

Mais tarde, o Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro de 1938, definiu, pela primeira vez, os crimes contra a economia popular, abrangendo a usura e o abuso do poder econômico. O Decreto-Lei nº 9.840, de 11-9-46, então consolida as infrações sobre crimes contra a economia popular.

Depois sobreveio a Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951 (chamada Lei da Economia Popular), que altera a legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. A Constituição federal de 1967, conquanto silencie acerca do delito de usura (art. 4º, letra a, daquela lei), não derogou o diploma referido. Assim, a usura pecuniária subsiste como delito, inclusive com relação às operações mencionadas na Súmula 596, quando excedidos os limites fixados pelo Conselho Monetário Nacional. Esta é a jurisprudência reinante na Suprema Corte.

Alguns anos mais, aparece a Lei nº 4.137, de 10-9-62 (Lei de Repressão ao Abuso do Poder Econômico), cujo art. 8º criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE, e que, por prevenir e reprimir aquele abuso, melhorando a livre concorrência e a transferência do mercado, por certo beneficia o consumidor. Aliás, este diploma repete alguns dos ilícitos anteriormente previstos na Lei nº 1.521/51.

Ainda é de anotar-se o Decreto nº 53.678, de 11-3-64, que cria o Comissariado de Defesa da Economia Popular, vinculado ao Ministério da Justiça, em plena vigência e, até o presente momento, surpreendentemente, sem execução.

Não é só. Há ainda uma pletora de textos normativos de níveis diversos. Todo esse "labirinto legal", cujo desconhecimento tem gerado, na prática diuturna do multiforme consumo, conflitos de

interesses, freqüentemente resolvidos pelo conformismo e pela descrença em todas as instituições afins.

Destarte, mister se faz que aqueles órgãos, cujas normas mais confundem e dificultam que colaboram, se empenham em revisar e consolidar este emaranhado normativo, que a ânsia incontida e ingênua de "legislar" engendra. Em boa parte, este exacerbado e anômico arsenal de normas (mormente a nível administrativo) tem tão-somente evidenciado efeitos reversos, não protegendo o consumidor e ainda inibindo a desenvoltura da economia.

A propósito, parafraseando ANATOLE FRANCE: perdoamos por legislar mal porque legisla pouco. Segue-se, no entanto, que nos dias coevos padecemos tanto de superabundância quanto de imperfeição normativa. Os vícios da atividade legiferante (promiscuidade de objeto, redação obscura, tumulto e dispersão das alterações, imprecisão na sucessão de normas, desordenação intranormática etc.) precisam ser escoimados para que as normas possam, efetivamente, alcançar seus fins específicos. Sucede, pois, que a eficácia do direito depende de sua certeza e da segurança de sua aplicação.

Por fim, um sistema eficiente de proteção ao consumidor precisa de coordenação e simplificação (normativa e institucional) e da desconcentração do poder de polícia para as esferas estaduais e até mesmo municipais, quando suscetível. Imprescindível também será o estabelecimento de meios mais eficazes de reprimenda e controle (contra incentivos econômicos, contra publicidade, dissolução de pessoa jurídica, informações claras em rotulagem de produtos, divulgação de testes de qualidade e normalização e de julgados esclarecedores para o consumidor).

Ademais disso, os conflitos de interesses oriundos das relações de consumo carecem de novas formas de resolução, modernas e de custo adequado. Talvez um juízo de prévia conciliação (procedimento parajudicial), no qual o magistrado, após informal e breve audiência, buscasse concretamente (dizendo o direito às partes) a composição que, então, espelhar-se-ia em título executivo. Assegurando-se, não obstante, a via judicial comum em sua plenitude atual. Com isso, certamente, reduzir-se-iam as ocorrências de demandas desarrazoadas, melhorando-se, assim, a **performance** de nossa Justiça e o atendimento jurisdicional daqueles conflitos.

Das funções econômicas dos mercados a termo e do Projeto de Código Civil

ARNOLDO WALD

Professor da Faculdade de Direito da
Universidade do Rio de Janeiro

NELSON EIZIRIK

Professor da Faculdade de Direito
Cândido Mendes

1. A manutenção no projeto do preceito do art. 1.479 do vigente Código Civil, que equipara, ao jogo, os contratos em bolsa de valores ou de mercadorias que se liquidam exclusivamente pela diferença, fundamentou-se sempre em três valores considerados essenciais e que são os seguintes:

1) inibir uma negociação que, pela sua aparente álea total, poderia caracterizar uma prática de jogo;

2) impedir a institucionalização de tais operações;

3) desestimular em geral o desenvolvimento das operações a termo com títulos ou mercadorias.

2. Tais valores, que, no passado, poderiam eventualmente ser considerados legítimos, estão hoje inteiramente superados pela prática dos negócios. Em primeiro lugar, os negócios a termo com títulos ou mercadorias desempenham uma importante função econômica, atuando, na realidade, não como um incentivo ao jogo, mas, ao contrário, como elemento redutor de riscos e incertezas. Em segundo lugar, há mecanismos operacionais (como o sistema de prestação de margens nos negócios a termo), que asseguram do cumprimento das obrigações a quase total garantia às partes contra-

tantes, assim como a preservação do sistema de negociações como um todo.

3. Cabe notar, inicialmente, que os mercados a termo (ou “mercados futuros”, como são hoje chamados), em sua feição original, estiveram ligados à negociação de mercadorias (Commodities), sendo vinculados seus marcos históricos iniciais às feiras medievais da França e Inglaterra no século XII. Daquela época até os dias de hoje, cresceu significativamente o volume de negócios em mercados futuros, sendo que, presentemente, a maior bolsa de negócios a futuro é a “Chicago Board of Trade” (CBT), criada em 1848. Até muito recentemente (princípios da década de 70), os negócios a futuro eram realizados exclusivamente com mercadorias.

4. A partir de 1973, todavia, a “Chicago Mercantile Exchange” lançou o seu “International Money Market”, negociando contratos futuros de câmbio. Posteriormente, começou a desenvolver diversos mercados futuros concentrados em ativos financeiros, tais como títulos hipotecários, títulos do tesouro norte-americano, certificados de depósito e índices de mercado acionário. Aos poucos, foi igualmente desaparecendo a tendência de especialização das bolsas norte-americanas, que, na década de 70, dedicavam-se a ativos financeiros ou a negociações com mercados futuros de *commodities*. Assim, há poucos anos, até mesmo a “New York Stock Exchange”, a maior bolsa de valores do mundo, lançou a sua bolsa de mercados futuros, a *New York Futures Exchange* (NEY ROBERTO OTTONI DE BRITO. *Mercados Futuros — Sua Relevância e Experiência*. Rio de Janeiro, Livro Técnico, 1984, pp. 1 e 2).

5. Nas Bolsas de Mercadorias, sempre desempenharam função primordial as operações a futuro (futures), as quais, como o próprio nome indica, são concluídas para liquidação em data prefixada. Em tais operações, ao invés da entrega física das mercadorias, permite-se que se proceda à liquidação por diferença (*cash delivery*). Na realidade, em Bolsas de Futuros, a *esmagadora maioria das operações é liquidada por diferença*, dadas as evidentes dificuldades da liquidação das operações por entrega física da mercadoria e o próprio desinteresse das partes em fazê-lo. Assim, normalmente, tais negócios são liquidados mediante o pagamento da variação

entre a cotação da *Commodity* na data do registro do contrato e a cotação do dia do vencimento do respectivo contrato.

6. Conforme já referido, na Bolsa de Mercadorias de Chicago, por exemplo, apenas um por cento dos contratos futuros são liquidados mediante a entrega física das mercadorias, sendo que os demais contratos são compensados, antes do seu vencimento, com a assunção, pelos vendedores e compradores, de posições inversas, isto é, de recompra e revenda, respectivamente (OSCAR BARRETO FILHO. As operações a termo sobre mercadorias (Hedging), in *Revista de Direito Mercantil*, nº 29, 1978, p. 13).

7. Deve ser notado, neste sentido, que a tendência dominante nos mercados mais desenvolvidos é a crescente utilização de contratos futuros que se liquidam única e exclusivamente pela diferença, excluindo-se até eventualmente a liquidação em mercadoria.

8. É o que ocorre, de modo específico, nos Mercados Futuros de Índices, que funcionam em várias bolsas norte-americanas. Uma negociação em Mercado Futuro de Índices significa o compromisso de compra e venda para liquidação futura, cujo objeto consiste em um índice determinado, ou seja, uma carteira teórica de ações. Os negócios desenvolvem-se, tendo como parâmetro o índice estabelecido pela Bolsa, que reflete as flutuações de sua carteira teórica de ações mais negociadas. Portanto, o referencial de negociação, ou seja, o objeto do contrato, não é um título determinado, mas sim um índice que incorpora as variações dos títulos que o compõem. O processo de liquidação das operações é *puramente financeiro*, uma vez que não envolve a entrega física das ações que integram o índice.

9. Conforme foi observado em estudos técnicos, a existência de um Mercado Futuro de Índice possibilita a todos aqueles que aplicam em ações a eliminação do risco sistemático do mercado. Isto porque permite aos investidores o acesso a uma carteira diversificada de ações, corporificada no índice, sem os custos correspondentes à efetiva aquisição de tais ações (MARCO AURÉLIO TEIXEIRA. A relevância de um mercado futuro de índice, in *Revista Bolsa*, 8-8-83, p. 3; e JAMES W. HOAG. A experiência americana com mercados futuros e de opções sobre índices, in NEY BRITO. Ob. cit., p. 193).

10. A função econômica essencial dos mercados futuros consiste na atividade do *Hedging*, que constitui uma forma de redução de risco assumido pelas partes, porque, ao participarem de um contrato a futuro, elas estabelecem um preço certo para a conclusão do negócio. Como o preço da mercadoria pode, no futuro, diferir do preço antecipadamente fixado pelo Mercado Futuro, existe um processo de transferência de risco neste mercado. Assim, por exemplo, ao vender um contrato futuro de soja, o agricultor transfere à outra parte o risco de variações no preço futuro de soja. Por constituir essencialmente um mercado de risco, existe, nas operações a futuro, dois grupos de participantes: os que querem transferir riscos obtendo um preço fixo e os que aceitam suportar o risco da eventual variação do preço de um bem determinado. Aqueles que querem transferir os riscos são os que estão envolvidos diretamente na produção da *commodity* objeto da transação e são denominados usualmente *hedgers*. O outro grupo de participantes, formado pelos "capitalistas" ou "investidores", é constituído pelos que aceitam assumir o risco que os *hedgers* querem transferir, absorvendo as suas posições, sem estarem diretamente envolvidos no processo de produção da *commodity* negociada (NEY ROBERTO ORTONI DE BRITO. Ob. cit., pp. 4 e 5).

11. Assim, os mercados futuros de títulos ou de mercadorias têm como função básica propiciar aos agentes econômicos (os *hedgers*) a transferência dos riscos de mudanças de preços para aqueles que desejam assumi-los, numa expectativa de ganhos especulativos, numa verdadeira operação análoga ao seguro. Permitem, portanto, aos *hedgers* minimizarem os seus riscos. Conforme se pode verificar, destarte, a função econômica dos mercados futuros é exatamente inversa àquela do jogo, uma vez que atuam eles como sistemas de redução de riscos futuros enquanto o jogo é vinculado a *álea* e se baseia exclusivamente no risco.

12. Conforme foi observado, os *hedgers* utilizam os mercados futuros com uma *proteção contra as flutuações dos preços das mercadorias*, e como uma garantia em relação ao suprimento dos bens que produzem, ou mesmo para protegerem os seus estoques. Nesse sentido, pode-se dizer que procuram os *hedgers* compensar, mediante os negócios nos mercados futuros, as flutuações nos

preços ocorridos no mercado à vista. Considera-se, portanto, que os *hedgers* são, em princípio, avessos ao risco, uma vez que não sustentam posições especulativas, mas, ao contrário, garantem-se contra flutuações inesperadas nos preços. É pacificamente aceito, ademais, que, por ser o *hedging* essencialmente uma operação pela qual o *hedger* obriga-se para o futuro e não para o presente, os contratos podem ser realizados independentemente de ter o *hedger* a mercadoria à época da negociação (EDUARDO LESSA BASTOS. *Manual de Operações em Bolsa de Mercadoria (Commodities)*. Rio de Janeiro, Ed. Liber Juris, 1979, p. 53).

13. No Brasil, as operações de *hedging* foram regulamentadas, inicialmente, no tocante ao comércio exterior, mediante a Resolução 272 do Conselho Monetário Nacional, a qual permitiu aos exportadores e importadores brasileiros acobertarem-se dos riscos provenientes das flutuações bruscas do preço no mercado internacional, principalmente no tocante a alimentos e matérias-primas (OSCAR BARRETO FILHO, art. cit., p. 13).

14. A primeira bolsa a negociar contratos futuros de *commodities* em nosso país foi a Bolsa de Mercadorias, de São Paulo, estabelecida em 1918, permitindo em seu recinto, inicialmente, transações com contratos a futuro de algodão. Seu volume de negócios passou a expandir-se consideravelmente a partir de 1978, quando foram incrementados negócios com café, soja, milho, óleo de soja e ouro.

15. Já os negócios a futuro de ativos financeiros tiveram um desenvolvimento bem mais recente. Nesse sentido, cabe referir que a Bolsa de Valores do Rio de Janeiro iniciou as negociações de contratos futuros com ações em 15 de janeiro de 1979, sendo que o referido Mercado Futuro de Ações passou por uma rápida fase de crescimento e institucionalização, tendo sido objeto de regulamentação pela BVRJ e pela CVM. Em 15 de agosto de 1979, a Bolsa de Valores de São Paulo iniciou as negociações do Mercado de Opções, modalidade operacional também adotada pela BVRJ, em 1982.

16. Tanto nos mercados futuros de ativos financeiros, como nos mercados futuros de mercadorias, dado que a causa do vínculo contratual entre as partes é constituída pela transferência de ris-

cos (*hedging*) e não pela entrega dos bens, quase todos os contratos são liquidados pela diferença. É evidente, ademais, que a maior eficiência do mercado futuro, enquanto redutor de riscos, está diretamente condicionada à possibilidade de serem os contratos liquidados exclusivamente pela diferença, ou seja, em dinheiro. Isto porque, conforme visto, o objetivo do *hedger* não é operar a transferência física de um título ou uma mercadoria, mas o deslocamento dos riscos para terceiros, que querem assumi-los.

17. Assim, ao invés de incentivo ao “jogo”, o contrato diferencial, em mercados futuros organizados, permite, exatamente, o contrário, uma vez que a possibilidade de serem todos os contratos liquidados exclusivamente pela diferença, torna mais efetiva a atuação do *hedger*.

18. Em segundo lugar, cabe notar que os mercados futuros apresentam garantias bastante eficazes contra os riscos do inadimplemento por quaisquer das partes contratantes.

19. A primeira garantia a ser mencionada diz respeito à margem, que constitui o depósito em dinheiro, títulos ou outros bens, em montante equivalente a um percentual da posição detida pelo vendedor a descoberto em operação no mercado futuro.

20. Uma operação de Mercado Futuro é, basicamente, um contrato pelo qual convencionam-se a entrega de determinada quantidade de bens, a um preço fixado no momento da celebração do contrato (*Mercado Futuro sem Mistérios*, BVRJ, 1982, p. 11). Assim, o comprador deve entregar, por exemplo, uma quantidade determinada de mercadorias (ou de ações), a um preço determinado, em uma data certa. O seu lucro, ou prejuízo, está condicionado à valorização conferida pelo mercado ao bem vendido, no período de tempo ocorrido entre a data da assinatura do contrato e a data do seu vencimento.

21. No Mercado Futuro de Ações, as operações não são realizadas com os títulos, fisicamente, mas com posições a eles referentes, que constituem lotes padronizados com vencimentos dos contratos em datas prefixadas. A unidade de negociação, então, é o chamado “lote padrão”, constituído por um número de ações, da mesma forma, espécie e classe, emitidas pela mesma companhia.

22. Frequentemente, as partes contratantes não levam o contrato até o seu vencimento. Com efeito, cada uma delas pode ceder ou vender a sua *posição*, ou seja, o conjunto de direitos e obrigações de cada parte em uma operação a futuro (*Regulamento de operações a futuro da BVRJ*, art. 3º).

23. A posição vendedora pode ser *coberta* ou *descoberta*. Diz-se que a posição é *coberta* quando o seu titular já detém em suas mãos os títulos ou mercadorias que deverá entregar no vencimento da operação. Quando o vendedor não possui, na data da operação, os referidos bens, diz-se que a sua posição é *descoberta*. Normalmente, em mercados futuros, as operações são realizadas a descoberto.

24. O risco representado por posições descobertas é evidente, não só para as partes contratantes como para todo o mercado. Daí existir o mecanismo da *margem*, que consiste em depósitos, feitos pelo Comitente junto à Corretora, e por esta junto à Bolsa, de quantia fixada em percentual calculado sobre o valor da sua posição. A existência de um depósito, como margem, justifica-se pela necessidade de se reduzir o risco de inadimplemento, para cada contrato, individualmente visualizado e conseqüentemente garantir o bom funcionamento do mercado como um todo. Ademais, serve a margem como um instrumento *regulador* do mercado. Assim, em momento de excessiva especulação, as Bolsas elevam o valor das margens requeridas, visando justamente aumentar o lastro das operações, tornando-as mais onerosas para aqueles que não dispõem da necessária cobertura.

25. Assim, nos mercados futuros, de valores e de mercadorias, existe a obrigatoriedade, para o vendedor descoberto, de depositar uma margem, junto à Bolsa. É a margem que constitui um dos mecanismos mais eficazes para a proteção do sistema de negociações como um todo, para cuja garantia e preservação não faz, então, a menor diferença se as operações são ou não liquidadas pela diferença.

26. Deve ser notado, ademais, que os mercados futuros, entre nós, já estão devidamente institucionalizados, sendo as negociações nelas realizadas submetidas a uma disciplina regulamentar bastante detalhada. Com efeito, em cada mercado futuro há um respectivo Regulamento de Operações, elaborado a partir da ob-

servação da prática dos negócios. Nos mercados futuros de ações, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) exerce, por sua vez, uma função de permanente fiscalização e regulamentação.

27. Na sua feição atual, os mercados futuros já apresentam, entre nós, um grau bastante adiantado de institucionalização. Para o seu desenvolvimento crescente, porém, é essencial que sejam removidas normas legais que não mais condizem com a realidade dos nossos dias e que, por tal causa, atuam como obstáculo injustificável ao pleno florescimento das operações de *hedging*.

28. Face à análise desenvolvida, verificamos que não mais se justifica, nos dias presentes, a equiparação ao jogo dos contratos realizados em bolsa de valores ou de mercadorias que se liquidam pela diferença. Com efeito, os mercados futuros alcançaram, em nosso País, um grau razoável de desenvolvimento, contribuindo decisivamente para o progresso da economia nacional, ao facilitar as transferências de riscos entre os agentes financeiros. Ademais, encontram-se plenamente institucionalizados, operando sob a constante fiscalização das autoridades monetárias.

29. Impõe-se, assim, a supressão do art. 816 do Projeto do Código Civil (PLC 118, de 1984), tendo em vista a adequação das normas de direito privado à realidade econômica que visam regular. Deve ser observado, finalizando, que, mesmo que se julgasse conveniente a imposição de normas disciplinando os contratos diferenciais em bolsa de valores ou de mercadorias, não deveriam elas constar no Código Civil, mas, em disposições regulamentares baixadas pelas autoridades encarregadas da normatização e fiscalização das referidas operações que são a Comissão de Valores Mobiliários e as próprias Bolsas.

30. Neste sentido, aliás, manifestou-se o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na Emenda nº 65, que ofereceu à parte de Direito das Obrigações do Projeto de Código Civil ora em tramitação no Congresso Nacional (*A OAB e o Projeto de Código Civil no Senado Federal* de autoria de ARNOLDO WALD e JOSÉ LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA, Série Documentos OAB nº 2, p. 87).

Novas técnicas de comunicação no âmbito universitário e seus reflexos na comunidade.

CARLOS ALBERTO BITTAR

Doutor em Direito pela USP. Professor Livre Docente de Direito Civil na mesma Faculdade

SUMÁRIO

I — O ENSINO UNIVERSITÁRIO E SUA SIGNIFICAÇÃO PARA A COMUNIDADE

- 1 — Delimitação e importância do tema: as atividades universitárias em suas interações com o direito de autor
- 2 — Origem das universidades e sua função na sociedade
- 3 — Evolução: do ecletismo à especialização
- 4 — Estado atual e situação no Brasil: a formação científica e profissional e a prestação de serviços à comunidade

II — DESENVOLVIMENTO DO ENSINO: CRIAÇÕES INTELLECTUAIS PRODUZIDAS E SUA PROTEÇÃO PELO DIREITO DE AUTOR

- 5 — O ensino clássico e sua forma tradicional: posição dos mestres nessa fase
- 6 — A possibilidade de reprodução de textos e a instituição de privilégio para sua exploração econômica
- 7 — A institucionalização de um direito para o criador de obra intelectual: o direito de autor
- 8 — Proteção de obras escritas e orais, inclusive científicas

- 9 — Posição das pesquisas, invenções e descobertas científicas: o direito de propriedade industrial
 - 10 — Primeiras normas específicas de proteção a textos de ensino e sua posição atual
 - 11 — Limitações aos direitos de autor nessa área
- III — AS NOVAS TÉCNICAS DE COMUNICAÇÃO NESSE CAMPO E O DIREITO DE AUTOR: REFLEXOS NA COMUNIDADE
- 12 — Diferentes formas modernas de comunicação e seus reflexos na comunidade: situação nas universidades
 - 13 — Situação dos professores, dos alunos e das universidades quanto às criações surgidas em seu contexto
 - 14 — O impacto das técnicas no século presente e consequências na comunidade universitária
 - 15 — A possibilidade de novas criações intelectuais, sua utilização em prol da sociedade e condição perante o direito de autor
 - 16 — Reprodução e representação de obras pelos diferentes aparatos técnicos e problemas que trazem para o direito de autor
 - 17 — Necessidade de equilíbrio nesse campo: a conciliação entre os interesses em causa
 - 18 — Nossa proposta para o equacionamento dos problemas

1. Em função do desenvolvimento alcançado pelas universidades no mundo moderno com a integração ensino-pesquisa-serviços à comunidade, é enorme a influência que ora exercem na sociedade, nas áreas de informação, formação profissional, produção técnica e prestação de serviços.

Nessas diferentes atividades, em que se realça a criatividade humana, estreita relação mantém as universidades com o direito de autor, exatamente no plano da proteção que, no ordenamento jurídico e no citado campo, se atribui as criações intelectuais estéticas resultantes — a par de outras — do ensino e da pesquisa.

Nessas interações, seja quanto à ministração de preleções, à realização de pesquisas e de trabalhos didáticos ou acadêmicos, à produção de textos, ou de desenhos de aparatos técnicos, enfim, quanto às diversas manifestações de espírito que de seu seio emanam, sente-se a extraordinária relevância dos mecanismos jurídicos engendrados, sob a epígrafe citada, para o amparo ao criador, como estímulo à constante expansão e aprimoramento de sua arte ou de sua ciência.

Voltar-nos-emos, nesse breve trabalho, exatamente para a análise dessa relação, frente à crescente introdução de novas técnicas de comunicação, que vêm revolucionando o ensino, em especial no âmbito

universitário, e os reflexos: a) de um lado, positivos, que se verificam na comunidade, dada a difusão de cultura, de técnica e de ciência a um universo infinito, e com o alcance que a afetação simultânea de vários sentidos humanos possibilita, e b) de outro, negativos, particularmente quanto a utilizações indevidas das criações intelectuais nascidas em seu contexto.

2. Mas, o fenômeno apontado, aliado ao contínuo aperfeiçoamento de sua concepção e de sua própria estrutura, conferem à universidade posição de grande destaque na sociedade moderna, que a faz bem distante da singela instituição particular que, no mundo antigo, reunia pequeno número de interessados ao redor de seu mestre e com objetivos puramente intelectuais.

Contudo, foi assim mesmo que se fez presente a universidade no mundo fático, nascida, em sua origem remota, dos colóquios filosóficos mantidos nos jardins de "Academus" — daí o nome "Academia" (bosque de oliveiras dedicadas ao semideus Academo) — entre Platão e seus discípulos e, mais tarde, seus sucessores (1).

Na Idade Média desenharam-se os seus contornos básicos, a partir da Universidade de El Azhar, do Cairo (ano 970), considerada a mais antiga instituição regular de ensino.

Estruturadas no século XII sob a égide da Igreja, obedeciam as universidades ao modelo oficial canônico, revestindo-se de caráter teórico.

Aos poucos, foi-se tornando mais livre o ensino, desvinculando-se tanto da Igreja, quanto do poder político, seguindo-se depois uma fase de internacionalização das pesquisas, frente ao cunho universal com que se concebia a instituição.

Com o surgimento dos movimentos de afirmação de nacionalidades, desapareceu progressivamente essa noção, passando a surgir universidades nacionais, a partir do século XV e até a Revolução industrial.

3. Com a introdução das máquinas no processo de produção de bens e a conseqüente massificação, nasceu a preocupação, no seio das universidades, de dar, ao lado da teoria tradicional, uma formação profissional aos alunos, nos diferentes campos de atividades que se foram revelando.

Substituiu-se, então, o ecletismo medieval por um sentido de especialização, chegando-se, por fim, ao aprendizado específico de profissões e de atividades de produção e de prestação de serviços.

Amparadas, com a evolução das comunicações, por seus diferentes aparatos de representação e de reprodução de sons, de imagens

(1) Sobre a origem e a evolução das Universidades, v. TUDO: Enciclopédia Ilustrada, São Paulo, Ed. Abril.

e de palavras, as universidades alcançaram, no século presente, a condição de centro difusor de cultura, de ciência, de arte e de técnica a serviço da comunidade geral.

Atingindo imenso público — direta (em seu interior) ou indiretamente (em suas projeções) — colaboram, de modo decisivo, para o progresso da coletividade, pondo à sua disposição, dentre outros elementos, ricos acervos de produções intelectuais; processos respectivos de formação e de informação; e núcleos de pesquisas e de trabalhos de campo, reunindo, em seu contexto, a elite intelectual de cada especialidade (2).

4. Desdobrando-se hoje em centros de ensino, de pesquisa e de formação profissional e científica e de prestação de serviços em diversas áreas do conhecimento — até por meio de entidades ligadas —, servem a expressivos contingentes locais, nacionais e, mesmo, internacionais, frente às facilidades de comunicação, representando importante papel no desenvolvimento geral da sociedade.

No Brasil, em que desempenha as mesmas funções, a universidade, como idéia, se cristalizou com a independência, em 1822, constituindo, no entanto, importantes precedentes as manifestações de: 1654, dos holandeses, no Recife; 1662, de D. Afonso VI, na Bahia; de 1789, dos inconfidentes, em Vila Rica; e 1808, de D. João VI, no Rio.

Mas, a preparação da infra-estrutura para a sua criação se fez com o Colégio de São Paulo (convento franciscano), cujo estatuto foi aprovado por Alvará de 11-6-1776, modelado no da Universidade de Coimbra; e com o Seminário Episcopal de Olinda (jesuíta), com estatuto aprovado em 22-2-1800 (de quem se deve a iniciativa ao Governador Azevedo Coutinho).

Erigida a sua instituição, a preocupação básica da nação emergente, pela Assembléia Constituinte de 1823, teve o respectivo estatuto provisório, sob a égide do Visconde da Cachoeira, aprovado em 9-1-1825.

Transformou-se em realidade a idéia com o Visconde de S. Leopoldo, de cujo projeto se originou a Lei de 11-8-1827, que criou, entre nós, dois cursos de Ciências Jurídicas e Sociais, um em São Paulo e outro em Olinda (3).

A semente frutificou e, com o desenvolvimento da nação — a exemplo de outras —, multiplicaram-se as universidades e em todos

(2) Sobre a posição atual e seu papel, v. "Planejamento e organização do ensino: um manual programado para o treinamento do professor universitário", organizado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Ed. Globo, 1975, pp. 28 e segs.

(3) Sobre a evolução no Brasil, v. *O Poder Legislativo e a Criação dos Cursos Jurídicos*, organizado pela Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, Brasília, 1977.

os campos do conhecimento humano, ora compondo extensa rede oficial de unidades (tanto federais, quanto estaduais) e imensa gama de institutos privados, que, nos diversos quadrantes do país, põem ensino, pesquisas e serviços ao dispor da coletividade.

5. Mas, presa à noção de educar (transmitir experiências, valores e idéias a outrem), teve a universidade (e assim as escolas em geral), durante muitos séculos, como veículo, a palavra humana, exatamente como herança dos primitivos agrupamentos humanos, em que se oferecia como meio único de passar às novas gerações os costumes e os conhecimentos do grupo.

Assim, no ensino clássico, baseado na palavra oral, a posição do mestre resumia-se na de orientador, que, além de louvores e glórias próprias da função, não desfrutava de contrapartida alguma a respeito da utilização das lições ministradas.

É que não se concebia, ainda, como sistema ordenado, um direito sobre as preleções — e, ademais, sobre outras criações intelectuais — que, a par da absorção pelos destinatários, se perdiam no espaço, quando não recolhidas em notas manuscritas, seja pelo próprio mestre, seja pelos discípulos.

6. Foi com a invenção da imprensa, em 1436 e a conseqüente possibilidade de reprodução em série de textos, que começaram a surgir problemas quanto à utilização de criações intelectuais, de início com respeito a obras impressas (4).

Iniciou-se, então, um processo de conscientização geral quanto à necessidade de outorgar-se proteção jurídica a esses textos, seja em função da arte da apresentação, seja em razão do vulto do capital empregado na produção de máquinas e em seu uso editorial, o qual culmi-

(4) Sobre o direito de autor e sua posição frente às técnicas modernas, v. de nossa autoria: **Direito de Autor na Obra Feita sob Encomenda**, São Paulo, RT, 1977 (em que discutimos a problemática dos direitos autorais quanto à titularidade); **Direito de Autor na Obra Publicitária**, São Paulo, RT, 1981 (em que cuidamos dos mesmos direitos sob o aspecto objetivo); "Os processos modernos de comunicação e o direito de autor", tese apresentada ao X Congresso Mundial de Direito, em São Paulo, em 1981 e publicada pela **Revista de Informação Legislativa**, do Senado Federal, n. 74, pp. 289 e segs.; "Reprografia e direito de autor", tese apresentada na I Conferência Continental do IIDA, em São Paulo, em 1977, e publicada pela mesma **Revista**, n. 58, pp. 181 e segs.; e "Reprografia e direito de autor: estado atual da questão", *ibidem*, n. 80, pp. 357 e segs.

nou com a institucionalização, a favor dos editores, de privilégio de reprodução, concebido como monopólio atribuído ao requerente, por certo prazo (dez anos), pelo monarca, à vista de manifestação favorável de seu Conselho.

Com isso, ingressou no sistema jurídico a idéia de um direito de exclusividade sobre o texto impresso, conferida ao editor, para possibilitar-lhe, sem concorrência, a respectiva exploração econômica.

7. Mas, à medida que evoluiu o pensamento humano, com o eclodir do liberalismo (século XVIII), começou-se a questionar, sob o aspecto subjetivo, a procedência do privilégio tal como se punha, florescendo, então, movimento tendente a deslocar, para o criador, referido monopólio, com base na idéia de ser a criação da obra o título hábil para sua outorga.

Reconheceu-se então ao autor, na Inglaterra, por meio do "Copyright Act" da Rainha Ana, de 1710, um direito de cópia (Copyright), como medida de proteção às artes e às letras.

O novel instituto foi debatido e firmou-se como fundamental à luz dos princípios de valorização da pessoa humana — que inspiraram as Revoluções francesa (1789) e americana (1776) — e isso ainda ao tempo da vigência do regime dos privilégios, primeiramente, em França, em manifestações das Cortes, que começaram a reconhecer, a partir de 1777, direitos ao autor — e não ao editor — sobre suas criações, fazendo depender de sua autorização a reprodução da obra.

A institucionalização dessa noção verificou-se, no entanto, apenas, com os decretos franceses de 1793, incorporando-se assim ao direito legislado, sob a outorga ao autor de exclusividade de exploração da obra pelo prazo previsto (longo), caindo aquela depois no domínio comum, como compensação pelo fato de valer-se o criador, em sua elaboração, do acervo cultural da humanidade.

8. Daí passou a exercer importante papel no desenvolvimento das letras, das artes e das ciências, assistindo então ao florescimento da doutrina científica, consubstanciada, no plano do direito, principalmente em comentários e em repetições escritas às codificações realizadas.

Sentiu-se, desde os primeiros textos legais, que a preocupação de seus autores era a de dar amparo a todas as obras intelectuais,

escritas ou orais, como expressões do gênio criador humano, incluindo-se, pois, as preleções em seu contexto.

Centrou-se a proteção nas obras de cunho estético — ou seja, destinadas a sensibilização ou a conhecimento e, com o caráter abrangente assinalado, penetrou o direito em causa nas legislações de todos os países, a partir dos textos básicos assentados em convenções internacionais sobre a matéria, desde a Convenção de Berna de 1886, estendendo-se às obras literárias, artísticas e científicas e, dentre estas, às de cunho doutrinário.

9. Paralelamente, desenvolveu-se outro sistema de resguardo a criações intelectuais, voltado, agora, para as de cunho utilitário — de aplicação prática (modelos, inventos, marcas e outros) — também estruturado a nível internacional, a partir da Convenção de Paris, de 1883, e que se refletiu nas legislações nacionais, formando o âmbito do direito de propriedade industrial, ou direito industrial.

Nesse campo — em que se amparam as criações por prazo mais curto, a fim de possibilitar depois a sua fruição pela comunidade — foram incluídas as pesquisas, invenções e descobertas científicas como tais, exatamente para efeito de conciliação entre o interesse do criador e o da coletividade, o desta concentrado no pronto aproveitamento da criação para o desenvolvimento geral.

10. No âmbito do direito de autor, desde o início se firmou a posição de lançar-se, na enumeração legal de obras protegidas, relações exemplificativas de criações que se consideravam amparadas nessa área, deixando-se, pois, espaço aberto para outras que o engenho humano viesse a acrescentar, face à prevista evolução das técnicas.

Nessas relações não se inseriam, de modo específico, as criações nascidas no âmbito do ensino, mas sempre se entendeu que são abrangidas pelo manto protetor do direito de autor, dentro dos diversos gêneros protegidos, sob as diferentes formas possíveis, como textos, resumos, alocações, ensaios, preleções e outras manifestações de espírito.

Mas, algumas legislações adotaram a orientação de referir-se, de modo expresso, a essas obras, a fim de sufragá-las dentre as contempladas, evitando-se especulações a respeito e, nesse mister, encontra-se, dentre as primeiras, a lei brasileira que instituiu os cursos jurídicos

citados que, em seu art. 7º, cuidou dos direitos autorais a elas devidos (o atual Código de Direito de Autor de Portugal é explícito: art. 183) (5).

Atualmente, nossa legislação de regência apresenta também rol exemplificativo de obras (Lei nº 5.988, de 14-12-73, art. 6º), não mencionando, de modo particular, textos de criações de ensino, mas entende-se que estão amparados pelo direito de autor, mesmo porque, em outro passo, ao cuidar das limitações, deixa claro que protege as lições (art. 49, IV).

11. Nesse campo, dentro do conflito apontado entre interesse público e interesse privado, o direito de autor é, desde o seu nascedouro, entrecortado de limitações, que se expressam por meio de permissões legais de uso da obra, independentemente, pois, de autorização autoral.

Dentre essas restrições encontra-se a do uso privado, que as legislações explicitamente contemplam, excluindo-o da incidência dos direitos autorais (em nosso direito, lei cit., art. 49, inciso II, que permite a “reprodução, em um só exemplar, de qualquer obra, contanto que não se destine à utilização com intuito de lucro”; e inciso IV, que não considera ofensa aos direitos de autor, “o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada porém, sua publicação, integral ou parcial, sem autorização expressa de quem as ministrou”).

Com isso, os destinatários das obras nascidas no ensino podem reproduzi-las e delas fazer uso pessoal, sem ofender aos direitos do criador, nos termos expostos.

12. Mas, na evolução da humanidade, a partir da segunda metade do século XIX, profundas transformações ocorreram na sociedade, em

(5) Os textos são os seguintes:

a) Lei brasileira cit., art. 7º: “Os lentes farão a escolha dos compêndios de sua profissão; ou os arranjarão, não existindo já feitos, contanto que as doutrinas estejam de acordo com o sistema jurado pela nação. Estes compêndios, depois de aprovados pela Congregação, servirão interinamente; submetendo-se, porém, à aprovação da Assembléia Geral, o governo os fará imprimir e fornecer às escolas, competindo aos seus autores o privilégio exclusivo da obra por dez anos;”

b) Código de direito de autor português, art. 183:

- (1) “As preleções dos professores só podem ser publicadas por terceiro com autorização dos autores, mesmo que se apresentem com relato da responsabilidade pessoal de quem as publica ou tenham sido obtidas por notação estenográfica.
- (2) Qualquer utilização que se não destine aos alunos requer autorização especial nesse sentido.
- (3) À reprodução de preleções, feita na conformidade deste artigo, aplica-se o disposto no art. 3º do presente diploma.”

razão da chamada Revolução industrial e da evolução do pensamento social, em especial, da doutrina cristã, que se refletiram também no âmbito universitário.

Nova sociedade, eminentemente tecnológica, exsurgiu desse processo, exigindo a adaptação das universidades, que passaram por ampla reformulação para efeito de atender às necessidades emergentes, em especial na preparação de profissionais habilitados.

Novos aparatos técnicos foram introduzidos, paulatinamente, na sociedade e alguns nas universidades, visando a facilitar a transmissão de conhecimentos e a efetivação de estudos e de pesquisas em seu contexto.

Atualmente, esses mecanismos realizam diferentes funções, assumindo formas diversas, como projetoras de imagem e de som; copiadoras e gravadoras e outras máquinas de reprodução e de representação de obras intelectuais, como os satélites de comunicação, os videocassetes, as microfilmadoras e os microcomputadores, que vêm conferindo novas dimensões ao ensino.

Benefícios vários surgiram com a expansão das técnicas, como a fixação em suportes e a perenização de obras intelectuais; a difusão maior de conhecimentos, com alcance de público infinitamente superior e em diferentes paragens do globo; e também novas utilizações ou novas apresentações de obras intelectuais.

Facilitou-se enormemente o aprendizado, mediante estimulação simultânea de vários sentidos, encontrando esses aparatos, hoje, aplicações em todos os níveis.

Destaque-se, nesse contexto, as novas formas de apresentação e de comunicação de obras intelectuais — tanto de representação, como de reprodução — que as colocam ao alcance de públicos infinitos e, com isso, dificultam aos autores o controle das utilizações por terceiros, com sensíveis evasões de receitas de seus cofres.

13. Com isso e como todas as obras comunicadas ao público, ficam as preleções, os trabalhos científicos e técnicos e demais criações surgidas no ensino sujeitas a usos outros que não os didáticos e por pessoas não autorizadas pelos autores, os quais vêm sendo prejudicados em seus direitos autorais.

Essas novas técnicas fizeram, pois, surgir problemas para professores, pesquisadores, alunos e para a própria universidade, para esta quando subvencionados os trabalhos, ou nascida a obra de sua criação, por meio de pessoal remunerado para tal.

Sucedem-se utilizações por terceiros, sem autorizações dos autores, com caráter público e mesmo para obtenção de resultados, em evidentes violações à legislação mencionada.

A não ser por medidas isoladas em cada caso de que tenham conhecimento, inermes quedam os titulares de direitos frente a esses avassaladores sistemas de comunicação.

14. Mas é no século presente e mais propriamente em nossos tempos que se sente o impacto das novas técnicas — e em todos os setores — com a introdução e a utilização de aparatos mais sofisticados de comunicação, de fácil uso e de alcance infinito, de sorte a dificultar, cada vez mais, o respectivo controle.

Mas, em contrapartida, com a aplicação dessas máquinas no ensino, estendem-se seus efeitos ao aprendizado sistemático nos diferentes graus, com reflexos mais profundos na universidade, onde encontram maior campo de expansão, pois facilitam o ensino e a pesquisa; põem conhecimento ao alcance de público maior; permitem intercâmbio de idéias e de conhecimentos entre diferentes instituições e pessoas, e assim por diante.

Prestam, desse modo, relevantes serviços à comunidade, permitindo difusão mais rápida e segura de conhecimentos, de idéias, de técnicas e de novos serviços, logo disponíveis a todos os interessados, com vistas ao desenvolvimento geral.

15. Com a evolução das técnicas, ainda, se vem ampliando, seguidamente, o universo de criações intelectuais, tanto em sua elaboração, quanto em sua utilização ou em sua alimentação, nascendo daí, dentro e fora das universidades, novas formas de obras, antes sequer cogitadas, como as de televisão, as de vídeo-cassete, as de computação, as de reprodução por satélite e outras.

Essas novas formas passam a ser utilizadas em prol da coletividade, em seu enriquecimento cultural ou artístico, em seu entretenimento ou em seu deleite, enfim, na produção de utilidades destinadas à satisfação de suas necessidades ou de seus diferentes interesses.

Frente ao direito de autor — em que a tendência é a de resguardo a qualquer obra intelectual, desde que dotada de originalidade — essas criações se encartam, de modo inquestionável, em seu âmbito protetor, em razão dos pressupostos apontados.

Em contraponto, requerem, no entanto, a instituição de novos mecanismos de concretização de direitos, desafiando a argúcia de todos os que em seu contexto labutam, para que os autores possam receber, de fato, os proventos que de sua utilização econômica decorrem.

16. Mas, como são diferentes os aparatos técnicos ora em uso — e sempre de largo espectro — possibilitando diversas formas de representação e de reprodução de obras sem conhecimento do autor — e, portanto, sem pagamento de direitos autorais — ainda resta sem regulamentação adequada uma extensa gama de direitos, embora reconhecidos legislativamente e, em algumas áreas, até por desconhecimento do seu teor e de seu alcance.

Nesse passo, os problemas mais graves — e sobre os quais nos deteremos — são os que decorrem da denominada “reprografia”, ou seja, reprodução de obras a partir de uma matriz, que se perfaz sem conhecimento e sem participação do autor, que, com isso, deixa de perceber a remuneração correspondente.

Levando-se em conta que essas práticas se desenvolvem, tanto em instituições de ensino, universidades e em diferentes empresas e instituições, inclusive com objetivos econômicos, pode-se imaginar os prejuízos que daí resultam para os criadores e os demais titulares de direitos (editores, cessionários, e outros) e, indiretamente, para os cofres públicos, pela evasão de tributos.

Vale dizer: aos titulares de direitos não é paga a remuneração autoral cabível que de uma regulamentação apropriada lhes poderia advir, sofrendo, assim, a estrutura toda do mercado editorial, nos diferentes gêneros, as conseqüências apontadas.

Têm assim os mestres, no plano do ensino, de contentar-se com a remuneração que da prestação de serviços percebem das universidades, não contando com os benéficos estímulos que, em outros setores já devidamente regulamentados, existem, para prosseguir em sua faina criativa, a par de desdobrar-se em atividades outras para complementação de renda que lhes possibilite, frente à sociedade, nível de vida compatível com o seu **status**.

17. Com isso se prejudica esse segmento da sociedade, e a própria cultura do País sofre os reflexos negativos assinalados, com prejuízos também para o desenvolvimento geral da sociedade.

Enfrenta-se, assim, questão de alto relevo no plano do direito, pois da evolução das técnicas se beneficia a coletividade como um todo, mas, em contraponto, não pode esse progresso fazer-se com sacrifício apenas de seu corpo intelectual, cumprindo, pois, instalar-se, para sua solução, mecanismos jurídicos equilibrados que conciliem os interesses em causa.

Isso significa que, se devem ser adotados e aperfeiçoados aparatos técnicos de comunicação em todos os setores, inclusive de ensino, devem também, simultaneamente, ser instituídos sistemas adequados de percepção de direitos, que remunerem, de modo efetivo, os criadores nas utilizações econômicas de suas obras.

18. Nesse sentido, poderia ser, pelo regime de licença geral, estabelecido mecanismo de cobrança de direitos em cada extração de cópias, nos termos que propusemos — e foram aprovados — na 1ª Conferência Continental do IIDA, em 1977 (6).

Em consonância com nossa proposta, os criadores receberiam os direitos autorais pela reprodução ou pela representação de obras, mediante cobrança na fonte, pela entidade extratora, fixando-se o valor unitário em consonância com o respectivo custo, calculado em cada setor (textos, música e outros).

O sistema contaria com documentação comprobatória própria, com fiscalização das entidades do setor (inclusive associações de titulares) e com penalidades adequadas, a serem previstas para as violações.

Persistem ora, ainda, os problemas apontados, que carecem de solução prática, parecendo-nos que a fórmula proposta segue sendo a mais interessante para a efetiva realização dos direitos autorais, nos termos assinalados.

Com isso, permitir-se-ia, de um lado, a percepção, pelos criadores, dos direitos referentes às utilizações econômicas de suas obras, como estímulo para novas criações, e, de outro, possibilitar-se-ia o desenvolvimento da cultura do País, como esteio para a sua expansão geral.

(6) A proposta, em todo o seu teor, encontra-se nos textos específicos citados na nota 4.

Do conceito kelseniano de sanção civil e suas implicações

SEBASTIÃO MACHADO FILHO

Professor da UnB. Doutor em Direito
"Criar é desatar angústias."
Gaston BACHELARD

"A advertência constante contra as conclusões prematuras e as generalizações obscuras provoca, a menos que devidamente condicionadas, um possível tabu contra todo o raciocínio. Se todo pensamento tiver de ser guardado até obter completa corroboração, nenhuma abordagem básica parece possível, e nos limitaríamos ao nível de simples sintomas."

Max HORKHEIMER

Segundo a *Teoria Pura do Direito* de KELSEN (1), a sanção civil é identificada com a coação ou execução forçada (2).

De acordo com KELSEN, as sanções jurídicas assumem duas formas distintas: como *pena* e como *execução forçada*. Ambas as espécies consistem na realização compulsória de um mal ou na privação compulsória de um bem.

A sanção é a consequência imputada ao ilícito consistindo este, portanto, na conduta contra a qual a sanção é dirigida como reação. Em suma, sanção como coação condicionada pelo ilícito.

Assim, se o indivíduo causa a outrem um prejuízo e este prejuízo não é indenizado, *deve ser* dirigido contra o seu patrimônio

(1) KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de J. B. MACHADO. Coimbra, A. Amado, 1962, v. I, p. 214.

(2) Certo que, consoante a doutrina tradicional predominante, na exposição de MAYNEZ: "La sanción no debe ser confundida con los actos de coacción. Aquélla es una consecuencia normativa de carácter secundario; éstos constituyen su aplicación o realización efectiva. Coacción es, portanto, la aplicación forzada de la sanción. Cuando un juez dicta sentencia, condenando a una persona a que pague lo que debe, aplica una sanción; pero si el demandado no cumple voluntariamente con el fallo, tiene el autor derecho a pedir que la sanción se imponga por la fuerza. El secuestro de bienes del deudor, y el remate de los mismos por el poder público, a fin de dar cumplimiento a la resolución judicial, representan, en el caso del ejemplo, una forma de coacción (Eduardo GARCIA, MAYNEZ. *Introducción al Estudio del Derecho*. 15ª ed., México, Porrúa, 1968, § 155, p. 298).

o ato de coação — quer dizer, dele deve retirar-se compulsoriamente um valor patrimonial e atribuí-lo ao indivíduo prejudicado, para ressarcimento do prejuízo (execução forçada).

O *dever jurídico* aparece, pois, como a conduta do indivíduo demandado e vencido no processo de conhecimento e consistente em ressarcir os prejuízos materiais e morais por ele causados ao demandante. Dever este imposto pela *norma individual*, isto é, pela sentença judicial transitada em julgado, *objeto* de possível sanção futura (3).

Releva notar que a sanção não aparece *também* como dever jurídico ou, como estranhamente chega a admitir KELSEN (4), como “dever subsidiário” (sic) e “que toma o lugar do dever principal violado” (sic), sendo este último o de “não causar prejuízo” (ou seja, o dever da norma da relação material).

Parece-me que, aqui, KELSEN não percebeu que o dever jurídico do ressarcimento imputado pela norma individual (sentença) é objeto material indireto ou mediato da sanção — sendo o *objeto formal direto ou imediato* a conduta contrária deste dever (n-P). Não há confundir “sanção” com o “dever subsidiário”. Não sem razão o próprio KELSEN segue afirmando — e corretamente, em coerência com sua doutrina — que este “dever subsidiário” não é uma sanção, caracterizada esta *apenas* como *execução forçada* (se civil) que surge quando este dever não é satisfeito (5).

Ora, o “dever subsidiário” é o *dever jurídico*, o único imputado pela norma individual (a sentença judicial) objeto da possível sanção futura, de vez que — se não se admitir esta interpretação consentânea com a teoria pura do normativismo — não se poderá entender a existência do dever de ressarcimento que resulta ser o *único* dever jurídico prescrito ao devedor demandado pelas normas individuais (sentenças) que são as normas jurídicas, porquanto a omissão deste dever constitui a conduta ilícita como condição da sanção, entendida esta como coação ou execução forçada (dada a *n-P* deve ser a *S*), nota esta que caracteriza a norma como *jurídica* à diferença das demais normas sociais, morais ou religiosas (6).

Do que foi dito, logicamente, se infere a conclusão óbvia de que a sentença judicial *não* impõe a sanção; não sanciona a con-

(3) KELSEN, H., *ob. cit.*, pp. 240 e segs.

(4) KELSEN, *ib.*, p. 240.

(5) *Ib.*, p. 242.

(6) “Como ordem coativa, o direito distingue-se de outras ordens sociais. O momento coação, isto é, a circunstância de que o ato estatuído pela ordem como consequência de uma situação de fato considerada socialmente prejudicial deve ser executado mesmo contra a vontade da pessoa atingida e — em caso de resistência — mediante o emprego da força física, é o critério decisivo”... KELSEN, Hans, *ib.*, p. 66.

duta do devedor demandado e vencido. A sentença judicial, como norma individual — na ótica kelsiana — corresponde, em sua estrutura, à “norma secundária” (dado o Fj deve ser a P), sendo P (a prestação) o dever jurídico de ressarcir o prejuízo ou de indenizar, imposto ao devedor vencido na demanda. A sentença se limita, pois, a imputar a prestação (P) ou o dever jurídico, jamais a sanção (civil), simplesmente porque esta, sendo execução forçada, somente sobrevém no *processo de execução*, se instaurado pelo credor vencedor, caso o dever jurídico de indenizar não seja satisfeito pelo devedor vencido. Em outros termos, caso a sentença transitada em julgado não seja obedecida de forma espontânea pelo So “condenado”, omitindo este a conduta de indenizar que lhe foi imposta pela norma individual do juiz. Só então — aí — é que pode surgir e surge o ato ilícito civil ($n-P$) como condição da execução forçada (S), pois só aquele é o antecedente desta como consequência. E a “norma primária” corresponde à decisão do juiz que ordena a execução forçada, somente proferida no processo de execução (dada a $n-P$, deve ser a S).

Tal exegese pode ser confirmada por KELSEN (7) ao frisar este que “a sanção da execução, isto é, a indenização compulsória do prejuízo, através do órgão aplicador do direito, apenas surge quando este dever não é cumprido”.

Em resumo, portanto: dever jurídico é o de ressarcir espontaneamente o prejuízo e o delito ou ilícito civil ($n-P$) é o não-ressarcimento espontâneo do prejuízo.

Como reafirma KELSEN (8) com maior clareza:

“Se esta sanção da execução civil se dirige ao patrimônio do indivíduo que causou o prejuízo através de sua conduta e o não indenizou, este indivíduo responde pelo seu próprio delito, que consiste no não-ressarcimento do prejuízo por ele causado” (ou por outrem causado, no caso da responsabilidade indireta ou vicária).

Isto posto, podemos melhor compreender um texto fundamental de KELSEN, aliás muito bem explícito, a nosso ver, e em perfeita sintonia com a nossa exposição, mas que intérpretes respeitáveis de KELSEN ainda não entenderam bem, como veremos, por exemplo, com os jus-egologistas. Eis o texto de KELSEN:

“Llamo norma jurídica secundaria a este deber jurídico formulado en una norma, cuya validez se funda en el supuesto de que uno *debe* conducirse de tal suerte, que no haja de ser aplicada la sanción coactiva: dicho de otro modo, de que *debe ser evitada* la realización del acto

(7) *Ib.*, p. 242.

(8) *Ib.*, p. 242.

coactivo ordenado para determinadas circunstancias por el orden estatal. Así, pues, la regla en que se expresa el deber jurídico constituye la llamada *norma jurídica secundaria*. La *norma jurídica primaria* es la norma que ordena la coacción: ella contiene como condición para que se realice el acto coactivo que establece (como obligatorio) precisamente la conducta que contradiga a la norma jurídica secundaria. Para lograr una mejor comprensión de estas ideas se puede representar la proposición o precepto jurídico completo o total (que abraza conjuntamente el primario y el secundario) como una especie de *norma doble*:

“En determinadas condiciones un hombre determinado debe conducirse de un modo determinado: ahora bien, si no se comporta así, entonces otro hombre — el órgano del Estado — debe practicar contra él de una manera determinada, un acto coactivo (pena o ejecución forzada)” (9).

Convém destacar o período que se segue:

“La norma secundaria que es la que se encuentra em primer lugar, resulta superflua si se la considera de un modo riguroso: expresa sólo para una mejor y más fácil comprensión aquel vínculo y obligación derivado de la norma primaria, al cual se denomina aquí *deber jurídico*.”

Agora bem, de acordo com Kelsen, a norma jurídica primária (civil) se refere à conduta de dois indivíduos, a saber: o infrator e o juiz. Melhor: entre o devedor executado e o juiz. É a norma jurídica individual (a decisão que, com fundamento no título sentencial ou executório, ordena a sanção), e que relaciona ambos no processo de execução forçada.

Portanto, é a norma jurídica *primária* — dada *n-P*, deve ser a *S* — que expressa a relação jurídica processual de execução forçada, pois nesta execução consiste a sanção civil (como coação), cujo antecedente imediato (a *n-P*) é a conduta do devedor, demandado e vencido, no processo de conhecimento, que não satisfaz espontaneamente o dever jurídico estatuído na sentença (no *decisium*) de indenizar o credor demandante e vencedor naquele processo de cognição, caso este requeira a referida medida executória.

E a norma *secundária*, expressão do vínculo ou obrigação derivada da norma primária, traduz a relação processual de conhecimento — dado o *FJ*, deve ser a *P* — na qual para melhor coerência, *Fj* (o fato jurídico) é a existência, judicialmente comprovada (e, pois, de forma válida) de um conflito de interesses sobre uma

(9) Kelsen, Hans. *Compendio de Teoría General del Estado*. Trad. de L. R. SICHES y J. A. FLÓREZ. Barcelona, Blume, 1979, p. 134.

relação obrigacional onerosa não satisfeita pelo sujeito demandado (*So*); e *P* (a prestação ou o dever jurídico) expressa a obrigação substituta do *So* de indenizar o demandante prejudicado, então, sujeito pretensor (*SP*). Esclareça-se: pretensor do processo de execução forçada, caso o *So* omita o seu dever e configure, assim, a conduta ilícita (*n-P*) que é a condição da sanção como execução forçada.

Em síntese: a norma *secundária* kelseniana é a proposição estrutural da norma individual — a sentença judicial (*res judicata*), proferida no processo de conhecimento, e que liga o devedor demandado e o juiz e, não, a norma particular contratual referida à relação material de natureza obrigacional, criada pelas partes, na auto-regulamentação de seus interesses particulares, fundada na autonomia da vontade (10).

E a norma *primária*, como já foi dito, expressa a relação jurídica processual de execução forçada e que liga o *devedor executado* e o *juiz*, de iniciativa do credor exequente que, ao requerer a execução, desenvolve outra relação jurídica formal entre ele e o Estado (o juiz) referida por outra norma secundária (dado o *FJ* da propositura da ação de execução forçada perante o Estado) deve ser a entrega da prestação jurisdicional pelo juiz (ordenar a execução forçada); sendo, neste caso, primária a norma que diz: dada a *n-P* (não-entrega da prestação jurisdicional pelo juiz), deve ser a *S* (aqui, sanção *penal* e não civil ao juiz por omissão do seu dever: correição pelo Tribunal ou aplicação de penalidades previstas para o caso pelas normas jurídicas que regulam o exercício da magistratura).

Mutatis mutandis, o mesmo ocorre quando o credor propõe a ação de conhecimento (como o anterior, trata-se de outra relação jurídica formal referida por outras normas secundária e primária).

Como disse KELSEN, a norma jurídica *primária* ordena a coação (execução forçada e, pois, a sanção); e a norma jurídica *secundária*, o dever jurídico que, se realizado, evitaria a execução forçada — e que, portanto, só pode ser traduzido na conduta do devedor demandado e vencido no processo de cognição que não satisfaz espontaneamente a condenação, omitindo o referido dever (11).

(10) Consoante a teoria de BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Trad. de F. DE MIRANDA. Ed. Coimbra, vol. I, 1969, 3 vols., pp. 85 e segs.

(11) Na hipótese de execução fundada em título executivo extrajudicial (art. 585 do CPC), parece que a norma secundária seria a contratual. É discutível este ponto. Em primeiro lugar, a hipótese é contingente, específica de um ou de outro ordenamento jurídico vigente *hic et nunc*, não sendo necessária a todas as ordens jurídicas. Em segundo lugar — *last but not least* —, seria precipitado admitir-se como secundária a norma contratual, pois, ainda nesta hipótese, é o juiz a autoridade competente para verificar validamente, no

(contínua)

Do que foi dito, resulta, em conclusão, que não se pode identificar a norma *primária* de KELSEN com a *perinorma* de CÓSSIO, muito menos a norma *secundária*, do primeiro, com a *endonorma*, do segundo — como, de certa forma parece ter confundido o próprio CARLOS CÓSSIO, eis que, para o autor da *Teoria Ecológica do Direito*, a *P* (prestação endonormativa) correspondente ao dever estatuído na *relação material* (v.g., no contrato) e a *n-P* (ou ilícito) é a conduta do *So* contrária ao seu dever endonormativo, ou seja, o seu inadimplemento contratual, como, por exemplo, o não-pagamento da dívida. E, não coincidindo as referidas normas, também não coincidem os conceitos jurídicos fundamentais de fato jurídico (*Fj*), dever jurídico (*P*), ilícito (*n-P*) e sanção (*S*), resultantes da estrutura normativa, ou melhor, das proposições ou juízos normativos de dever ser.

Assim, para CÓSSIO, *Fj* é — v.g. — o contrato de mútuo; *P* é o dever-se pagar o empréstimo; *n-P*, o não pagamento ou não-devolução do empréstimo; e a *S* é a indenização determinada pelo juiz na sentença; enquanto que, para KELSEN, como vimos, nesse mesmo exemplo, *Fj* é a existência comprovada, através de processo de conhecimento, do conflito de interesses entre o credor e o devedor, com a verificação do inadimplemento deste último de sua obrigação de pagar ou devolver o que tomou emprestado, como decidido pelo juiz na sentença; *P* é o dever jurídico de indenizar, então imputado ao *So* pela sentença do juiz (norma individual secundária); *n-P* é o não-cumprimento espontâneo deste dever de indenizar; e a *S*, como coação, é a execução forçada do dever objeto indireto ou mediato da sanção, como consequência normativa imposta pela decisão ordenatória do juiz, caso requerida pelo *Sp* exequente contra o *So* executado.

Uma conclusão final que se pode tirar da concepção “purificada” do direito, talvez ousada, é a de que o direito — o *jurídico* — é, efetivamente, aquilo que fazem os juízes, ou seja, são as *decisões judiciais* as verdadeiras normas jurídicas; e a ciência do direito versa o conhecimento crítico destas mesmas decisões. O resto, rigorosamente, não é jurídico, quando muito *pressuposto* do genuíno direito, com o caráter de meras normas sociais ou morais, não obstante obrigatórias.

(continuação da nota 11)

processo de execução e como condição prévia deste, a existência ou não do título executivo extrajudicial, ou seja, a configuração jurídica deste como tal e, ainda, se juridicamente houve ou não o inadimplemento da obrigação nela fundada. Ao ordenar a citação executória, através de decisão judicial, expressa o juiz a norma secundária implícita na norma primária explícita, ordenatória da penhora (execução forçada) em caso de não cumprimento espontâneo do mandado de citação.

Reflexões sobre o conceito de pessoa jurídica em Kelsen

MARIA HELENA FERREIRA DA CAMARA

Professora Adjunta da UFRGS, Mestre
em Ciências Jurídicas pela PUC/RJ

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO
 - 1.1 **Conceito de pessoa sob o ponto de vista filosófico**
 - 1.2 **Considerações gerais sobre pessoa humana e pessoa jurídica individual e coletiva**
2. TEORIAS SOBRE PESSOA JURÍDICA
 - 2.1 **Teoria da ficção**
 - 2.2 **Teoria da realidade objetiva**
 - 2.3 **Teoria da realidade técnica**
3. TEORIA DE HANS KELSEN
4. CONCLUSÃO
5. BIBLIOGRAFIA

1. INTRODUÇÃO

1.1 **Conceito de pessoa sob o ponto de vista filosófico**

O objetivo do presente trabalho é fazer uma breve reflexão sobre os conceitos de pessoa e pessoa jurídica, investigando-os sob os ângulos filosófico e jurídico, respectivamente.

O tema é amplo e complexo. Fica, pois, desde logo afastada qualquer pretensão de esgotá-lo.

A palavra pessoa envolve inúmeras acepções. Analisaremos, inicialmente, o problema da pessoa no plano filosófico.

O termo pessoa vem de "persona" e teve sua gênese no teatro grego etrusco, significando a máscara usada pelos atores, a máscara teatral. Mas, o sentido de "persona" é de "papel", "função" ou "tarefa" que o artista representava, e não o homem que o desempenhava, porém o próprio papel por ele representado. Mais tarde a palavra passou a ser usada em sentido jurídico, como veremos adiante.

Em sentido filosófico, pessoa é a essência do ser humano. BOECIO afirma que é a "substância individual de natureza racional" (*persona est naturae rationalis individua substantia*)⁽¹⁾.

LOCKE, autor do **Ensaio sobre o Conhecimento Humano**, considera a pessoa como um ser racional, reflexivo e autoconsciente⁽²⁾.

TOMAS DE AQUINO, o maior entre os escolásticos, entende que "pessoa é o indivíduo com natureza racional"⁽³⁾.

Assim, recebe o nome de "pessoa" o indivíduo de ordem espiritual. É, portanto, um indivíduo dotado de natureza espiritual em sua peculiaridade não comunicável. No mundo visível só o homem aparece como pessoa, conforme ensina LOTZ.

Foi a partir de KANT, filósofo alemão, que a pessoa passou a ser considerada como um ser ontológico e ético, isto é, ontológico e estimativo. É a idéia de pessoa baseada numa idéia ética. Para KANT, os seres racionais são denominados pessoa e são um fim em si mesmas, não devendo ser meio, e possuem livre arbítrio.

Na **Crítica da Razão Prática** KANT diz que "personalidade é liberdade e independência do mecanismo de toda natureza". Enquanto que os outros seres exercem suas atividades segundo as leis da natureza, a pessoa exerce sua liberdade independentemente dela. Donde, a pessoa tem um fim em si mesma e os demais seres um fim fora de si, servindo como meros meios para fins alheios. Segundo o pensamento kantiano a pessoa é sujeito de uma lei moral autônoma (**Ética**).

Analisando este tema, RECASÉNS SICHES afirma que em KANT o homem como ser natural está inserido no mecanismo da natureza, porém como ser racional está acima dele e é superior a ele, porque contrapõe a lei do dever-ser a todas as leis da natureza.

Em KANT a personalidade é a liberdade independente da natureza. A idéia de personalidade está ligada ao exercício da liberdade. Logo, não é um pensamento meramente ontológico, mas sobretudo estimativo.

(1) BOECIO, apud GIORGIO DEL VECCHIO. *Filosofia del Derecho*, Tomo II, p. 57.

(2) LOCKE, John. *Essay Concerning Human Understanding*, II, ch. 27, § 9, in G. DEL VECCHIO, *op. cit.*, p. 58.

(3) TOMAS DE AQUINO. *Summa Theologica*, 1, 42, 2, apud G. DEL VECCHIO, *op. cit.*

FICHTE ensina que “a personalidade é liberdade em direção a fins”. Segundo ele a pessoa não é um ser dado, um ser acabado, mas um ser que se faz a cada momento, mediante juízos de valor. É um ser em constante mutação — evolução ou involução — mas sempre de acordo com conceitos valorativos. Pertencem a FICHTE as palavras que seguem: “Eu não sou um ser já feito, mas sou aquele que me faço a mim mesmo; sou um **devenir** orientado para minha tarefa, para meus fins; meu ser é meu querer, é minha liberdade; só em minha determinação moral, eu sou dado a mim mesmo como determinado; não somos outra coisa que o movimento vital de uma liberdade sujeita, e, uma vez ou outra livre de sujeição, a liberdade que o dever expressa objetivando-a” (4).

A tendência de toda filosofia contemporânea é definir o homem numa perspectiva ética.

MAX SCHELER, um dos grandes representantes da axiologia filosófica, propõe uma definição da pessoa, entendendo-a como a “unidade concreta real em si de atos de diferente essência ou índole” (5). A pessoa não é sujeito lógico nem de atos racionais, nem de atos de vontade, mas é a realidade na qual se verificam estes atos diversos, conforme expõe em trecho de sua obra **Der Formalismus in der Ethik und die Materiale Wertethik**.

Para SCHELER “em cada ato plenamente concreto está a pessoa inteira”.

Concorda com ele, WUNDT, pai da psicologia experimental, quando diz que “em cada ato humano está todo o homem”.

Em SCHELER, a pessoa tem um ser irredutivelmente individual supondo uma significação de valor individualíssima e irredutível. Pensa que é um erro equiparar a idéia de pessoa, como sujeito de direito, com a personalidade moral. Assim, “a pessoa, como membro de um reino de valores individuais e desiguais, ocupa um plano superior ao do Estado e ao do direito. Em suma, afirma que o sujeito econômico é subestatal, a personalidade individual é superestatal, e a esfera íntima da personalidade é extra-estatal.

É de grande profundidade o pensamento de ORTEGA Y GASSET sobre a pessoa humana: “. . . o eu não é uma coisa; é sim quem tem que viver as coisas entre as coisas. A vida não é algo dado, nem é um caminho predeterminado, uma fatalidade; a vida deve ser construída; deve fazê-la o eu que cada um de nós é. Sua estrutura é decidir a cada momento o que se vai ser no momento seguinte, é liberdade. Porém, não uma liberdade abstrata, mas uma liberdade engajada

(4) FICHTE, apud G. DEL VECCHIO, *op. cit.*, p. 59.

(5) MAX SCHELER, *Der Formalismus in der Ethik und die Materiale Wertethik*, apud G. DEL VECCHIO, *op. cit.*, p. 60.

numa circunstância, supondo opções. Eu sou eu e minha circunstância. A vida é, de uma só vez, fatalidade e liberdade, é ser livre dentro de uma fatalidade dada" (6).

Refletindo-se sobre essas idéias, verifica-se que a análise da pessoa pressupõe uma fundamentação metafísica, gnoseológica, psicológica e axiológica para que ela possa ser visualizada de modo integral e compreendida em seus diversos aspectos.

A pessoa é o dado ontológico, é um substrato ontológico, e a personalidade é uma conquista, é realização. A pessoa se realiza pela formação da personalidade.

Três elementos constituem o conceito de pessoa: subsistência do indivíduo (substrato ontológico) com natureza racional (racionalidade) e conseqüentemente livre (liberdade).

Portanto, a pessoa — substrato ontológico, racional e livre por natureza — possui consciência do mundo, apreendendo a essência das coisas, apreendendo os fins do ser e descobrindo os valores, vai adquirindo condições de descobrir seus próprios fins enquanto pessoa humana que ela é.

Evidencia-se o perfil da transcendência da pessoa diante do mundo e do "eu" diante do "alter", da pessoa diante dos outros e diante da comunidade. E, ainda, há a tendência ao Absoluto.

A pessoa vai se transformar em personalidade. Com isto se quer dizer que a personalidade é a transmutação da pessoa no sentido da atualização de suas capacidades. Em linguagem aristotélica seria a passagem da potência ao ato.

Como se pode ver, há vinculações estreitas entre os conceitos de pessoa e personalidade.

A personalidade emerge da pessoa, ela emerge por uma atualização de potências, pelo exercício do pensamento e da liberdade.

ARMANDO CAMARA, filósofo e jurista gaúcho, ensina que o ser humano é um "esse ad", é uma linha de desenvolvimento, de evolução axiológica, porque está sempre voltado para valores e fins (7).

Em conferência pronunciada na UFRGS, dizia ele: "personalidade e valor expressam "situações do ser". Embora a personalidade seja objeto de focalização psicológica e o valor de consideração axiológica"... "Podemos definir a personalidade como sendo um processo de comunhão e de realização dos valores pela pessoa, que é substrato ontológico. E, podemos definir o valor como sendo a conformidade do di-

(6) ORTEGA Y GASSET, *Meditaciones de Quijote* (1914) pp. 43/44, apud G. DEL VECCHIO, *op. cit.*, p. 67.

(7) CAMARA, Armando P. da, Conferência pronunciada na Faculdade de Direito da UFRGS, 1972.

namismo do ser com seus fins. Sob este aspecto, a personalidade expressaria, conforme fosse valiosa ou desvaliosa, a conformidade ou desconformidade do dinamismo da pessoa com os fins humanos. Assim, a personalidade seria a forma como a pessoa, no seu dinamismo, se realiza fiel ou infiel aos seus fins" (*).

Isto revela "o íntimo relacionamento entre personalidade e valor, e mostra que é impossível a compreensão da personalidade sem uma referência ao valor, bem como não é pensável a realização dos valores sem a participação da vida intelectual e volitiva da pessoa. A personalidade revela como o ser está aberto para a realização do valor. Na medida em que a personalidade realiza valores, ela se enriquece ontologicamente. Na medida em que vive desvalores, ela se empobrece. A personalidade expressa uma progressiva concretização do valor no ser.

Considerando a personalidade humana, JACQUES MARITAIN afirma que ela é um processo. O homem esculpe sua vida... A vida humana é o início deste processo que só termina com a morte.

Assim, define ROMANO GUARDINI a personalidade humana: "Eu sou o modo como Deus me chama e eu respondo a este chamamento."

Deus me chama através das pulsações de minha natureza, da descoberta dos fins do meu ser. Eu respondo ao chamamento, vivendo valores ou desvalores. Eu sou a forma de resposta. Se me fecho aos valores, respondo negativamente; se atendo ao apelo dos valores, respondo positivamente. Conforme ensina ARMANDO CAMARA, "os valores são idéias forças que atraem, que polarizam, mas não obrigam... A personalidade é uma conquista. Na forma de responder ao chamamento eu me defino, eu formo minha personalidade".

... "Toda fruição do valor é uma posição de transcendência. Deus chama através dos valores. O valor é pseudônimo do Absoluto. O valor é presença laica de Deus em nós. É o apelo que convida o homem a expressar e realizar sua plenitude" (**).

1.2 Considerações gerais sobre pessoa humana e pessoa jurídica individual e coletiva

Filosoficamente, o homem é pessoa e personalidade. Na sociologia e no direito os conceitos de pessoa e personalidade não coincidem com os conceitos filosóficos, anteriormente examinados.

No direito tradicional ser pessoa é o homem enquanto sujeito de direitos e obrigações.

(*) CAMARA, Armando P. da, Aula ministrada na Faculdade de Direito da UFRGS, 1972.

(**) CAMARA, Armando P. da, Trechos de aula ministrada na Faculdade de Direito da UFRGS, 1972 (Curso de Especialização em Filosofia do Direito). Porto Alegre — RS, 1972.

A teoria tradicional identifica o conceito de sujeito jurídico com o de pessoa.

Porém não só o homem mas também outras entidades, tais como associações, comunidades, sociedades por ações, Municípios, Estados são apresentados como pessoas.

Define-se o conceito de pessoa como "portador" de direitos e deveres jurídicos e não só o indivíduo, mas, ainda, outras entidades.

Quando o portador dos direitos e deveres jurídicos é o indivíduo, temos a pessoa física; quando são as entidades, temos as pessoas jurídicas.

Assim, a primeira seria a pessoa natural; e a segunda artificial, no sentido de não ser real, mas construída. A personalidade jurídica cabe aos entes coletivos.

2. TEORIAS SOBRE PESSOA JURÍDICA

São inúmeras as teorias existentes sobre este tema. Destacaremos aqui algumas entre elas.

2.1 Teoria da ficção

A teoria da ficção de SAVIGNY, para quem a personalidade jurídica dos entes coletivos é uma construção do direito. A personalidade jurídica dos entes coletivos é diferente da personalidade jurídica dos entes individuais, pois que esta é uma mera consequência do existir humano, e a primeira é uma construção do direito.

SAVIGNY explica a natureza da pessoa jurídica considerando-a uma abstração. Não tem existência real, artificialmente criada pela lei, sendo uma ficção legal. Ele vê que o que no direito funciona como personalidade jurídica é algo distinto, é independente dessa realidade, é algo posto pelo direito, algo construído pelo direito.

Sua teoria tem grande importância na atualidade porque vê-se nela o germen das doutrinas puramente jurídicas sobre a personalidade.

JHERING, também, considera que a personalidade jurídica dos entes coletivos é uma criação de direito, e portanto diferente da personalidade jurídica dos entes individuais. Segundo ele, quando se associam indivíduos para a realização de um fim comum, são eles os sujeitos de direito; considerados em conjunto, tão-só, por ficção dogmática se podendo admitir que o conjunto dos indivíduos associados exerça atividade jurídica diferenciada, conforme expõe ORLANDO

2.2 Teoria da realidade objetiva

GIORGI, FADDA e outros defendem a teoria da realidade objetiva. Em síntese, esta teoria admite a existência real da pessoa jurídica.

2.3 Teoria da realidade técnica

O problema da pessoa jurídica só recebe tratamento diferente a partir de FERRARA e de HANS Kelsen. Ambos criaram um enfoque original do problema.

FERRARA afirma que a personalidade jurídica é em ambos os casos uma construção do direito⁽¹⁰⁾. Pois, a pessoa individual só é sujeito de direito, quando o direito mesmo lhe reconhece esta personalidade jurídica e a torna capaz de contrair direitos e deveres.

A teoria da realidade técnica, sustentada por GENY, FERRARA e outros, diz que "a realidade das pessoas jurídicas não é objetiva, embora existam, como fato, os grupos constituídos para a realização de fim comum. A personificação desses grupos é construção da técnica jurídica, e não se trata de criação artificial da lei" (CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, in **Instituições do Direito Civil**).

As teorias puramente jurídicas sobre o conceito de pessoa, sobretudo de Kelsen e FERRARA, indicam que no mundo do direito é tão artificial ou construída a pessoa jurídica individual como a coletiva.

3. TEORIA DE HANS Kelsen

HANS Kelsen, fundador da Escola de Viena e autor da célebre obra **Teoria Pura do Direito**, defende a pureza do método normativo, excluindo em sua teoria qualquer fator fenomenológico ou reflexão finalística.

Kelsen sustenta que o "conceito de pessoa jurídica não é mais do que uma duplicação do direito subjetivo e do dever, concebido de modo substancializado"⁽¹¹⁾.

A pessoa para o direito não é uma realidade, mas um conceito imanente da própria ordem jurídica. Não é possível no direito distinguir-se pessoa física e jurídica afirmando que uma é o homem individual, portador de direitos subjetivos e outra algo distinto dele.

Para o conhecimento jurídico não há senão pessoas jurídicas, cujo conceito é o denominador comum de todo sujeito de direito, tanto individual como coletivo.

(10) FERRARA, *Teoria delle Persone Giuridiche*; e *Trattato di Diritto Civile Italiano*, vol. I, 1921, pp. 697 e segs., apud G. DEL VECCHIO, *op. cit.*, p. 82.

(11) Kelsen, Hans, *Teoria General del Estado*, pp. 87 e segs.

O homem é sujeito de direito na medida que sua conduta for conteúdo de normas jurídicas. Assim, não é o homem total o que pode formar o conteúdo da norma jurídica, mas só determinada conduta sua, aquela que se relaciona com o ordenamento jurídico. Esta conduta será ou o conteúdo de um dever jurídico ou uma condição para o dever jurídico de outro indivíduo.

A pessoa jurídica individual é uma parte do ordenamento jurídico, a que regula os deveres e direitos de um homem, de forma personalizada.

Porém, se o ordenamento jurídico atribui determinados deveres e direitos, ou determinada conduta a certos homens individuais considerados como sujeito ideal, temos a pessoa jurídica social ou coletiva. Esta é um complexo de normas jurídicas que regulam a conduta de um grupo de homens em vista de um fim comum.

A personalidade jurídica coletiva é também uma parte do ordenamento jurídico.

RECASENS SICHES considera que “a personificação é um procedimento técnico auxiliar de que se vale o conhecimento jurídico para fazer patente a unidade de um sistema de normas”.

Para KELSEN não é toda a conduta que se relaciona com o direito, porém só aquela que se acha determinada na norma jurídica.

O direito é a norma. Quer seja a pessoa individual, quer sejam os entes coletivos, só tem personalidade jurídica quando a ordem jurídica lhes permitir. Assim, a idéia de personalidade está ligada à idéia de norma, sendo a personalidade jurídica uma imputação normativa.

Na concepção kelseniana o comportamento diante do direito tem três tipos de relações: como objeto de deveres; como elemento condicionante da produção de normas jurídicas ou de seu cumprimento por outros; como livre de regulação positiva e, logo, como irrelevante para o direito.

A regulação jurídica é sempre parcial, relativamente à plenitude da vida humana. A pessoa jurídica não abarca todo o homem, a totalidade do seu eu, mas tão-só a esfera parcial do agir juridicamente relevante, prefixado na norma.

Quanto às pessoas coletivas ou sociais, ORTEGA Y GASSET ensina que as dimensões do social ou coletivo adquirem no jurídico sua expressão máxima.

A personalidade jurídica de um grupo social ou coletivo (corporações, associações cooperativas, Estado, etc.), para KELSEN, consiste

na imputação de uma série de condutas a determinados homens. Condutas que o direito atribui ao sujeito ideal, construído pela ordem jurídica por uma unidade de atribuições de uma série de relações jurídicas.

Enquanto sob a personalidade individual construída pelo direito está um sujeito real, um homem, sob a coletiva está uma realidade social independente do direito. Do mesmo modo que a personalidade jurídica individual não traduz a concreta realidade do ser humano que lhe serve de substrato, assim também, a personalidade jurídica coletiva não reflete a realidade social. Em suma, há uma independência entre a realidade e a pessoa jurídica, quer individual, quer coletiva.

Portanto, para o mestre da Escola de Viena, o conceito de personalidade jurídica é sempre uma imputação normativa, uma construção do direito que explica a personalidade jurídica dos entes individuais e dos entes coletivos. A conduta humana, segundo ele, constitui o conteúdo da ordem jurídica, e só a conduta humana. Isto significa que a ordem jurídica não se apropria de “todo” o homem como tal, biológico e psicológico, mas só de algumas de suas ações e missões. Vale dizer que a pessoa física é um complexo de normas de direito.

Quando Kelsen diz que só possuem personalidade jurídica os homens que reúnem as condições previstas pelo direito, porque “só sua conduta foi prevista pela lei em conteúdo de deveres e faculdades jurídicas com exclusão de outros homens — pois que os escravos careciam de personalidade jurídica” — pensa-se num conceito de pessoa distinto do que expressava o “possuir” deveres e faculdades jurídicas.

Também, quando na ação da pessoa observa-se a expressão de uma vontade, atribui-se uma vontade à pessoa ou, como frequentemente ocorre, identifica-se a pessoa com a vontade, é preciso separar esta vontade especificamente jurídica do fato real psíquico conhecido com o mesmo nome, tão radicalmente como se separa o “homem” da “pessoa”. Que a pessoa “queira” a ação, não é outra coisa senão que esta ação é referida a ela, porque é juridicamente devida. O “querer da pessoa” e não a “vontade do homem” é o “dever ser” da ordem jurídica parcial. Por isto, uma ação humana não pode ser ato jurídico senão na medida em que é qualificada pelo direito como faculdade ou como dever jurídico, isto é, na medida em que é realizada por uma pessoa de direito.

O substrato da chamada pessoa jurídica coletiva é, enquanto objeto do conhecimento jurídico, uma proposição jurídica, um complexo

de normas de direito, por meio das quais se regula a conduta recíproca de uma pluralidade de homens que perseguem um fim comum.

Da mesma forma que a pessoa física, a pessoa jurídica é também a personificação de uma ordem jurídica parcial. Esta ordem jurídica parcial está constituída dos contratos, das corporações, associações, cooperativas, Municípios, no Estado, na união dos Estados — na comunidade jurídica internacional.

4. CONCLUSÃO

Concluindo, podemos dizer que KELSEN faz uma projeção de seu positivismo jurídico no exame do problema da pessoa jurídica.

Para ele o direito é a norma. E as pessoas jurídicas dos entes individuais e coletivos só surgem em consequência da norma jurídica. A norma é, pois, fundamental.

É certo que sem a norma não se pode falar em pessoa física ou em pessoa jurídica, ou melhor em linguagem kelseniana “em pessoa jurídica de entes individuais e coletivos”.

Em suma, KELSEN professa um positivismo jurídico cuja idéia essencial está no princípio de identidade do Estado e do Direito. “Estado e direito são uma só coisa: um sistema normativo”⁽¹²⁾. Analisando o tema, A. MACHADO PAUPERIO enfatiza que “KELSEN chega a dizer que o fato de reconhecer que o Estado é uma ordem jurídica é condição de uma verdadeira ciência do direito”⁽¹³⁾.

Refletindo-se sobre o exposto, tem-se que o conceito jurídico de pessoa, em HANS KELSEN, é algo completamente desligado do substrato real que se possa atribuir a ela.

Assim, o sujeito do direito “não é jamais, em sentido formal, o homem como realidade psicofísica, senão uma construção jurídico-normativa”. Não é o ser humano integral o que funciona no direito como sujeito deste, como centro de imputação de uma série de conteúdos normativos, mas um centro conceitual, uma qualidade específica, que consiste em que muitos de seus atos figurem como elementos das proposições jurídicas, como expõe RECASÈNS SICHES e acrescenta: “Se no âmbito do direito, separa-se uma série de normas que regulam a conduta de um homem e as concebemos como formando uma ordem parcial e as personificamos representando-as numa unidade, construímos o conceito jurídico de “pessoa individual”. Se se trata de uma ordem parcial que regula a conduta recíproca de uma série de homens (poucos ou muitos), temos, então, a chamada “pessoa

(12) MACHADO PAUPERIO, A., *A Filosofia do Direito e do Estado e suas maiores correntes*, p. 105.

(13) MACHADO PAUPERIO, A., *op. cit.*, p. 105.

jurídica ou coletiva". O sujeito de direito não é, pois, uma substância distinta da ordem jurídica, mas a própria ordem jurídica, vista, limitada e concebida metaforicamente sob a imagem de pessoa. Porém, não só são diversas partes da ordem jurídica as que podem ser vistas sob esta relação personificadora, mas também o direito como um todo. A unidade da ordem jurídica total, concebida como um centro comum de imputação de todas as ações denominadas estatais, constitui a chamada pessoa de Estado. Esta, ou o que é a mesma coisa, o Estado como pessoa, consiste no direito considerado como uma totalidade" (14).

A afirmação de que o direito é a norma, revela uma visão restrita, empobrecida e fora da realidade jurídica integral.

A concepção kelseniana do direito é parcial.

Sabe-se que a norma jurídica existe dentro de um âmbito cultural, e que o direito é produto social e cultural. A normatividade é essencialmente teleológica e valorativa.

O direito é estimativo, axiológico. O homem que é o centro do direito e das idéias valorativas visa, pela elaboração e aplicação das normas jurídicas, realizar a justiça e o bem comum.

"A doutrina de KELSEN talvez seja a mais consistente expressão do positivismo na teoria do direito. Porque é característico do positivismo jurídico preocupar-se antes com a forma da lei que com seu conteúdo moral e social, restringindo-se ao exame da lei como ela é, sem considerar-lhe a justiça ou a injustiça, e procurando libertar a teoria do direito de todas as qualidades ou critérios de valor de natureza moral, política, social ou econômica" (15).

O positivismo jurídico é uma doutrina que não satisfaz às exigências sociais de justiça. Conforme afirma PAULO NADER: "se, de um lado, o positivismo jurídico favorece o valor segurança, por outro, ao defender a filiação do direito a determinações do Estado, mostra-se alheio à sorte dos homens. O direito não se compõe exclusivamente de normas. As regras jurídicas têm sempre um significado, um sentido, um valor a realizar" (16).

(14) RECASÉNS SICHES, L. *Pensamiento Jurídico en el Siglo XX*, vol. I, p. 169.

(15) BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do Direito*. RJ, Forense, p. 123.

(16) NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 471.

Assim é que nos colocamos entre aqueles que aceitam e defendem uma visão integral da realidade jurídica, e que consideram que a lei não pode abarcar todo o "JUS".

Concluimos transcrevendo o pensamento do insigne jurista e professor A. MACHADO PAUPERIO, exposto em sua obra **Introdução Axiológica ao Direito**:

"Tanto a política como o direito não podem dispensar os rumos teleológicos nem as construções valorativas. Baseadas respectivamente no BEM COMUM e na JUSTIÇA, política e direito fundem-se, em última análise, no próprio sentimento do justo, valor por excelência de toda a vida social."

5. BIBLIOGRAFIA

- BEVILACQUA, Clovis — **Teoria Geral do Direito**, 1920.
- BODENHEIMER, Edgar — **Clência do Direito**, RJ, Forense, 1966.
- BRUGGER, Walter — **Dicionário de Filosofia**, SP, Herder, 1962.
- CAMARA, Armando Perelra da — **Reflexões sobre a Definição do Valor**, P. Alegre, La Salle, 1972.
- — Aulas e Conferências pronunciadas na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, P. Alegre, 1972.
- DEL VECCHIO, Giorgio — **Filosofia del Derecho**, tomo II, Barcelona, Bosch, 1936.
- GOMES, Orlando — **Introdução ao Direito Civil**, RJ, Forense, 1971.
- JHERING, R. von — **A Luta pelo Direito**, RJ, Ed. Rio, 1975.
- KELSEN, Hans — **Teoria Pura do Direito**, Coimbra, Armenio Amado, 1945.
- — **Teoria General del Estado**, Barcelona, Labor, 1934.
- MACHADO PAUPERIO, Artur — **Introdução Axiológica ao Direito**, RJ, Forense, 1977.
- — **Introdução à Clência do Direito**, 3ª ed., RJ, Forense, 1974.
- — **A Filosofia do Direito e do Estado e Suas Maiores Correntes**, RJ, Freitas Bastos, 1980.
- NADER, Paulo — **Introdução ao Estudo do Direito**, 2ª ed., RJ, Forense, 1982.
- RECASÉNS SICHES, L. — **Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX**, México, Editorial Porrúa, 1963.
- SILVA PEREIRA, Calo M. da — **Instituições do Direito Civil**, v. I, tomo I, RJ, Forense, 1971.

A primeira Constituição brasileira

SARA RAMOS DE FIGUEIRÊDO

Assistente Técnico da Subsecretaria de
Edições Técnicas

SUMARIO

- *Convocação da Assembléa Constituinte*
- *Instruções para as eleições dos Deputados, proclamação da Independência e instalação da Constituinte*
- *Sessão inaugural da Assembléa*
- *Trabalhos da Constituinte*
 - Promulgação e sanção das leis*
 - Elaboração do Projeto de Constituição*
 - Discussão do Projeto*
- *Dissolução da Assembléa Constituinte*
- *Constituição de 1824*
 - Outorga*
 - Características essenciais*
- *Reforma da Constituição*
 - Processo de reforma*
 - Tramitação da proposta de reforma à Constituição*
- *Dissolução da Assembléa Constituinte e fatos conexos*

Convocação da Assembléa Constituinte

As idéias liberais, corporificadas nas Constituições do Velho Mundo, lançam, na aridez do solo colonial, a semente do constitucionalismo que germina com o movimento da independência.

O constitucionalismo tem, entre nós, um sentido teleológico, finalístico, e este não é senão o da autonomia política.

A partir do momento histórico da permanência de D. Pedro no Brasil, em desatendimento às Cortes de Lisboa, desenvolve-se com maior vigor o processo. Episódio da maior significação é a expedição de decreto,

datado de 16 de fevereiro de 1822, assinado por José Bonifácio e rubricado pelo Príncipe, criando o Conselho de Procuradores-Gerais das Províncias do Brasil, com atribuições de órgão consultivo. Na justificação da medida, menciona-se a necessidade de se “ir de antemão dispondo e arraigando o sistema constitucional” e o objetivo de se formar “desde já um centro de meios e de fins, com que melhor se sustente e defenda a integridade e liberdade deste fertilíssimo e grandioso País”.

O Conselho, recém-criado, instala-se no dia 2 de junho de 1822 e, logo no dia 3, reivindica, em termos objetivos, a convocação de uma Assembléia Constituinte especial para o Brasil, como se observa do documento abaixo transcrito (1):

“a salvação pública, a integridade da Nação, o decoro do Brasil e a glória de V. A. Real instam, urgem e imperiosamente comandam que V. A. Real faça convocar com a maior brevidade possível uma Assembléia Geral de Representantes das Províncias do Brasil”. (...)

“O Brasil tem direitos inalienáveis para estabelecer o seu governo e a independência; direitos tais, que o mesmo Congresso lusitano reconheceu e jurou. As leis, as Constituições, todas as instituições humanas são feitas para os povos, não os povos para elas. É deste princípio indubitável, que devemos partir: as leis formadas na Europa podem fazer a felicidade da Europa, mas não a da América. O sistema europeu não pode, pela eterna razão das coisas, ser o sistema americano; e sempre que o tentarem será um Estado de coação, e de violência, que necessariamente produzirá uma reação terrível. O Brasil não quer atentar contra os direitos de Portugal, mas desadora que Portugal atente contra os seus. O Brasil quer ter o mesmo Rei, mas não quer Senhores nos Deputados do Congresso de Lisboa. O Brasil quer a sua independência, mas firmada sobre a união bem entendida com Portugal, quer enfim apresentar duas grandes famílias, regidas pelas suas leis, presas pelos seus interesses, obediente ao mesmo chefe.”

Em face de tais alegações, convoca D. Pedro uma Assembléia Geral Constituinte e Legislativa, nos termos do Decreto de 3 de junho de 1822:

CONVOCAÇÃO DA ASSEMBLÉIA GERAL CONSTITUINTE E LEGISLATIVA

Decreto de 3 de junho de 1822

“Havendo-Me representado os Procuradores Gerais de algumas Províncias do Brasil já reunidos nesta Corte, e diferentes

(1) Relevante lembrar que a prioridade da idéia de convocação da Assembléia cabe ao então juiz de fora da Corte, José Clemente Pereira (v. *Anais do Parlamento Brasileiro*. Câmara dos Deputados — Sessão de 8 de junho de 1841. Rio de Janeiro, 1883, t. 1, 444).

Câmaras, e povo de outras, o quanto era necessário, e urgente para a manutenção da integridade da Monarquia portuguesa e justo decoro do Brasil, a convocação de uma Assembléia luso-brasiliense, que investida naquela porção de soberania, que essencialmente reside no povo deste grande e riquíssimo continente, constitua as bases sobre que se devam erigir a sua Independência, que a natureza marcara e de que já estava de posse, e a sua união com todas as outras partes integrantes da grande família portuguesa, que cordialmente deseja; e

Reconhecendo Eu a verdade e a força das razões, que Me foram ponderadas, nem vendo outro modo de assegurar a felicidade deste reino, manter uma justa igualdade de direitos entre ele, e o de Portugal, sem perturbar a paz que tanto convém a ambos, e tão própria é de povos irmãos.

Hei por bem, e com o parecer do Meu Conselho d'Estado, mandar convocar uma Assembléia Geral Constituinte e Legislativa, composta de Deputados das Províncias do Brasil novamente eleitos na forma das instruções, que em Conselho se acordarem, e que serão publicadas com a maior brevidade.

José Bonifácio de Andrada e Silva, do Meu Conselho d'Estado, e do Conselho de Sua Majestade Fidelíssima El Rei o Senhor D. João Sexto, e Meu Ministro e Secretário d'Estado dos Negócios do Reino do Brasil e Estrangeiros, o tenha assim entendido, e o faça executar com os despachos necessários.

Paço, 3 de junho de 1822.

Com a Rubrica de S.A.R. o Príncipe Regente.

José Bonifácio de Andrada e Silva."

A convocação da Assembléia Constituinte, diz CLÁUDIO PACHECO, "em frontal contraste com todos os planos e objetivos das Cortes de Lisboa, era substancialmente o verdadeiro ato de independência, depois do qual a proclamação de 7 de setembro seria apenas o ato formal e simbólico" (2). "Depois do Fico" — escreve OCTÁVIO TARQUÍNIO — "nada acontecia tão grave" e importante como a convocação da Constituinte, nada mais expressivo da independência e soberania de um povo" (3).

(2) CLÁUDIO PACHECO. *Tratado das Constituições Brasileiras*. Freitas Bastos, 1958, v. I, p. 201.

(3) OCTÁVIO TARQUÍNIO citado por ORLANDO BITAR — Missão Constitucional de Pedro I. *Revista de Informação Legislativa*. Subsecretaria de Edições Técnicas, Senado Federal, a. 11, n. 41, jan./mai., 1974, p. 34.

Instruções para as eleições dos Deputados, proclamação da Independência e instalação da Constituinte

As instruções para a eleição dos Deputados que iriam integrar a Constituinte, referidas no Decreto convocatório, são expedidas a 19 de junho de 1822. O número total dos componentes da Assembléia é o de 100 (cem) distribuídos consoante o critério populacional das Províncias. A realização de pleito indireto, com eleitores de *freguesia* e de *paróquia*, também é objeto de regulamentação minuciosa.

Baseavam-se as Instruções, afirma JOSÉ HONÓRIO RODRIGUES, no princípio da população livre e escrava, sem discriminação, tal como veio a ser adotado pelo art. 97 da Constituição do Império, sem afastar, tal como vinha das eleições coloniais, os analfabetos, expulsos do processo político pela Lei Saraiva de 1881" (4). Evoquemo-las:

INSTRUÇÕES (5)

a que se refere o Real Decreto de 3 de junho do corrente ano que manda convocar uma Assembléia Geral Constituinte e Legislativa para o Reino do Brasil.

CAPÍTULO I

Das Eleições

1 — As nomeações dos Deputados para a Assembléia Geral Constituinte do Brasil serão feitas por eleitores de paróquia.

2 — Os eleitores que não de nomear os Deputados serão escolhidos diretamente pelo povo de cada uma das freguesias.

3 — As eleições de freguesias serão presididas pelos Presidentes das Câmaras com assistência dos Párocos.

4 — Havendo na cidade, ou vila, mais de uma freguesia, será a Presidência distribuída pelos atuais Vereadores da sua Câmara, e na falta destes pelos transactos.

5 — Toda a povoação, ou freguesia, que tiver até cem fogos dará um eleitor; não chegando a duzentos, porém, passar de cento e oitenta dará dois; não chegando a trezentos e passar de duzentos e cinquenta, dará três, e assim progressivamente.

(4) JOSÉ HONÓRIO RODRIGUES. *A Assembléia Constituinte de 1823*. Vozes, 1974, p. 26.

(5) Consoante AFONSO ARINOS (*Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. Rio, Forense, 1960, v. II, p. 46), as instruções supra "foram, em parte, colhidas nas disposições a esse respeito contidas na Constituição francesa de 5 frutidor do ano III (22-8-1795). JOSÉ BONIFÁCIO escreveu que essa Constituição era a *mais livre de todas*".

6 — Os párocos farão afixar, nas portas das suas igrejas editais, por onde conste o número de seus fogos, e ficam responsáveis pela exatidão.

7 — Tem direito a votar nas eleições paroquiais todo cidadão casado e todo aquele que tiver de vinte anos para cima, sendo solteiro e não for filho famílias. Devem, porém, todos os votantes ter pelo menos um ano de residência na freguesia onde derem o seu voto.

8 — São excluídos do voto todos aqueles que receberem salários, ou soldadas por qualquer modo que seja. Não são compreendidos nesta regra unicamente os guarda-livros, e primeiros caixeiros de casas de comércio, os criados da Casa Real, que não forem de galão branco, e os administradores de fazendas rurais e fábricas.

9 — São igualmente excluídos de voto os religiosos regulares, os estrangeiros não naturalizados, e os criminosos.

10 — Proceder-se-á às eleições de freguesias, no primeiro domingo depois que a elas chegarem os Presidentes nomeados para assistirem a este ato.

CAPITULO II

Do Modo de Proceder às Eleições dos Eleitores

1 — No dia apazado para as eleições paroquiais, reunido na freguesia o respectivo povo, celebrará o pároco missa solene do Espírito Santo, e fará, ou outro por ele, um discurso análogo ao objeto e circunstâncias.

2 — Terminada esta cerimônia religiosa, o Presidente, o pároco e o povo se dirigirão às casas do conselho, ou às que melhor convier, e tomando os ditos Presidentes e pároco assento à cabeceira de uma mesa, fará o primeiro em voz alta e inteligível a leitura do Capítulo I e II destas Instruções. Depois proporá dentre os circunstantes os secretários e escrutinadores, que serão aprovados, ou rejeitados por aclamações do povo.

3 — Na freguesia que tiver até quatrocentos fogos inclusive, haverá um secretário e dois escrutinadores; e nas que tiverem daí para cima dois secretários e três escrutinadores. O Presidente, o pároco, os secretários e os escrutinadores formam a Mesa, ou Junta Paroquial.

4 — Lavrada a ata desta nomeação, perguntará o Presidente se algum dos circunstantes sabe e tem que denunciar suborno, ou conluio para que a eleição recaia sobre pessoa, ou

pessoas determinadas. Verificando-se por exame público e verbal a existência do fato argüido, (se houver argüição) perderá o incurso o direito ativo e passivo de voto. A mesma pena sofrerá o caluniador. Qualquer dúvida que se suscite será decidida pela Mesa em ato sucessivo.

5 — Não havendo, porém, acusação, começará o recebimento das listas. Estas deverão conter tantos nomes, quantos são os eleitores, que tem de dar aquela freqüência: serão assinados pelos votantes e reconhecida a identidade do pároco. Os que não souberem escrever, chegar-se-ão à Mesa, e para evitar fraudes, dirão ao secretário os nomes daqueles em quem votam: este formará a lista competente, que depois de lida será assinada pelo votante com uma cruz, declarando o secretário ser aquele o sinal de que usa tal indivíduo.

6 — Não pode ser eleitor quem não tiver (além das qualidades requeridas para votar) domicílio certo na Província, há quatro anos inclusive pelo menos. Além disso, deverá ter 25 anos de idade, ser homem probo e honrado, de bom entendimento sem nenhuma sombra de suspeita e inimizade à causa do Brasil e de decente subsistência por emprego, ou indústria, ou bens.

7 — Nenhum cidadão poderá escusar-se da nomeação; nem entrar com armas nos lugares das eleições.

CAPÍTULO III

Do Modo de Apurar os Votos

1 — Recolhidas, contadas e verificadas todas as listas, a Mesa apurará os votos aplicando o maior cuidado e exação neste trabalho, distribuindo o Presidente as letras pelos secretários e escrutinadores, e ele mesmo lendo os nomes contidos nas mencionadas listas.

2 — Terminada a apuração destas, proceder-se-á à conta dos votos, e o secretário formará uma relação de todos os sujeitos que os obtiverem, pondo o número em frente do nome. Então o Presidente e a Mesa, verificando se os que alcançaram a pluralidade possuem os requisitos exigidos e demarcados no § 6º do Capítulo II, os publicará em alta voz. No caso de empate, decidirá a sorte.

3 — O ato destas eleições é sucessivo: as dúvidas que ocorrerem, serão decididas pela Mesa, e a decisão será terminante.

4 — Publicados os eleitores, o secretário lhes fará imediatamente aviso para que concorram à Casa onde se fizeram

as eleições. Entretanto lavrará o termo delas em o livro competente, o qual será por ele subscrito e assinado pelo Presidente, pároco e escrutinadores. Deste se extrairão as cópias necessárias igualmente assinadas para se dar uma a cada eleitor, que lhe servirá de diploma, remeter-se-á uma à Secretaria de Estado dos Negócios do Brasil e uma ao Presidente da Câmara das Cabeças de Distrito.

5 — As Câmaras das Vilas requererão aos Comandantes Militares os soldados necessários para fazer guardar a ordem e tranqüillidade, e executar as comissões que ocorrerem.

6 — Reunidos os eleitores, os cidadãos que formaram a Mesa, levando-os entre si e acompanhados do povo, se dirigirão à Igreja Matriz, onde se cantará um *Te Deum* Solene. Fará o pároco todas as despesas de altar, e as Câmaras todas as outras; bem como proverão de papel e livros todas as Juntas Paroquiais.

7 — Todas as listas dos votos dos cidadãos serão fechadas e seladas e remetidas com o Livro das Atas ao Presidente da Câmara da Comarca para serem guardadas no arquivo dela, pondo-se-lhes rótulos por fora, em que se declare o número das listas, o ano e a freguesia acompanhado tudo de um officio do secretário da Junta Paroquial.

8 — Os eleitores dentro de 15 dias depois da sua nomeação achar-se-ão no Distrito que lhes for marcado. Ficarão suspensos pelo espaço de 30 dias contados da sua nomeação todos os processos civis, em que elles forem autores ou réus.

9 — Todas estas ações serão praticadas a portas abertas e francas.

10 — Para facilitar as reuniões dos eleitores, ficam sendo (só para este efeito) Cabeças de Distrito os seguintes:

Na Província Cisplatina

Montevidén

Maldonado

Colônia

Na Província do Rio Grande do Sul

Vila de Porto Alegre

Vila do Rio Grande

Vila do Rio Pardo

Vila de S. Luís

Na Província de Santa Catarina

Vila do Desterro

Vila de S. Francisco

Vila da Laguna

Na Província de S. Paulo

A Cidade de S. Paulo

Vila de Santos

Vila de Itu

Vila de Curitiba

Vila de Paranaguá
Vila de Taubaté

Na Província de Mato Grosso

Vila Bela
Vila de Cuiabá
Vila do Paraguai Diamantino

Na Província de Goiás

Cidade de Goiás
Julgado de Santa Cruz
Julgado de Cavalcanti

Na Província de Minas Gerais

Vila de S. João del-Rei
Vila de Princesa da Campanha
Vila de S. Bento de Tamaritópolis
Vila Rica
Cidade de Mariana
Vila de Pitangui
Vila do Príncipe
Vila de N. S. do Bom Sucesso
Vila do Paracatu

Na Província do Rio de Janeiro

A Capital
Vila de S. João Marcos
Vila de S. Antônio de Sá
Macaé

Na Província do Espírito Santo

Vila da Vitória
Vila de S. Salvador

Na Província da Bahia

Vila de Porto Seguro
Vila de São Mateus

Vila de S. Jorge
Vila do Rio das Contas
Cidade de S. Salvador
Vila de S. Amaro
Vila do Itapicuru
Vila da Cachoeira
Vila da Jacobina
Vila de Sergipe
Vila Nova de S. Antônio

Na Província das Alagoas

Vila de Porto Calvo
Vila das Alagoas
Vila do Penedo

Na Província de Pernambuco

Olinda Cidades
Recife
Garanhuns
Vila das Flores
Vila da Barra
Carunhanha
Campo Largo
Cabrobó

Na Província da Paraíba

Cidade da Paraíba
Vila Real
Vila da Rainha da Campirã
Grande

Na Província do R. G. Norte

Cidade do Natal
Vila Nova da Princesa

Na Província do Ceará

Vila do Aracati
Vila do Sobral
Vila do Icó

Na Província do Piauí

Vila da Parnaíba
Cidade de Oeiras

<i>Na Província do Maranhão</i>	Vila Vistosa
	Santarém
Cidade de S. Luís	Barcelos
Vila de Itapicuru-Mirim	Marajó
Vila de Caxias	Vila Nova da Rainha
	Vila do Crato
<i>Na Província do Pará</i>	Olivença
Cidade de Belém	Cametá

11 — Os eleitores das freguesias das vilas e lugares intermédios concorrerão àquele distrito que mais cômodo lhes for dos apontados.

CAPÍTULO IV

Dos Deputados

1 — Os Deputados para a Assembléa Geral Constituinte e Legislativa do Reino do Brasil não podem ser por ora menos de cem. E porque a necessidade da mais breve instalação da Assembléa obste a que se espere por novos e mais bem formados censos, não devendo merecer atenção por inexatos todos os que existem, este número cem será provisoriamente distribuído pelas Províncias na seguinte proporção:

Província Cisplatina 2	Bahia 13
Rio Grande do Sul 3	Alagoas 5
Santa Catarina 1	Pernambuco 15
São Paulo 9	Paraíba 5
Mato Grosso 1	Rio Grande do Norte . . 1
Goiás 2	Ceará 8
Minas Gerais 20	Piauí 1
Rio de Janeiro 8	Maranhão 4
Capitania 1	Pará 3

Na enumeração faltam o Rio Negro (ao depois o Amazonas), Sergipe e o Espírito Santo. O segundo não mandou representação e o Espírito Santo teve um representante. Onde está escrito Capitania, deve ser exactamente o Espírito Santo.

2 — Para ser nomeado Deputado cumpra que tenha, além das qualidades exigidas para eleitor no § 6º, Capítulo II, as seguintes: que seja natural do Brasil, ou de outra qualquer parte da Monarquia Portuguesa, contanto que tenha doze anos de residência no Brasil e sendo estrangeiro, que tenha doze anos de estabelecimento com família além dos da sua natu-

realização; que reúna à maior instrução reconhecidas virtudes, verdadeiro patriotismo e decidido zelo pela causa do Brasil.

3 — Poderão ser reeleitos os Deputados do Brasil, ora residentes nas Cortes de Lisboa, ou os que ainda para ali não partiram.

4 — Os Deputados receberão pelo Tesouro Público da sua Província seis mil cruzados anuais, pagos a mesadas no princípio de cada mês; e no caso de que haja alguma Província, que não possa de presente com essa despesa, será ela paga pelo Cofre Geral do Tesouro do Brasil, ficando debitada à Província auxiliada para pagá-la quando, melhoradas as suas rendas, o puder fazer.

5 — Os Governos Provisionais proverão aos transportes dos Deputados das suas respectivas Províncias; bem como ao pontual pagamento de suas mesadas.

6 — Ficarão suspensos todos e quaisquer outros vencimentos que tiverem os Deputados percebidos pelo Tesouro Público provenientes de empregos, pensões etc.

7 — Os Deputados pelo simples ato da eleição ficam investidos de toda a plenitude de poderes necessários para as augustas funções da Assembléia; bastando para autorização a cópia da ata das suas eleições.

8 — Se acontecer que um cidadão seja a um mesmo tempo eleito Deputado por duas ou mais Províncias, preferirá a nomeação daquele onde tiver estabelecimento e domicílio. A Província privada procederá à nova escolha.

9 — As Câmaras das Províncias darão aos respectivos Deputados instruções sobre as necessidades e melhoramentos das suas Províncias.

10 — Nenhum cidadão poderá escusar-se de aceitar a nomeação.

11 — Quando estiverem reunidos cinqüenta e um Deputados, instalar-se-á a Assembléia. Os outros tomarão nela assento à proporção que forem chegando.

CAPÍTULO V

Das Eleições dos Deputados

1 — Os eleitores das freguesias, tendo consigo os seus diplomas, se apresentarão à autoridade civil mais graduada do Distrito (que há de servir-lhes de Presidente até a nomeação do que se ordena no § 4º deste Capítulo) para que este faça

inscrever seus nomes e freguesias a que pertencem, no livro que há de servir para as atas da próxima eleição dos Deputados; marque-lhes o dia e o local da reunião, e faça intimar à Câmara a execução dos preparativos necessários.

2 — No dia aprazado, reunidos os eleitores presididos pela dita autoridade, depois de fazer-se a leitura dos Capítulos IV e V, nomearão por aclamação um secretário e dois escrutinadores, para examinarem os diplomas dos eleitores e acusarem as faltas que lhe acharem, e assim mais uma comissão de dois dentre eles para examinarem as dos diplomas do secretário e escrutinadores, os quais todos darão conta no dia seguinte das suas informações.

3 — Logo depois começarão a fazer por escrutínio secreto e por cédulas a nomeação do Presidente escolhido dentre os eleitores; e apurados os votos pelo secretário e escrutinadores, será publicado o que reunir a pluralidade, do que se fará ata, ou termo formal com as devidas explicações. Tomando o novo Presidente posse, o que será em ato sucessivo, retirar-se-á o Colégio Eleitoral.

4 — No dia seguinte, reunido e presidido o Colégio Eleitoral, darão as comissões conta do que acharem nos diplomas. Havendo dúvidas sobre eles (ou qualquer outro objeto), serão decididas pelo Presidente, secretário, escrutinadores e eleitores; e a decisão é terminante. Achando-se, porém, legais, dirigir-se-á todo o Colégio à igreja principal, onde se celebrará (pela maior dignidade eclesiástica) missa solene do Espírito Santo, e o orador mais acreditado (que não se poderá escusar) fará um discurso análogo às circunstâncias, sendo as despesas como no art. 6º, do Capítulo III.

5 — Terminada a cerimônia, tornarão ao lugar do ajuntamento e, repetindo-se a leitura dos Capítulos IV e V e feita a pergunta do § 4º, Capítulo II, procederão à eleição dos Deputados, sendo ela feita por cédulas individuais, assinadas pelo votante, e tantas vezes repetidas, quantos forem os Deputados que deve dar a Província; publicando o Presidente o nome daquele que obtiver a pluralidade e formando o secretário a necessária relação em que lançará o nome do eleito e os votos que teve.

6 — Preenchido o número e verificadas pelo Colégio Eleitoral as qualidades exigidas no § 2º do Capítulo IV, formará o secretário o termo da eleição e circunstâncias que a acompanharam; dele se extrairão duas cópias, uma das quais será remetida à Secretaria de Estado dos Negócios do Brasil,

e outra, fechada e selada, à Câmara da Capital, levando inclusa a relação dos Deputados que saíram eleitos naquele distrito com o número dos votos que teve, em frente do seu nome. Este termo e relação será assinado por todo o Colégio, que desde logo fica dissolvido.

7 — Recebidas pela Câmara da Capital da Província todas as remessas dos diferentes Distritos, marcará por editais o dia e hora em que procederá à apuração das diferentes nomeações; e nesse dia, em presença dos eleitores da Capital, dos homens bons e do povo, abrirá as cartas, fazendo reconhecer pelos circunstantes que elas estavam intactas, e apurando as relações pelo método já ordenado, publicará o seu Presidente, aqueles que maior número de votos reunirem. A sorte decidirá os empates.

8 — Depois de publicadas as eleições, formados e exarados os necessários termos e atas assinadas pela Câmara e eleitores da Capital, se dará uma cópia a cada um dos Deputados e remeter-se-á outra à Secretaria de Estado dos Negócios do Brasil.

9 — O livro das atas e as relações e officios recebidos dos diferentes Distritos serão emaçados conjuntamente, sobrepondo-se-lhes o rótulo — Atas das Eleições dos Deputados para a Assembléa Geral Constituinte e Legislativa do Reino do Brasil no ano de 1822; e se guardará no arquivo da Câmara.

10 — A Câmara, os Deputados, eleitores e circunstantes dirigir-se-ão à igreja principal onde se cantará Solene *Te Deum* a expensas da mesma Câmara.

Paço, 19 de junho de 1822. — *José Bonifácio de Andrada e Silva.*

Coleção das Leis Brasileiras desde a Chegada da Corte até a Época da Independência. 1817 a 1822. V. 3º Ouro Preto, 1837, pp. 496-506.

Considerem-se, ainda, no ano de 1822, a proclamação da Independência, em 7 de setembro, como consequência fática dos ideais jurídicos do constitucionalismo, e o ato solene da aclamação de D. Pedro como Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil, em 12 de outubro.

A 3 de maio de 1823, instala-se a primeira constituinte brasileira.

“O Imperador diria a Fala Inaugural em 3 de maio, data brasileira por excelência: sendo o da invocação da Santa Cruz, fôra desde o principio considerado o dia do Descobrimento”, explica PEDRO CALMON (6).

(6) PEDRO CALMON. Introdução ao *Diário da Assembléa Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil — 1823*. Brasília, Senado Federal, 1973.

Antes, porém, da data marcada, realiza a Assembléa 5 (cinco) sessões preparatórias, iniciando-se a primeira em 17 de abril, dia em que está presente no Rio de Janeiro a maioria dos Deputados recém-eleitos, conforme prevê o Decreto, abaixo transcrito:

DECRETO — DE 14 DE ABRIL DE 1823

Designa o dia 17 do corrente mês para a reunião dos Deputados da Assembléa Geral Constituinte e Legislativa.

Achando-se reunido nesta Corte o número de Deputados estabelecido no § 11 do Cap. IV das Instruções de 19 de junho do ano próximo passado, a que se refere o meu imperial Decreto de 3 do dito mês, pelo qual houve por bem convocar uma Assembléa Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil; e

Convindo à felicidade geral do mesmo Império e dos meus fiéis súditos que não se retarde um só dia a instalação da referida Assembléa, a fim de se preencherem seus fins augustos:

Hei por bem designar o dia 17 do corrente mês, pelas 9 horas da manhã, para a primeira reunião dos mesmos Deputados, no salão que se acha pronto para as suas sessões, onde, começando pela nomeação do Presidente, formarão a Junta preparatória para verificação de poderes, e organizarão o regulamento interno da Assembléa, dando-me depois parte, por uma solene deputação, do dia que for assinado para a abertura dos seus trabalhos, a cujo ato é minha imperial vontade assistir pessoalmente.

José Bonifácio de Andrada e Silva, do Meu Conselho de Estado, Ministro e Secretário de Estado dos Negócios do Império e Estrangeiros, e Meu Mordomo-Mor, o tenha assim entendido, e faça as necessárias participações.

Paço, em 14 de abril de 1823, 2º da Independência e do Império.

Com a rubrica de Sua Majestade Imperial.

José Bonifácio de Andrada e Silva.

As outras sessões são realizadas nos dias 18 e 30 de abril e 1º e 2 de maio, presentes 52 Deputados, da Corte, de São Paulo e Minas, do Ceará, de Pernambuco, das Alagoas, do Espírito Santo, de Santa Catarina, do Rio Grande do Sul, e de Mato Grosso. Em obediência, ainda, às normas do Decreto retrotranscrito, os trabalhos das sessões preparatórias se cingem à eleição da Mesa interina; à nomeação de Comissão para verificação da liquidez dos diplomas dos parlamentares, à elabo-

ração da fórmula do juramento a ser prestado pelos Srs. Deputados e à feitura do Regimento da Casa, sendo interessante observar a prescrição constante do art. 27 da lei interna: o Imperador “entrará na sala da Assembléa descoberto”, isto é, sem a coroa, para a sessão de abertura.

Em 1º de maio o Bispo D. José Caetano reza a missa do Espírito Santo, procedendo-se, depois, ao ritual do juramento sobre os Evangelhos, como nos dá conta o *Diário da Assembléa Geral Constituinte e Legislativa*:

“O Sr. Presidente: Creio que são horas de irmos à Capela, para se ouvir Missa e prestar o juramento.

Conveio a Assembléa, e dali se dirigiu em corpo à Capela Imperial, onde assistiu à Missa solene do Espírito Santo que oficiou o Sr. Bispo Capelão-Mor, o qual logo depois prestou o juramento de Deputado nas mãos do Decano do Cabi-do, pronunciando de joelhos e em voz alta o mesmo juramento pela fórmula aprovada. Igualmente juraram perante o Sr. Bispo, Presidente da Assembléa, o Sr. Secretário e mais Deputados, pondo cada um por sua vez a mão sobre os Santos Evangelhos, e dizendo: “Assim o juro”.

Concluído este Ato, voltaram os Srs. Deputados à Sala da Assembléa.”

Leia-se o juramento prestado:

“Juro cumprir fiel e lealmente as obrigações de Deputado na Assembléa Geral Constituinte e Legislativa Brasileira, convocada para fazer a Constituição Política do Império do Brasil, e as reformas indispensáveis e urgentes, mantida a Religião Católica Apostólica Romana, a integridade e independência do Império, sem admitir com alguma Nação qualquer outro laço de união ou federação, que se oponha à dita independência, mantido outrossim o Império Constitucional, e a Dinastia do Senhor Dom Pedro nosso Primeiro Imperador e sua descendência” (7).

(7) A presente fórmula — proposta pelo Sr. Andrada Machado — é aprovada pela Assembléa com aditamento do Sr. Ribeiro de Andrada: “Sr. Ribeiro de Andrada — Em lugar de dizer somente Independência do Império, eu diria integridade e independência do Império.” É aprovado esse aditamento e como ele a fórmula inteira (*Diário da Assembléa Geral Constituinte e Legislativa* — Sessão de 18 de abril). Também consta do *Diário* da mesma sessão a fórmula abaixo transcrita, a qual, entretanto, parece não ter sido discutida: “Eu, F., Deputado à Assembléa Extraordinária Constituinte Legislativa do Império do Brasil, juro aos Santos Evangelhos exercer as augustas funções de que sou encarregado pelo voto da Nação, com toda a franqueza e boa fé que ela de mim exige, sem respeitar outro fim que não seja o bem público e geral da mesma Nação, mantendo em todas as minhas deliberações a Religião Católica Romana, a integridade e independência do Império, o Trono do Senhor Dom Pedro Primeiro Imperador, e a sucessão da sua Dinastia, segundo a ordem que a Constituição estabelecer.”

A festa é encerrada com *Te Deum Laudamus*.

"No dia seguinte, a Comissão da Assembléa, em três coches, da Casa Imperial, foi à Quinta da Boa Vista pedir ao monarca que determinasse a hora em que compareceria a 3 de maio "para abrir seus augustos trabalhos e celebrar a primeira Sessão Imperial." "O Imperador respondeu que com inteiro prazer iria abrir os trabalhos da Assembléa das onze para o meio-dia. E que não tinha termos que exprimissem a satisfação com que recebia esta primeira deputação da Assembléa" (8).

AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, FRANCISCO IGNÁCIO MARCONDES HOMEM DE MELLO e PEDRO CALMON aludem ao grau de cultura dos integrantes da Assembléa.

AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO (9):

"Era ela composta das notabilidades intelectuais da terra, muitos formados em Coimbra e em outras escolas do estrangeiro, outros que haviam aperfeiçoado mesmo no Brasil as luzes dos seus espíritos.

Entre os constituintes havia 23 bacharéis em direito, 7 doutores em direito canônico, 3 médicos, 19 padres (entre os quais um bispo), 3 marechais de campo e dois brigadeiros. Tal como as assembléas congêneres, dos Estados Unidos, da França, da Espanha e de Portugal, eram os espíritos esclarecidos das classes dominantes, não havendo, entretanto, representantes das classes trabalhadoras."

FRANCISCO IGNÁCIO MARCONDES HOMEM DE MELLO (10):

"Inteligências vigorosas, homens de estudos feitos, alguns versados na administração, apareceram então; entre estes podemos com segurança citar os três irmãos Andrada, os doutores José da Silva Lisboa, Luiz José de Carvalho e Mello, José Joaquim Carneiro de Campos, Antônio Luiz Pereira da Cunha, Antônio Carlos, sobretudo, mostrou-se na Constituinte um parlamentar consumado, e foi decididamente o primeiro vulto da Assembléa.

Ao lado destes, alguns Deputados mais jovens faziam-se notar por seu talento nas discussões, por sua dedicação aos

(8) PEDRO CALMON. *Introdução do Diário da Assembléa Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil*, Senado Federal, cit.

(9) AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO. *O Constitucionalismo de D. Pedro I no Brasil e em Portugal*. Capítulo IV. Ministério da Justiça, Arquivo Nacional, 1973.

(10) FRANCISCO IGNÁCIO MARCONDES HOMEM DE MELLO. *A Constituinte de 1823*. Senado Federal, 1973, p. 86.

novos princípios e mesmo pelo ardor de uma causa santa: entre estes Montesuma, Vergueiro, Alencar, Araújo Lima, Carneiro da Cunha, Rodrigues de Carvalho, Muniz Tavares e outros.”

PEDRO CALMON:

“Os constituintes eram a elite mental, econômica e política do País” (11).

SESSÃO INAUGURAL DA ASSEMBLÉIA

“Assomou finalmente o dia suspirado, objeto dos desejos e dos votos dos brasileiros, confusão e desespero de seus inimigos”, escreve o jornal *O Espelho*, de 6 de maio de 1823.

No ato formal de instalação da Assembléia de “fins augustos”, destinada a elaborar a Constituição para um País, ainda ontem amarrado ao jugo português, se contém os sentimentos libertários de um povo e as aspirações na construção de uma ordem jurídica que promova o bem-estar da comunidade e o desenvolvimento da Pátria.

Justifica-se, portanto, o júbilo a 3 de maio, “dia memorável nos fastos da História brasileira”, na expressão de José Bonifácio.

Imperador, Constituintes e povo se uniam, no primeiro “ato da soberania nacional”, em comunhão com a mesma esperança “de segurança do futuro”, como demonstram A Fala do Trono de D. Pedro e o discurso do Presidente da Assembléia, o bispo do Rio de Janeiro, D. José Caetano da Silva Coutinho.

Discurso do Imperador:

“Dignos Representantes da Nação brasileira.

É hoje o dia maior, que o Brasil tem tido; dia, em que ele, pela primeira vez, começa a mostrar ao mundo que é Império, e Império livre. Quão grande é Meu prazer, vendo juntos Representantes de quase todas as Províncias fazerem conhecer umas às outras seus interesses, e sobre eles basearem uma justa e liberal Constituição, que as reja! Deveríamos já ter gozado de uma Representação nacional: mas a Nação não conhecendo há mais tempo seus verdadeiros interesses, ou conhecendo-os, e não os podendo patentear, vista a força, e predomínio do Partido português, que sabendo mui bem a que ponto de fraqueza, pequenez e pobreza Portugal já estava reduzido, e ao maior grau a que podia chegar de decadência, nunca quis consentir (sem embargo de proclamar li-

(11) Ob. cit.

berdade, temendo a separação) que os povos do Brasil gozassem de uma Representação igual àquela que eles então tinham. Enganaram-se nos seus planos conquistadores, e desse engano nos provém toda a nossa fortuna.” (...)

“Como Imperador Constitucional, e como Defensor Perpétuo deste Império, disse ao povo no dia 1º de dezembro do ano próximo passado, em que fui coroado e sagrado, que com a minha espada defenderia a Pátria, a Nação e a Constituição, se fosse digna do Brasil, e de Mim. Ratifico hoje mui solenemente perante vós esta promessa, e espero que Me ajudeis a desempenhá-la, fazendo uma Constituição sábia, justa, adequada, e executável, ditada pela razão, e não pelo capricho, que tenha em vista somente a felicidade geral, que nunca pode ser grande, sem que esta Constituição tenha bases sólidas, bases, que a sabedoria dos séculos tenha mostrado, que são as verdadeiras para darem uma justa liberdade aos povos, e toda a força necessária ao Poder Executivo. Uma Constituição, em que os três Poderes sejam bem divididos, de forma que não possam arrogar direitos, que lhes não compitam; mas que sejam de tal modo organizados, e harmonizados, que se lhes torne impossível, ainda pelo decurso do tempo, fazerem-se inimigos, e cada vez mais concorram de mãos dadas para a felicidade geral do Estado. Afinal uma Constituição, que pondo barreiras inacessíveis ao despotismo, quer real, quer aristocrático, quer democrático, afugente a anarquia, e plante a árvore daquela liberdade, a cuja sombra deva crescer a união, tranqüilidade, e independência deste Império, que será o assombro do mundo novo, e velho.” (...)

“Espero que a Constituição, que façais, mereça a Minha Imperial Aceitação, seja tão sábia, e tão justa, quanto apropriada à localidade, e civilização do povo brasileiro; igualmente, que haja de ser louvada por todas as Nações; que até os nossos inimigos venham a imitar a santidade, e sabedoria de seus princípios, e que por fim a executem.

Uma Assembléia tão ilustrada, e tão patriótica, olhará só a fazer prosperar o Império, e cobri-lo de felicidades; quererá que Seu Imperador seja respeitado, não só pela sua, mas pelas mais Nações; e que Seu Defensor Perpétuo cumpra exatamente a promessa feita no 1º de dezembro do ano passado, e ratificada hoje solenissimamente perante a Nação legalmente representada.

Imperador Constitucional, e Defensor Perpétuo do Brasil.”

Discurso do Presidente da Assembléia:

“(. . .) Em verdade, Senhor, o presente espetáculo chega ao mais alto grau de admiração e de importância, quando é considerado como imagem simbólica, mas enérgica, da verdadeira grandeza e das prosperidades reais, que dele devem resultar ao Brasil. O Brasil civilizado já não podia perfeitamente constituir-se e organizar-se, se não adotando as formas, estabelecendo as garantias, e criando as instituições políticas, que têm feito a felicidade e a opulência dos povos mais ilustrados do mundo.

A distinção dos poderes políticos é a primeira base de todo o edifício constitucional; estes poderes se acham já distintamente no recinto augusto desta sala; a sabedoria coletiva da Nação; a autoridade constituinte e legislativa; o Chefe do Poder Executivo. Mas é este mesmo recinto apertado e estreito que eu considero como a imagem mais viva e enérgica daquele laço apertado, e indissolúvel, que deve ligar todos os membros do corpo político, daquela doce harmonia, que deve dirigir para um só fim todos os supremos poderes aliás distintos, e independentes nos limites da sua esfera. Esta doce harmonia dos poderes é o objeto mais caro e precioso dos mais puros votos do nosso coração, e de todos os cidadãos amantes da Pátria e amigos da humanidade. Esta doce harmonia dos poderes não pode ser somente a obra dos talentos e das luzes, que hoje se têm difundido por toda a parte, ela se espera principalmente, e com todo o fundamento se espera das altas virtudes liberais, que residem no generoso coração de Vossa Majestade, e igualmente se espera das virtudes patrióticas, que estão animando a todos os Ilustres Srs. Representantes do povo brasileiro. Os talentos e as luzes da Assembléia hão de levantar certamente com toda a perfeição e sabedoria a complicada máquina do Estado, mas o que nos afiança a regularidade, a constância e a perpetuidade dos seus movimentos são as virtudes, as paixões bem reguladas pela razão, os bons costumes e maneiras, os sinceros sentimentos religiosos das autoridades públicas e dos indivíduos particulares. Não, Senhor, as santas virtudes, sublimes filhas do Céu, não hão de abandonar-nos, enquanto nós não abandonarmos a religião de nossos pais, que havemos jurado. Oxalá que as santas virtudes inocentes façam o seu assento eterno no Império do Brasil! E então a mais remota posteridade, abençoando este dia e recordando com respeito e prazer saudoso a instalação da primeira Assembléia Constituinte e Legislativa, verá repetir muitas vezes este mesmo ato majestoso, em que o Monarca vem ao seio da Representação Nacional a congratularem-se e a felicitarem-se mutua-

mente pelos duplicados motivos de felicidade do povo e da glória do Trono.”

TRABALHOS DA CONSTITUINTE

Promulgação e sanção das leis

Instalada a Assembléia, ocupam-se os Deputados, a par da elaboração da Constituição, ao exame de vários projetos de lei considerados urgentes, entendendo o corpo legislativo que tais projetos não estão sujeitos à sanção (ou veto) do Imperador. Isto porque vinga a tese no sentido de que, não somente as leis constitucionais, mas também as leis ordinárias feitas pela Constituinte, que, nos termos do Decreto convocatório é igualmente *legislativa*, independem da sanção imperial.

Exaltando a importância da origem legislativa da Assembléia, refere-se Pereira da Cunha, na sessão de 7 de maio (12), ao “alto exercício de legislar”, cometido aos Deputados, esclarecendo Antônio Carlos, na oportunidade: “o que nos pertence é a legislação, e nesta Legislatura somente a nós pertence”. Aliás, o próprio juramento da instalação, como lembra Martim Francisco, grava a relevância da missão conferida, quando diz: “Juro cumprir fiel e lealmente as obrigações de Deputado na Assembléia Geral Constituinte e Legislativa Brasiliense, convocada para fazer a Constituição Política do Império do Brasil, e as *reformas indispensáveis e urgentes*...”

Ao elaborar as leis ordinárias — que caracterizam as reformas a serem executadas —, estendem os Deputados as prerrogativas especiais da Assembléia na qualidade de Constituinte, como se observa da decisão adotada na apreciação do projeto de lei sobre “a maneira por que serão remetidos a Sua Majestade Imperial os decretos da Assembléia, depois de aprovados” e sobre “qual a fórmula por que serão publicados e mandados executar como leis”:

Indicação (13)

Proponho

1º — Que se determine qual a maneira por que serão remetidos a Sua Majestade Imperial os Decretos da Assembléia, depois de aprovados; e qual a fórmula por que serão publicados e mandados executar como Leis; e para isto:

2º — Que se encarregue à Comissão de Constituição o desempenho destes fins, como melhor lhe parece, ou por meio de um projeto de lei, ou de artigos adicionais ao Regimento Interno.

Paço da Assembléia, 30 de maio de 1823 — Deputado *Francisco de Paula*.

(12) *Diário da Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil* — 1823. Sessão de 7 de maio — vol. I, Senado Federal, 1973, pp. 38 e 39.

Sobre a iniciativa manifesta-se a comissão através do seguinte Projeto (13)

“A Assembléa Geral Constituinte e Legislativa do Brasil decreta:

Art. 1º — De todo o projeto de lei, uma vez reduzido a decreto, e lido na Assembléa, far-se-ão dois autógrafos assinados pelo Presidente, e os dois primeiros Secretários, os quais serão apresentados ao Imperador por uma comissão de sete membros, nomeada pelo Presidente.

Art. 2º — Um dos autógrafos será remetido, depois de assinado pelo Imperador, ao arquivo da Assembléa, e o outro será promulgado na forma do art. 4º

Art. 3º — Os decretos da presente Assembléa serão promulgados, sem preceder sanção.

Art. 4º — A promulgação será concebida nos termos seguintes: “D.F. a todos os nossos fiéis súditos saúde. A Assembléa Geral Constituinte e Legislativa do Brasil tem decretado, e nós queremos e ordenamos o seguinte (a letra do decreto). Mandamos, portanto, a todas as autoridades civis, militares, e eclesiásticas que cumpram, e façam cumprir, o referido decreto em todas as suas partes, e ao Chanceler-Mor do Império que o faça publicar na Chancelaria, passar por ela, e registrar nos livros da mesma Chancelaria, a que tocar, remetendo os exemplares dele a todos os lugares a que se costumam remeter, mandando o original para o Arquivo Público.

Paço da Assembléa, 12 de junho de 1823. — Como Relator. *Araújo Lima.*”

Lida a proposição supra, os Senhores Antônio Luiz Pereira da Cunha e Martim Francisco Ribeiro de Andrada (14) propugnam pela supressão do art. 3º, diante das razões que expõem:

O Sr. Antônio Luiz Pereira da Cunha: — “O projeto de decreto em questão, organizado na Comissão de Constituição (a que eu não fui presente) deve ser tratado com a maior circunspeção por ser este um dos principais artigos que a Constituição deve firmar. Para então é que se devia reservar esta discussão, pois ainda que houvesse de antecipar-se a publicação de algum decreto, todavia seria suficiente o método atualmente estabelecido para seguir-se por agora, até que a Constituição definitivamente deliberasse. A questão, entretanto, seria talvez sobre a formalidade com que se devia remeter ao Poder Executivo as leis aprovadas por esta Assembléa para serem promulgadas, isto é, se deviam ser remetidas oficialmente ao Ministro da Repartição respectiva, ou se por uma deputação de 7 membros dirigida a sua Majestade Imperial, assim pela

(13) *Idem.* Sessão de 12 de junho. Senado Federal, 1973, p. 210.

(14) *Idem.* Sessão de 25 de junho, vol. I, pp. 294 e segs.

importância do negócio, como em respeito e reverência devida à pessoa do Imperador. Em tal caso se parecer conveniente dar a este respeito a direção a que este decreto se propõe, será indispensável ou que se omita a disposição do art. 3º, ou que seja emendada a sua enunciação, porque declarar que as leis feitas nesta Assembléa como Constituinte sejam publicadas sem preceder sanção, como estabelece este artigo, seria o mesmo que dizer que fossem executadas sem alguma confirmação, tomada esta palavra no seu sentido geral; ou que elas não sejam acompanhadas da cominação com que devem ser ameaçados os seus infratores, a que os publicistas chamam, em sentido restrito, sanção penal, que faz uma parte essencial da lei, e sem a qual fica sendo vã sua disposição: por tais motivos me parece que ou se deve omitir este artigo ou ele se deve emendar, para que não sejamos increpados de pouca exatidão e mesmo de erros cometidos na augusta tarefa de legislar que está a nosso cargo.”

O Sr. Martim Francisco Ribeiro de Andrada: — “Este projeto tem por fim dar a fórmula da publicação dos decretos ou leis da Assembléa; mas inseriu-se nele um artigo privativo da Constituição, que é a sanção do Monarca; e por ela se acha em contradição com o art. 4º. No art. 3º diz-se que os decretos da presente Assembléa serão promulgados sem preceder sanção; e no 4º estabelece-se a fórmula. “Nós queremos e ordenamos”. Se o Monarca não tem sanção, como, no promulgar a lei, há de dizer que quer e ordena o que na lei se determina? Estas palavras fazem entender que o Monarca sancionou e, contudo, ele não tem sanção!... Isto poderá talvez servir para iludir o público; mas eu nunca ajudarei tais ilusões. Diz-se mais que esta Assembléa é extraordinária, e que sendo as suas leis anteriores à Constituição, não deve ter nelas ingerência o Monarca, bem que venha depois a tê-la por artigo constitucional. Eu não sou desta opinião; se a Assembléa tem direito de fazer leis anteriores à Constituição, o Monarca tem direito de as sancionar. Já disse nesta Assembléa e torno a repeti-lo, eu não considero livre uma Nação pela simples divisão dos poderes; estou persuadido que a base principal da liberdade é a harmonia, é uma tal ou qual ingerência de um em outro poder, e esta deve conceder-se ao Monarca nas leis anteriores à Constituição assim como o Poder Legislativo a tem nesta mesma época no Poder Executivo, quando este se desliza dos seus deveres. Se ninguém nega este direito à Assembléa para pôr termos às aberrações do Executivo, qual será o motivo de não ter este também autoridade de pôr termo às aberrações da Assembléa?... Não se me diga que é por ser extraordinária... anterior à Constituição; para mim é mais uma razão para lhe conceder esse direito, porque de todas as Assembléas nenhuma há que tenha mais aberrações do que a extraordinária, e é justo que haja quem as reprima. Voto, portanto, que se suprima o art. 3º do projeto.”

Antônio Carlos Ribeiro de Andrada Machado e Silva ⁽¹⁵⁾, orador imediato, discorda dos argumentos expendidos, entendendo que a ma-

téria deve ser abordada em termos de ser ou não a lei, em elaboração, de natureza constitucional.

O Sr. Antônio Carlos Ribeiro de Andrada Machado e Silva — (...) “A necessidade de obedecer à lei também constitui vontade racional e justa; quando a lei decreta que não é preciso a sanção, o Imperador diz — “Quero” — porque a lei manda. A toda vontade precede um motivo; e neste caso o Imperador Quer, e o Imperador Manda, porque ninguém é dispensado de obedecer às leis gerais... Direi mesmo à face do mundo inteiro que seria nova a necessidade da sanção do Monarca para haver Constituição; era o mesmo que dizer que ele dava a Constituição à Nação; mas a Nação disse-nos: ide fazer o Pacto Social; mas reparaí que os poderes já estão divididos, que o Executivo está confiado a um indivíduo que é o Chefe Hereditário; e que a religião há de ser conservada. Ora, se nós matarmos a alguma destas condições, a Nação desaprová a nossa obra; e o Imperador com justiça apelará para o voto geral, quando atacarmos direitos que lhe competem; porém nunca quereí que ele possa dizer-nos — “não aceito a Constituição porque me não agrada; vós não sois mais que uns meros projetistas”. Cumpre, pois, exprimir-nos sempre com toda a clareza; e eu morrerei clamando pelos princípios que me parecem de eterna verdade, ainda que possam desagradar. Agora, a questão que se devia suscitar seria se esta lei pode ou não ser considerada como constitucional na parte da dispensa da sanção; eu direi que a sua doutrina está de tal modo ligada com as matérias constitucionais, que não pode deixar de estar na mesma regra... a respeito da sanção. Quanto à contradição entre os dois artigos, torno a dizer, eu não a descobri; quando o Chefe da Nação diz que quer, é porque ele sempre deve querer o bem da Nação; e então manda como Executor; ordena na parte que lhe compete, respeitando a lei. Julgo, pois, que o projeto deve passar, e conservar-se o art. 3º”

O Sr. Manuel Caetano de Almeida e Albuquerque (15), após conceituar o que entende por *sanção*, associa-se ao pensamento de Antônio Carlos:

O Sr. Manuel Caetano de Almeida e Albuquerque — “(...) Portanto, é visto a todas as luzes que o Chefe da Nação é o guarda nato da felicidade geral; é aquele a quem pertence vigiar sobre todos os outros poderes: a ele pertence, pois, ver se os atos do Poder Legislativo são, ou não, conformes à vontade da Nação: a isto é que se diz sancionar. Mas como é, e quando lhe compete este poder? Incontrastavelmente quando, e pela maneira que a lei fundamental lhe marca: logo antes dessa lei fundamental estar organizada, antes de estar determinado o modo porque a Dignidade Eminente há de exercer as suas funções nas relações marcadas, como as exercerá ele? De nenhum modo. E a quem pertencerá, pois, esse poder? A nenhuma outra autoridade senão aos representantes da Nação, que têm dela recebido todo o poder para formar a Constituição do Estado.

Está, pois, visto que, quando o projeto diz que os decretos da presente Assembléia serão promulgados sem proceder sanção, expressa um princípio incontrastável de direito, entendendo-se, como se deve entender, que fala das leis constitucionais, e orgânicas: e neste sentido aprovo o projeto, e digo que é de toda a necessidade discutir-se quanto antes."

Prosseguem, em pronunciamentos sucessivos, na dissecação do tema da maior relevância, os Senhores José Joaquim Carneiro de Campos e Antônio Carlos Ribeiro de Andrada Machado e Silva (15).

O Sr. Carneiro de Campos: — "Sr. Presidente, a matéria que tratamos é de suma importância, mui digna da nossa particular consideração. De nada menos nos ocupamos do que examinar se, negando ao Imperador a sanção nas leis regulamentares ou administrativas, que decretarmos nesta Assembléia, nós, com efeito, o despojamos de um direito essencial e inseparável do caráter sagrado de Monarca, de que ele se acha revestido. Se, procedendo assim, nós alteramos a forma do Governo decretada pela Nação? Se abusamos dos poderes que ela nos conferia. Se finalmente perjuramos. Eu falarei nesta matéria com a franqueza com que costumo manifestar os meus pensamentos e principiarei a discussão com o conceituoso dito de um dos mais ilustres oradores da Assembléia Constituinte de França: "Nós" — dizia ele — "não somos selvagens, vindos nus das margens do Orenoco para formar uma sociedade". Estas palavras de MIRABEAU, proferidas em uma Assembléia de Sábios, que tratavam de constituir a França, têm grande aplicação ao estado em que nos achávamos, quando para um semelhante fim, nos congregamos neste augusto recinto; já então nós tínhamos ajustado e firmado o nosso Pacto Social, já formávamos uma Nação: só nos restava especificar as condições indispensáveis, para fazer aquele Pacto profícuo, estável e firme. Nós fomos encarregados de declarar e determinar estas condições; achamo-nos revestidos do augusto poder de organizar o Código Constitucional do Império do Brasil. Porém, por mais amplos que sejam os nossos poderes, eles jamais se poderão reputar tão absolutos e ilimitados, que nos autorizem a mudar, alterar, ou transformar o Governo, que a Nação por unânime consentimento tem adotado. Só a Nação possui realmente a soberania, porque só nela reside a reunião de todos os poderes políticos. A soberania é inalienável; a Nação só delega o exercício dos seus poderes soberanos. Ela nos delegou somente o exercício do Poder Legislativo e nos encarregou de formarmos a Constituição de um Governo por ela já escolhido e determinado; pois, muito antes de nos eleger para seus Representantes, tinha já decretado que fosse Monárquico Constitucional e Representativo o Governo que a devia reger. Ela já tinha nomeado o Sr. Dom Pedro de Alcântara seu Supremo Chefe, seu Monarca, com o título de Imperador e seu Defensor Perpétuo. Estas bases jamais podem ser alteradas pela Constituição que fizemos; ou por qualquer decreto ou resolução desta Assembléia. Nós as recebemos da soberania da Nação; nós temos

(15) *Idem*. Sessão de 26 de junho, pp. 99 e segs.

jurado mantê-las e as devemos respeitar religiosamente em todas as nossas decisões. Nestes termos, é manifesto que a discussão presente deve reduzir-se a esta questão. É da essência do Governo Monárquico Constitucional e Representativo que o Chefe Supremo da Nação, o Monarca, tenha tal ingerência no Poder Legislativo, que as leis por este decretadas não possam ser promulgadas e executadas sem a sanção do Monarca? Parece-me que limitada a questão às leis administrativas e regulamentares e não aos artigos constitucionais, ninguém deixará de convir na afirmativa (...)

Pelo que duas condições são especialmente precisas para que se verifique a Monarquia Representativa ou *temperada*: 1ª) que, na formação das leis, o Monarca tenha tal influência, que possa “contrabalançar as resoluções do Poder Legislativo, e que a sua autoridade seja capaz de forçá-lo a não sair dos limites dos seus poderes e a encerrar-se no texto da Constituição; 2ª) que, da outra parte, os representantes da Nação, em que muito principalmente reside o Poder Legislativo, concorram com o Monarca na criação da lei e modifiquem ou temperem a autoridade do Monarca. Se, pois, são estas as condições indispensáveis para que o Governo seja Monárquico Representativo, se são estes os indícios e sinais que o caracterizam, é evidente: 1º) que, tirando-se ao Imperador a sanção nas leis administrativas que decretarmos nesta Assembléa, nós o despojamos de um direito essencialmente inerente ao augusto caráter de Monarca Constitucional, que lhe conferiu a Nação, cujo voto devemos exprimir e não contrariar; 2º) que, certamente, contrariamos o voto da Nação que o nomeou seu Monarca Constitucional, e quis ser regida por uma Monarquia Representativa; porque, não tendo ele a sanção, esta Assembléa terá por isso mesmo a *preponderância* nas leis que fizer; o Imperador será um mero executor delas; e o Governo já não será Monárquico Representativo, será Republicano, enquanto se não restituir ao Supremo Chefe da Nação uma regalia inseparável do Monarca; 3º) que perjuramos, pois solenemente prometemos manter o Governo Monárquico Representativo e o transformamos em uma República, uma vez que passe o artigo em questão.

Cumpra que jamais percamos de vista que o Monarca Constitucional, além de ser o Chefe do Poder Executivo, tem, de mais a mais, o caráter augusto de Defensor da Nação. Ele é a sua primeira autoridade vigilante, guarda dos nossos direitos e da Constituição. Esta suprema autoridade, que constitui a sua pessoa sagrada e inviolável, e que os mais sábios publicistas deste tempo têm reputado um Poder Soberano, distinto do Poder Executivo, por sua natureza, fim e atribuições, esta autoridade, digo, que alguns denominam *Poder Neutro*, ou *Moderador*, e outros, *Tribunício*, é essencial nos Governos Representativos (...)

O Sr. Antônio Carlos Ribeiro de Andrada Machado e Silva: — “O nobre preopinante saiu a campo com grande estrondo; mas, infelizmente, ninguém aqui falou do direito de sancionar. O que se disse foi que não podia competir ao Poder Executivo a sanção nas leis de uma Assembléa Cons-

tituinte. O nobre preopinante considera necessária esta sanção; mas não mostrou como era admissível; no mais que expendeu, nenhuma razão tem. (...) Quanto ao que disse da Assembléa de França, engarra-se, porque os artigos constitucionais não dependiam de sanção..." (No mais não se entende o Taquígrafo.)

O Sr. José Joaquim Carneiro de Campos: (16) — "Já mostrei o quanto era essencial que, na Monarquia Representativa, o seu Supremo Chefe seja revestido do poder de sancionar as leis administrativas; os argumentos que produzi, e que o ilustre preopinante procurou mais antes deixar em silêncio do que refutar, reconhecendo as forças deles, mostram bem que, em todo o tempo e em qualquer Assembléa, uma vez que queiramos conservar o Governo Monárquico Representativo, não podemos privar o Monarca deste direito, que é inerente à Sua Pessoa, não como regalia, ornamento e esplendor da sua alta dignidade, mas como uma garantia da Nação, quando ela por si mesma não faz as suas leis. Ora, por ser esta Assembléa Constituinte, muda ela de natureza? Não somos nós representantes? E que segurança terá a Nação, por maior conceito que nós lhe mereçamos, que não abusaremos dos direitos que nos confiou e que faremos sempre calar a nossa vontade particular, para não darmos aterção senão ao interesse geral?"

As objeções do ilustre preopinante são de muito pouca monta. Só ele acha grande dificuldade em levar à sanção as leis, antes de estar determinado o modo com que ela há de ser dada. (...)

Quando me referi à Assembléa Constituinte de França, não produzi exemplos de artigos constitucionais, porque a questão versa sobre leis administrativas somente; mas não se poderá negar que as leis sobre a abolição do dízimo e dos direitos feudais tenham uma relação mais íntima e se podem considerar mais preliminares da Constituição, do que as que nós até agora temos feito. Eu bem podia dar exemplo até de artigos verdadeiramente constitucionais que aquela mesma Assembléa sujeitou à sanção do Rei; pois, na ocasião em que pediu a sanção para as leis que indiquei, também remeteu os artigos da Declaração dos Direitos do Homem que, já então, estavam discutidos: estes, certamente, são artigos constitucionais; mas não é essa a nossa questão."

Sucedem-se muitos outros pronunciamentos, expendendo-se farta argumentação, ora a favor, ora contra, a disposição em foco. O Sr. Barão de Santo Amaro e o Sr. Manoel José de Sousa França batem-se pela manutenção do art. 3º do projeto:

O Sr. Barão de Santo Amaro: (17) — "Sr. Presidente, eu voto pelo artigo, porque estou persuadido que tudo o que pertence a matérias constitucionais não tem sanção. Quem nos mandou fazer a Constituição? A

(16) *Idem.* Sessão de 26 de junho, p. 302.

(17) *Idem.* Sessão de 27 de junho, p. 310.

Nação. Logo, só ela tem a sanção desta sua obra. Nisto não pode haver dúvida; são regras gerais de direito comum. A questão diz só respeito às leis sobre reformas urgentes e indispensáveis. À meu entender, também estas leis não precisam de sanção: 1^o) porque a forma e maneira de se dar esta sanção não está regulada por uma lei; 2^o) porque reformas não se podem considerar senão como parte das leis constitucionais. A Constituição é o epílogo de todas as reformas que uma Nação faz na sua legislação política e civil; como tais, as leis sobre reformas entram na ordem de leis constitucionais, e, neste sentido, como disse, compete privativamente à Nação aprovar ou desaprovar a obra, de que encarregou os seus representantes, isto é, sancioná-la. (..)"

O Sr. França: (18) — "Eu faço diferença entre Assembléia meramente Legislativa e a Assembléia Constituinte. Nesta reside o exercício pleno da soberania nacional, e não assim naquela. E o exercício do poder soberano exclui toda a idéia de dependência de uma ou outra autoridade estranha. Implica, portanto, contradição que as leis emanadas de uma Assembléia Constituinte sejam sujeitas à sanção de outro poder político ainda quando, mesmo por artigo de Constituição, se houvessem de sujeitar à sanção externa as leis feitas nas legislaturas ordinárias. Talvez pretenda alguém estabelecer diferença entre os atos constitutivos, e legislativos desta mesma Assembléia; para fazer dependentes da sanção os segundos, sem prejuízo da índole dos primeiros. Eu, porém, não admito essa distinção, que, além de ofensiva da categoria da representação nacional em caráter constituinte, tem demais inconvenientes práticos, contrários à liberdade civil dos povos, que se procura estabelecer em bem ordenado sistema. Pois, Constituição, sem leis regulamentares adaptadas ao equilíbrio dos poderes que ela estabelece, é corpo sem alma; é simulacro da liberdade, sem ação própria que eficaz seja para o seu intento. Devemos, pois, concluir que, suposto pareça porventura que as leis regulamentares nada têm de comum com a índole e natureza da Constituição, não é, em verdade, isso assim. Antes, é a mesma Constituição inteiramente dependente, na prática, dessas leis regulamentares; de sorte que deve ser tão livre e independente em sua ação o poder que constitui, como aquele que faz as leis constitutivas, ou de que depende em sua ação o poder que constitui, como aquele que faz as leis constitutivas, ou de que depende a prática e andamento da Constituição. Se os atos constitutivos, pois, que dimanam desta Assembléia não são sujeitos à sanção, como cuida que ninguém nega; nem menos por uma consequência necessária se podem considerar sujeitos à mesma sanção os atos legislativos dela..."

O Sr. Venâncio Henrique de Resende: (19), para aliar-se à tese contrária à sanção imperial, parte da negação da natureza "angélica" de D. Pedro e de sua infalibilidade: "... Mas, dizem, a Assembléia não é infalível e é sujeita às paixões, e o Imperador é um anjo, não tem paixões? O Imperador é mais sujeito a essas paixões, porque tem para elas mais

(18) *Idem*. Sessão de 26 de junho, pp. 303.

incentivos: comanda a força, dá os empregos, as honras e é quem executa as leis e, por isso, tem mais interesse em que elas sejam a jeito; nós nada disso temos e somos temporários, e tornamos para o que de antes éramos. A Assembléa não é infalível; e o Imperador, é? Nego. É tanto homem como nós; ademais, tem maiores entraves para ver a verdade, mais incentivos de paixões."

Tal pronunciamento é combatido incontinenti por Antônio Carlos⁽¹⁹⁾, nos seguintes termos: "O nobre preopinante expendeu os seus sentimentos liberais, e isso não desagrade; mas não posso deixar de dizer que atacou de certo modo a pessoa do Imperador. Ele é um ente metafísico; e eu quisera que não falássemos no seu nome senão em caso de extrema necessidade" (o grifo é nosso).

Ora, como vai a História demonstrar posteriormente, D. Pedro, "com todos os impulsos de sua carne e todo o calor do seu sangue", jamais se conformaria em ser um ente metafísico, como o quer Antônio Carlos. "Ente físico, sim, como os que mais o fossem. Isso de o relegarem à esfera onde se fica acima do bem ou do mal, não se ajustaria à sua natureza. Transformar-se em ficção, criatura ou ser antes imaginário do que real, nada mais oposto ao seu feitio". (...) "O ente metafísico da concepção constitucional de Antônio Carlos não esconderia nunca o mortal de carne e osso" (20).

A corrente defensora da manutenção do art. 3º do projeto, liderada por Antônio Carlos, logra impor-se no Plenário da Assembléa. A proposição é aprovada com emendas na sessão de 29 de julho, mas estas não alteram a substância da matéria.

Texto final aprovado:

"A Assembléa Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil decreta provisoriamente.

Art. 1º — De todo projeto de lei, uma vez reduzido a decreto e lido na Assembléa, far-se-ão dois autógrafos, assinados pelo Presidente e os dois primeiros Secretários, os quais serão apresentados ao Imperador por uma deputação de sete membros, nomeada pelo Presidente.

Art. 2º — Um dos autógrafos será remetido, depois de assinado pelo Imperador, ao Arquivo da Assembléa e o outro será promulgado na forma do artigo 4º

Art. 3º — Os decretos da presente Assembléa serão promulgados sem dependência da sanção imperial.

Art. 4º — A promulgação será concebida nos termos seguintes: "D. Pedro I, por graça de Deus, e unânime aclamação dos povos, Im-

(19) *Idem*. Sessão de 25 de junho, pp. 302 e 303.

(20) OCTAVIO TARQUINIO DE SOUZA. *A Vida de D. Pedro I*. J. Olympio, 1972, v. II, pp. 124 e 125.

perador Constitucional, e Perpétuo Defensor do Brasil, a todos os nossos Fiéis súditos saúde. A Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil tem decretado o seguinte (a letra do decreto). Mandamos, portanto, a todas as Autoridades Civis, Militares e Eclesiásticas, que cumpram, e façam cumprir o referido decreto em todas as suas partes, e ao Chanceler-Mor do Império, que o faça publicar na Chancelaria, passar por ela, e registrar nos livros da mesma Chancelaria, a que tocar, remetendo os exemplares dele a todos os lugares a que se costumam remeter, e ficando o original aí até que se estabeleça o Arquivo Público, para onde devem ser remetidos tais diplomas.”

Relevante frisar que, mesmo aprovado em 29 de julho, somente a 25 de agosto a Comissão de Legislação apresenta a redação final, corporificada no texto acima transcrito. O atraso do pronunciamento do órgão técnico provoca, por sinal, Indicação de autoria do Sr. Francisco Muniz Tavares (21), no sentido de acclerar a tramitação da matéria e a reclamação — enunciativa dos acontecimentos futuros — do Sr. Venâncio Henrique de Rezende:

“... Apareçam esses decretos já feitos, e este... sem o qual os outros não podem dar-se à luz... Talvez, alguns dos Srs. recebem algumas contestações por causa do art. 3º do tal decreto; eu não as temo nem creio que as haja, creio antes que há algum *diabolus in rota* que fomenta intrigas para excitar divisões, espalhando rumores que chegam até nós; que a Assembléia vai ser dissolvida; que o Imperador não aceita as leis...” (22)

Em 20 de outubro, finalmente, os atos legislativos reclamados são encaminhados ao Imperador através de uma deputação. O Monarca, além de promulgar a lei alusiva à dispensa da sanção imperial, promulga todas as demais elaboradas pela Assembléia — cuja ementa a seguir enunciaremos — demonstrando, por essa forma, aceitar a decisão da Constituinte. “Transigiria o Imperador com todos esses atos? Ou assumiria uma posição de expectativa, a avaliar a força e o alcance dos acontecimentos? O desenrolar dos fatos responde em favor da segunda hipótese” (23).

(21) Indicação: “Requeiro que se proponha: 1º) se a Assembléia deve marcar o dia determinado em que a Comissão de Legislação deve apresentar redigida a lei que há de regular a promulgação das demais; 2º) se este deve ser o mais breve possível, que poderá ser na segunda-feira próxima — Francisco Muniz Tavares (*Diário da Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil — 1823* — publicação do Senado Federal — Sessão de 16 de agosto, p. 600, vol. II).

(22) *Diário da Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil — 1823*. Sessão de 16 de agosto. Ob. cit., vol. II, p. 601.

(23) ANA VALDEREZ AYRES NEVES DE ALENCAR. “O Senado na estrutura constitucional brasileira”. *Revista de Informação Legislativa*. Subsecretaria de Edições Técnicas, Senado Federal, a. 13, n. 50, abr./jun., 1978, p. 183.

EMENTAS DAS LEIS ELABORADAS PELA ASSEMBLÉIA E ASSINADAS EM 23 DE OUTUBRO PELO IMPERADOR

— “Revoga o Decreto de 16 de fevereiro de 1822, que cria o Conselho de Procuradores da Província (projeto de Antônio Carlos, sessão de 21 de maio)” (24);

— “Revoga o alvará de 30 de março de 1818, que dispõe sobre penas aplicáveis às sociedades secretas (Projeto de J. A. Rodrigues de Carvalho, sessão de 7 de maio)” (25);

— “Proíbe aos Deputados o exercício de qualquer outro emprego durante o tempo da deputação, exceto o de ministro e de intendente-geral de polícia (Projeto de Araújo Vianna, sessão de 21 de julho)” (26);

— “Torna sem efeito as juntas provisórias estabelecidas pelo Decreto de 29 de setembro de 1821, dando nova forma aos governos das Províncias, que passam a ser administradas por presidente e conselho (Projeto de Antônio Carlos, sessão de 9 de maio)” (27); e

— “Estabelece a legislação que fica em vigor no Império, após a independência (Projeto de A. L. Pereira da Cunha, sessão de 5 de maio)” (28).

Registram os *Anais* que, ao voltar a deputação encarregada de levar tais leis a D. Pedro, o “orador dela, Sr. Ribeiro de Resende, deu conta do modo com que tinha sido recebida, e leu o seguinte discurso que dirigira à Sua Majestade” (29):

“Senhor, a Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil envia esta deputação, saída do seu seio, com a honrosa comissão de apresentar a V. M. I. o fruto dos seus primeiros trabalhos. São seis as leis, que fazem o objeto da nossa mensagem... Todas estas leis, Senhor, sancionadas pela Assembléia Geral Constituinte e Legislativa, têm por base princípios de necessidade e urgência, justiça e utilidade geral da Nação. São estes os únicos motivos, que dirigem o Corpo dos Representantes da Nação Brasileira no ato de suas deliberações, a que sempre preside o juramento que prestaram. Ainda falta, Senhor, a publicação destas leis: em vão elas seriam feitas pelo Corpo Legislativo, se não houvesse quem as fizesse executar. Esta força está toda no Poder Executivo, que a Nação tem confiado a V. M. I., a quem compete a sublime tarefa de empregar todos os meios para obrigar os súditos do Império a seguir a vontade da mesma Nação exprimida na lei...”

(24) *Diário da Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil* — 1823. Publicação do Senado Federal — vol. I, p. 89.

(25) *Idem* — vol. I, p. 39.

(26) *Idem* — vol. II, p. 434.

(27) *Idem* — vol. I, p. 44.

(28) *Idem* — vol. I, p. 24.

(29) *Idem*. Sessão de 20 de outubro, vol. II, pp. 269 e 270.

Igualmente registram os *Anais* a resposta do Imperador:

“Com sumo prazer recebo as leis, que a Assembléia Geral Constituinte e Legislativa Me envia por esta ilustre deputação, para Eu as fazer executar. Elas passam imediatamente a serem por mim assinadas. O mesmo farei a todas as mais que a Assembléia Me for remetendo da mesma maneira, bem persuadido que todas elas serão tendentes a engrandecer e felicitar este Império, que já vai começando a ser respeitado no Mundo Velho, e Novo, posto que ainda não reconhecido diretamente.”

Elaboração do Projeto de Constituição

Na sessão de 5 de maio de 1823, designa-se a Comissão para elaborar o Projeto de Constituição, integrada por: Antônio Carlos Ribeiro de Andrada, Antônio Luiz Pereira da Cunha, Pedro de Araújo Lima, José Ricardo da Costa Aguiar, Manoel Ferreira da Câmara, Francisco Muniz Tavares e José Bonifácio de Andrada e Silva.

A função de relator é cometida a Antônio Carlos que, em 16 de agosto, faz a seguinte comunicação ao Plenário: “Sr. Presidente, os ilustres membros da Comissão de Constituição a que pertenço, tendo acabado a grande obra do Projeto de Constituição, tiveram a bondade de eleger-me para redator; peço, por isso, 15 dias de licença para redigir e apresentar a esta augusta Assembléia” (30).

Em 1º de setembro, oferece o relator o projeto à apreciação da Assembléia (31).

O projeto espelha-se nos ideais do liberalismo da Revolução francesa e toma, sob forma, a influência do constitucionalismo teórico, então cultivado no Velho Mundo. É o próprio autor que confessa haver coordenado o trabalho, após assentá-lo nas bases fundamentais, examinar o que havia em todos os códigos constitucionais, comparar ditos códigos e aproveitar aquilo que, a nós, lhe pareceu aplicável.

Acrescenta AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO terem sido os códigos constitucionais franceses aqueles de que se serviu o relator: “... principalmente as partes iniciais da Constituição da Convenção, as partes dispositivas da Constituição de 1795 e alguma coisa da carta de Luís XVIII, de 1814” (32).

(30) *Idem* — vol. II, p. 595.

(31) Observe-se que, também no mês de setembro, HIPÓLITO JOSÉ DA COSTA FURTADO DE MENDONÇA publica no *Correio Braziliense* um projeto de Constituição de sua autoria. Outro projeto aparece no *Correio do Rio de Janeiro* (20, 22 e 23 de setembro).

(32) AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO. *Introdução à Publicação Comemorativa do Sesquicentenário da Independência do Brasil* — Capítulo “O Constitucionalismo no Brasil”, Ministério da Justiça, Arquivo Nacional, 1972.

Diz, ainda, encontrarem-se “muitos pontos de semelhança com a Constituição espanhola”.

É de se lembrar também o comentário de CAIO PRADO JÚNIOR ⁽³³⁾ a respeito do projeto: “... ao elaborarem-no foram os constituintes brasileiros buscar seus modelos nas Constituições da época, inglesa e francesa, *nesta principalmente*, e nos princípios filosóficos e políticos do *Contrato Social* de J. J. ROUSSEAU”.

Discussão do Projeto

Antes de iniciado o debate da matéria, toma a Assembléia deliberações da maior importância, tais como: a aprovação da proposta de Antônio Carlos no sentido de ser enviado um exemplar do projeto a Sua Majestade Imperial; a regulamentação das normas de tramitação do projeto (uma só discussão, sendo facultado a cada Deputado falar por 3 vezes, Revisão de redação, após a aprovação do projeto); e a fixação do número de Deputados que formam a Casa, decidindo-se que com 52 Deputados se procederia à votação.

A 15 de setembro, começa a discussão da proposição que se prolonga até 11 de novembro, “aprovando-se 24 dos 272 artigos. Uns seriam aprovados sem discussão, outros seriam pouco discutidos e alguns provocariam grandes debates, grandes discursos” ⁽³⁴⁾.

A liberdade religiosa, o direito dos jurados em matéria criminal e a naturalização são, entre outros, temas debatidos com ênfase pelos constituintes. Também se questiona sobre quem são os brasileiros e sobre os direitos individuais.

Evoquemos o que diz, a respeito, o Barão Homem de Mello ⁽³⁵⁾:

“Na sessão de 1º de setembro, Antônio Carlos apresentou à Assembléia o *Projeto de Constituição*, organizado pela respectiva Comissão.

Todos os grandes princípios das liberdades constitucionais, todas as novas conquistas do sistema representativo, eram aí proclamados e consagrados.

A liberdade pessoal, a igualdade perante a lei, a publicidade do processo, a abolição do confisco e da infâmia das penas, a liberdade religiosa, a liberdade de imprensa e de indústria, a garantia da propriedade, o julgamento pelo júri eram aí solenemente reconhecidos.

(33) In OTACÍLIO ALECRIM. *Idéias e Instituições do Império*. RJ, Instituto de Estudos Judiciários, 1933, pp. 46 e 47.

(34) JOSE HONÓRIO RODRIGUES. *A Assembléia Constituinte de 1823*. Vozes, 1974, p. 106.

(35) F. I. MARCONDES HOMEM DE MELLO. Barão Homem de Mello — “A Constituinte perante a História” in *A Constituinte de 1823*. Senado Federal, 1973, p. 90.

Na sessão de 15 de setembro, começou a discussão deste projeto, em que se revelaram grandes luzes, e no decurso dela apresentaram-se emendas, destinadas sempre à maior amplitude e esclarecimento das garantias aí consagradas, como a instituição do júri, que, na votação, foi estendida tanto ao crime como ao cível. Muitos defeitos de redação e de forma desapareceram do projeto, subsistindo em toda a sua inteireza os princípios aí firmados.”

O projeto, como bem acentua o Barão, retrata os postulados liberais então em voga e, na conformidade desses postulados, traça, também, com êxito, as linhas essenciais para o funcionamento da monarquia representativa. Nele se inclui o princípio, preconizado pelo Mestre do constitucionalismo liberal — BENJAMIM CONSTANT, segundo o qual, no texto de uma Constituição, nem todos os preceitos devem ser considerados como juridicamente constitucionais. A relevância desse princípio, normatizado pela Constituição de 1824, será objeto de estudo posterior. O que pretendemos focalizar, no momento, é que os ensinamentos de CONSTANT, “o publicista mais ilustrado e entendido da época” (36), ecoam não somente nos debates de Plenário na Assembléia, mas também na sua obra legislativa: O tom geral do projeto Antônio Carlos, “as idéias que o norteiam, as soluções que preconiza, exprimem, em muitos pontos, as opiniões de CONSTANT”, diz AFONSO ARINOS (36).

Em meio, portanto, ao ideário político-liberal progressista originário da Europa, se desenvolve o trabalho da Constituinte, fulminado pela dissolução, *manu militari*, da Assembléia em 12 de novembro. No ato de força, contudo, não interfere a obra legislativa. Nele se contém, é justo reconhecer, “as contradições e arrebatamentos psicológicos do Imperador” (37).

“D. Pedro — afirma OCTÁVIO TARQUÍNIO DE SOUSA — nascera para ser Chefe, para ser obedecido e com este feitio iriam entrar depois, em conflito, as idéias políticas do seu tempo, que esposaria com entusiasmo. Daí o futuro monarca constitucional que desarmaria a ação e até o Conselho de seus Ministros, que não se habituaria à crítica do parlamento e da imprensa.”

O compartilhar com a Assembléia o comando da constitucionalização do Império coaduna-se com o pensamento liberal do Imperador, mas entra em choque com o seu autoritarismo nato. O liberalismo de D. Pedro “era verdadeiro, embora contrabalançado por um fundo irredutível de mandonismo exclusivista” (38).

(36) AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. Forense, vol. II, pp. 57 e 58.

(37) AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO. *Política e Direito*. Cadernos da UnB, 1981, p. 24.

(38) OCTÁVIO TARQUÍNIO DE SOUSA. *A Vida de D. Pedro I*. J. Olympio, 1972, tomo 2, pp. 86 e 87.

Resolvido a se manter como figura central dos acontecimentos, assim fala o Monarca, no ato de sua coroação e sagração em 19 de dezembro, diante do povo, de uma janela do paço da cidade: "Juro defender a Constituição que está para ser feita, se for digna do Brasil e de mim."

"Juramento condicional, contrário aos cânones de direito público, que busca na soberania popular a origem de todas as instituições políticas", acrescenta OCTÁVIO TARQUÍNIO DE SOUSA (38). O conteúdo desse juramento está implícito no pronunciamento feito na sessão de abertura da Assembléia:

"Espero que a Constituição que façais mereça a *minha Imperial aceitação*". E, ainda, no discurso em resposta ao Voto de Graça: "Eu me lisonjeio muito vendo que os serviços que prestei em benefício de nossa cara pátria são louvados pela Nação representada na Assembléia Geral Constituinte e Legislativa deste Império... Igualmente agradeço sobremaneira à Assembléia a deliberação em que está de fazer uma Constituição *digna de mim*, digna de si e digna da Nação brasileira" (os grifos são nossos).

As palavras proferidas, em momentos históricos distintos, indicam o objetivo claro e inofismável de D. Pedro de ser juiz e revisor da obra da Constituinte.

Por outro lado, a Assembléia, desde o início dos seus trabalhos, não transige no sentido de preservar a sua autoridade. Na discussão de simples disposições regimentais — referentes ao cerimonial de comparecimento do Imperador à sessão de abertura — "a despeito de muitos protestos de respeito ao Monarca, predomina o pensamento de tornar bem clara a posição eminente do Corpo Legislativo" (39).

Assim é que o art. 19 do Regimento, *verbis*, mesmo aprovado, recebe veemente crítica do Sr. JOSÉ CUSTÓDIO DIAS:

"Art. 19 — No topo da sala das sessões estará o trono imperial e no último degrau à direita estará a cadeira do Presidente da Assembléia."

O Sr. José Custódio Dias: — "Vi o Brasil com horror quantos males o cercavam na crítica situação de seus negócios políticos. Estabeleceu, então, em princípio, a salvação do seu estado social, exigiu a convocação de uma Assembléia Constituinte e Legislativa, reassumiu seus direitos sociais, e reassumiu todos quantos são inauferíveis; é, portanto, a Nação americana brasileira, soberana, independente e, como tal, aclama e coroa seu primeiro Imperador Constitucional, Chefe do Poder Executivo, e seu Moderador, cuja autoridade deve marcar a Constituição que se propõem a fazer os Representantes da Nação reunidos em Cortes. É na solene instalação destas que tem de comparecer o digno Representante do Poder Executivo, e como tenha de respeitar a Nação legitimamente representada

(39) OCTÁVIO TARQUÍNIO DE SOUSA. Ob. cit., p. 90.

da qual só deriva toda a autoridade que pelo Pacto Social se lhe vai a conferir por lei fundamental, sou de parecer que a posição que se lhe deve designar seja sim distinta, mas no mesmo plano onde estiver o Sr. Presidente, Cabeça inseparável, naquele ato, do Corpo Moral, que representa a Nação, soberana e independente: e deixaria de o ser quando tivesse superior" (40).

Também uma outra disposição do Regimento — art. 27, que reza: "O Imperador entrará na Sala da Assembléia descoberto, sendo a coroa e o cetro conduzidos por seus oficiais, e depositados em uma Mesa à direita do torno. Quando o Imperador entrar, o Presidente, os Secretários e todos os Deputados ficarão em pé até que o Imperador se assente no trono", não é aprovada sem a censura velada do Sr. Carneiro de Campos, a qual comporta reparos do Sr. Antônio Carlos (41):

O Sr. Carneiro de Campos — "Sr. Presidente! Pergunto se quando se diz que o Imperador entrará nesta Sala descoberto, se entende sem coroa? (O Sr. Andrada Machado como um dos redatores do Regimento respondeu que sim). Pois, então, entendo que não se deve aprovar este artigo e sou de parecer que o Imperador deve entrar com a coroa, e conservá-la enquanto durar a sessão. Fundo-me em que o Imperador vem instalar a Assembléia como Chefe da Nação; ora, a coroa é a sua insígnia assim como o manto e o cetro e, por isso, não acho razão para que o Imperador não conserve uma das principais insígnias na augusta função que ele vem exercer como Imperante, ou Chefe da Nação. Creio que os nobres Deputados redatores do Regimento quiseram com este arbítrio evitar que estivesse o Imperador coberto e nós descobertos; pois cubramo-nos. Não se cobrem os Grandes do Império? Por que não nos cobriremos também enquanto o Imperador estiver coberto? Assento, pois, que não deve passar o artigo, e que se determine que entre Sua Majestade Imperial com a coroa, e a conserve durante a sessão, porque é a sua insígnia, e dela não deve ser privado em tão augusta função."

O Sr. Andrada Machado: — "Sr. Presidente! A Comissão julgou que sendo Sua Majestade Imperial um Poder Constitucional e a Assembléia outro, devia ser igual a situação de ambos, quando presentes; e, como a Assembléia se não cobre, pareceu que também Sua Majestade Imperial devia entrar descoberto. Se a Coroa é propriamente uma cobertura, a decisão deve ser a mesma para este caso que é em outro qualquer; se, porém, for considerada como simples insígnia da Realeza, outra deverá ser a resolução. Nós não queremos, nem jamais nos veio à cabeça, despojar por um momento das insígnias da sua alta dignidade o Representante Hereditário da Nação, nem que o quiséssemos tínhamos para isso autoridade; só tivemos em vista ser coerentes com os nossos princípios, que me parecem fundados em razão."

(40) *Diário da Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil* — 1823. Sessão de 30 de abril, ob. cit.

(41) *Idem*. Sessão de 30 de abril.

A reação da Assembléia, entretanto, diante da atitude reiterada de D. Pedro no sentido de reivindicar "o direito de supervisionar a feitura da Constituição" (42), se faz sentir, com maior intensidade, no texto da Moção, aprovada na sessão de 6 de maio: "A Assembléia confia que fará uma Constituição digna da Nação brasileira, digna de si mesma e do Imperador". Mas, se o Imperador não aceitar a Constituição? A indagação leva à resposta objetiva de Antônio Carlos (43): "... se, por desgraça, feita a Constituição, Sua Majestade recusasse aceitá-la, então ou Sua Majestade tinha por si a opinião nacional, e nós nos tínhamos desviado do nosso mandato, e nesse caso nulo era o que tivéssemos feito, ou Sua Majestade não tinha por si a opinião geral e, nesta hipótese, ou havia de anuir à Constituição, que era a vontade geral, ou deixar-nos, *quod Deus avertat*. A Nação, Sr. Presidente, elegeu um Imperador Constitucional, deu-lhe o Poder Executivo, e o declarou Chefe Hereditário; nisto não podemos nós bulir. O que nos pertence é estabelecer as relações entre os Poderes, de forma, porém, que se não ataque a Realeza; se o fizermos, será a nossa obra digna do Imperador, digna do Brasil e da Assembléia."

O pronunciamento incisivo de Antônio Carlos é objeto da análise arguta do historiador OCTÁVIO TARQUÍNIO DE SOUSA (44): "Não recorria o orador andradino a eufemismos, a subterfúgios de retórica, e punha a questão em termos objetivos: se o Monarca se recusasse a aceitar a Constituição, prevaleceria esta se tivesse por si a opinião do País e, neste caso, cabia-lhe ou a ela submeter-se ou deixar o Brasil. Falava claro o Deputado paulista, com o tirocínio recente das Cortes lisboetas, usando linguagem que talvez destoasse algo da dos irmãos, membros ao mesmo tempo do governo e da Assembléia. O latim fácil da conclusão significava que o seu pensamento íntimo não discrepava dos *pontos de vista fraternos*. *Quod Deus avertat*."

Dissolução da Assembléia Constituinte

Fraternalmente e cordialmente, a princípio, se desenvolve o processo insolúvel de "desencontro entre os dois ramos da soberania nacional: a Constituinte e a Coroa" (45). Posteriormente, as dissensões se agravam à medida que adquirem o sentido de luta entre brasileiros e portugueses. Há prenúncios e correm rumores quanto à dissolução da Constituinte. FREIJÓ (46) dá a notícia que ouvira de porta-voz do Governo: "Se a Assembléia não fizer o que o Imperador quer, ele a dissolverá. Se a outra

(42) AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. Forense, 1960, p. 64.

(43) *Diário da Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil — 1823*, Sessão de 6 de maio, ob. cit.

(44) OCTÁVIO TARQUÍNIO DE SOUSA. Ob. cit., p. 94.

(45) AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. Forense, v. II, p. 64.

(46) VARNHAGEN citado por OCTÁVIO TARQUÍNIO DE SOUSA — Ob. cit.

não der uma Constituição digna dele, ele a tornará a dissolver e dará ao Brasil uma Constituição." A Imprensa — opositorista e governista — livre, "nova e orgulhosa de seu papel", longe de minimizar os acontecimentos, troca "doestos e calúnias, de que não ficam imunes altas personalidades, inclusive o Imperador" (47).

Acentua AFONSO ARINOS (48): "... as relações entre a Assembléa e o Imperador foram-se envenenando no correr do ano. Pretextos não faltavam para tanto. Na discussão do projeto os antagonismos versavam sobre os poderes jurídicos do imperante, em questões como as da sanção dos projetos de lei da Assembléa, ou o conseqüente direito de veto imperial aos mesmos. Fora do recinto, a fricção entre os poderes tinha causas especificamente políticas, derivadas da oposição latente e crescente entre certos grupos de validos e colaboradores do Imperador, que eram portugueses aderentes à causa nacional, e os brasileiros, natos, de tendência nacionalista mais extremada".

Já se vão acumulando, por conseguinte, os atritos entre a Constituinte e o Governo ou, mais propriamente, entre brasileiros e portugueses. Nada detém ou nada é feito para deter a marcha dos acontecimentos que culminam com a dissolução.

Considere-se que, a 17 de julho, cai o Gabinete Andrada e instala-se um Ministério favorável aos interesses de Portugal.

A 30 de setembro, a Assembléa argúi sobre os atos do Governo pertinentes à admissão de oficiais lusitanos ao serviço brasileiro. A decisão do Corpo Legislativo, formalizada através da Resolução abaixo transcrita, origina-se de Indicação de autoria do Sr. Francisco Gê Acayaba Montezuma que, ao justificar a medida, exclama: "... Senhores, é possível tal? Como, Sr. Presidente, como é possível que os mesmos que pegaram em armas contra nós, que ensangüentaram suas mãos infames no sangue brasileiro, entrem no serviço, e venham até preterir beneméritos que sempre pelejaram por nós, e pela nossa Independência?..." (49).

Resolução da Assembléa (49)

"A Assembléa Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, constando-lhe que têm sido admitidos nos Corpos do Exército Nacional oficiais lusitanos vindos da Bahia: Manda participar ao Governo que precisa da competente informação sobre os motivos que o determinaram ordenar a referida admissão..."

(47) AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO. Ob. cit. in nota 45, p. 71.

(48) AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO. *O Constitucionalismo de D. Pedro I no Brasil e em Portugal*. Ministério da Justiça, Arquivo Nacional, 1972. Publicação comemorativa do Sesquicentenário da Independência do Brasil.

(49) *Diário da Assembléa Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil — 1823*. Ob. cit. Sessão de 15 de setembro.

Depois, a gota de água que falta para a marcha das tropas em direção à Assembléia: o episódio que envolve o boticário David Pamplona, espancado como o suposto autor de cartas ofensivas aos brios da oficialidade portuguesa (cartas publicadas “por um brasileiro resoluto” no jornal *A Sentinela*) pelo oficial português José Joaquim Januário da Lapa.

O fato, à primeira vista corriqueiro — “uma simples tunda de um militar aplicada a um civil” como o encara a Comissão de Legislação⁽⁵⁰⁾, ao examinar o pedido de desagravo do ofendido —, analisado intrinsecamente, tem outra conotação: “o destinatário das bordoadas do oficial lusitano era de fato, como de fato era, o “brasileiro resoluto” que se atrevera a agastar a oficialidade de Portugal. E aquele representava a Nação ultrajada sob o bastão da tropa inimiga”⁽⁵¹⁾.

“Não é somente o ato de dar umas pancadas — afirma Montezuma — há muitas circunstâncias que o agravam”⁽⁵²⁾.

Assim, também, pensa Antônio Carlos⁽⁵³⁾, quando, considerando a natureza do atentado, diz: “Como, Sr. Presidente, lê-se um ultraje feito ao nome brasileiro na pessoa do cidadão David Pamplona, e nenhum sinal de marcada desaprovação aparece no seio do ajuntamento dos representantes nacionais?... Morno silêncio de morte, filho da coação, pedras línguas; ou o sorriso, ainda mais crimonoso, da indiferença, salpica os semblantes. Justo Céul e somos nós representantes? De quem? Da Nação brasileira não pode ser. Quando se perde a dignidade, desaparece também a nacionalidade. Não, não somos nada, se estúpidos vemos, sem os remediar, os ultrajes que fazem ao nobre povo do Brasil, estrangeiros que adotamos nacionais, e que assalariamos para nos cobrirem de baldões. Como disse pois a Comissão que o caso devia remeter-se ao Poder Judiciário, e que não era da nossa competência? Foi ele simples violação de um direito individual, ou antes um ataque feito a toda a Nação? Foi o cidadão ultrajado e espancado por ter ofendido os indivíduos agressores, ou foi por ser brasileiro, e ter aferro e afinco à Independência do seu País, e não amar o bando de inimigos, que por descuido nosso se tem apoderado de nossas forças? Os cabelos se me eriçam, o sangue ferve-me em borbotões, à vista do infando atentado, e quase maquinalmente grito: vingança!...”

No mesmo teor é o pronunciamento de Martim Francisco que, após qualificar os oficiais portugueses de “perjuros” e “infames”, brada: “*Que fatalidade, Brasileiros! Vivem entre nós estes monstros, e vivem para nos devorarem!* Note-se que a Guarda não acudiu estando próxima, e devemos crer que teve ordem para isto: que não houve abuso de imprensa, houve sim culpa de ser brasileiro, e resoluto. Grande Deus! É crime amar o

(50) *Idem*. Sessão de 8 de novembro, v. III, p. 387.

(51) ANA VALDEREZ AYRES NEVES DE ALENCAR. Ob. cit., p. 184.

(52) *Diário da Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil — 1823*. Ob. cit. Sessão de 8 de novembro, v. III, p. 388.

(53) *Idem*. Sessão de 10 de novembro, pp. 392 e 393.

Brasil, ser nele nascido, e pugnar pela sua independência, e pelas suas leis! Ainda vivem, ainda suportamos em nosso seio semelhantes feras!...”

O Governo, por sua vez, a 11 de novembro, encaminha à Assembléia dois officios, assinados pelo Ministro de Estado dos Negócios do Império, Francisco Villela Barbosa.

No primeiro, comunica o Ministro, em nome do Imperador, “que os officiais da Guarnição da Corte vieram no dia de ontem representar submissamente a Sua Majestade Imperial os insultos que têm sofrido no que diz respeito à sua honra em particular, e mormente sobre a falta do alto decoro que é devido à Augusta Pessoa do Mesmo Senhor, sendo origem de tudo certos redatores de periódicos, e seu incendiário partido: Sua Majestade Imperial, tendo-lhes respondido que a tropa é inteiramente passiva, e que não deve ter influência alguma nos negócios políticos. Querendo, contudo, evitar qualquer desordem que pudesse acontecer, deliberou, e saiu com a mesma para fora da Cidade, e se acha aquartelada no Campo de São Cristóvão...” (54).

Impedido de deliberar, por julgar insuficientes as informações constantes do officio supra, dirige-se o Corpo Legislativo ao Ministro Villela Barbosa nos termos seguintes: “... E não podendo a Assembléia tomar em sua consideração este negócio, por lhe não ser possível conceituar cabalmente os motivos verdadeiros e especiais que ocasionaram aquele extraordinário acontecimento, pela generalidade com que vêm enunciadados, ignorando-se quantos foram os representantes, se todos os officiais, ou parte deles; quais os insultos e sua natureza; quais os redatores dos periódicos, e folhas em que se acham os mesmos insultos; qual, por fim, o partido incendiário e sua força e objeto. Tem a mesma Assembléia resolvido que ao Governo de Sua Majestade compete empregar na crise atual todos os meios que cabem em suas atribuições; e propor à Assembléia as medidas legislativas e extraordinárias que julgar necessárias, certo de que encontrará na Representação Nacional a mais franca e eficaz cooperação.

Declarando sessão permanente até que o Governo de Sua Majestade lhe transmita as informações especiais acima indicadas, e as proposições que houver de fazer-lhe...”

Na resposta, inserta no segundo officio, não apresenta o Governo qualquer sugestão para debelar a crise, torna-a, sim, mais aguda, quando aponta, no documento, os periódicos e dá nome aos redatores (56): “... os periódicos, a que se refere a representação mencionada, são denominados *Sentinela da Praia Grande*, e *Tamoio*, attribuindo-se na mesma representação ao Ex-Deputados Andrada Machado, Ribeiro de Andrada, e Andrada e Silva, a influência naquêle, e a redação neste...”

(54) *Idem*. Sessão de 11 de novembro, v. III, p. 398.

(55) *Idem*. V. III, p. 401.

(56) *Idem*. Sessão de 11 de novembro, v. III, p. 402.

Procurando, ainda, inteirar-se melhor da situação institucional então vigente, e diante da reiterada omissão de informações oficiais a respeito, resolve a Assembléa, após marchas e contramarchas, aprovar requerimento de autoria do Sr. Vergueiro no sentido de convocar o Ministro de Estado dos Negócios do Império, Villela Barbosa, "para informar, circunstanciadamente, sobre o objeto de seus ofícios" (57).

O comparecimento do Ministro à Assembléa, às 11 horas, do dia 12 de novembro, ainda que nada acrescente objetivamente no que concerne às razões de sua convocação, deixa transparecer o prenúncio de graves acontecimentos.

Cientifica Sua Excelência que o Governo exige dos Deputados a coibição da liberdade de imprensa e a expulsão dos Andradás do seio da representação nacional, "como redatores do *Tamoio* e colaboradores da *Sentinela*".

E indagado sobre a perspectiva da situação, limita-se Villela Barbosa "a comparar os acontecimentos àqueles que vira em Portugal, quando da deposição das Cortes" (58): "Vejo a Assembléa amotinada levantar temporaneamente a sessão: os Militares queixarem-se a Sua Majestade; as tropas marcharem para São Cristóvão, e a Assembléa todo o dia e noite em sessão permanente; ora, cousas semelhantes a esta vi eu em Portugal..."

Minutos depois, na mesma data, ao meio-dia, as tropas começam a marchar sobre a Constituinte.

As causas políticas, sinteticamente apontadas, que levam à decisão da dissolução, acrescentem-se, segundo JOSÉ HONÓRIO RODRIGUES, motivações, talvez até preponderantes, de ordem econômica (59):

"A dissolução da Assembléa Geral Constituinte e Legislativa é uma anomalia histórica. A história nacional do Brasil começou assim, e assim continuaria seu curso, nunca em linha evolutiva progressiva. Perturbada sempre pelos regressos, as anomalias são mais frequentes que as regularidades. A história nacional do Brasil não é um processo nômalo, mas anômalo, de marchas e contramarchas, de avanços e recuos. A dissolução é, assim, a marca inicial de todo um processo secular, embora no Império a dissolução se tenha tornado um processo nômalo e legal, e as anomalias se tenham revelado em formas diferentes.

Tem-se dito muito, em tom depreciativo, que a América Latina foi concebida em revolução, desde Colombo, contra quem Roldáu se rebelou. A rebelião e seu esmagamento marcariam a história de toda a América, e o Poder Executivo viu

(57) *Idem*. Sessão de 11 de novembro, v. III, pp. 406 e segs.

(58) ANA VALDEREZ AYRES NEVES DE ALENCAR. Ob. cit., p. 187.

(59) JOSÉ HONÓRIO RODRIGUES. *A Assembléa Constituinte de 1823*. Vozes, 1974, pp. 198 e segs.

quase sempre no Legislativo não um associado, mas um inimigo. Por isso HEGEL escreveu que enquanto na América do Norte havia prosperidade, ordem e liberdade, as repúblicas sul-americanas se baseavam no poder militar, e sua história era uma contínua revolução. (HEGEL, *Lecciones sobre la Filosofía de la Historia Universal*. Buenos Aires, 1946, I, 176.)

Essa interpretação, de origem européia e aceita pelos americanos, é um equívoco. A América Latina não conheceu nenhuma revolução, apenas motins, rebeldias civis e militares. Somente a contra-revolução foi vitoriosa, e as tentativas de revolução foram esmagadas no sangue, ou derrotadas pelo terror. As rebeldias contínuas significam exatamente a inexistência de uma revolução transformadora da estrutura econômica e das relações sociais — o que as independências latino-americanas não fizeram — e a permanência das causas econômicas perturbadoras.

A dissolução provocou a arbitrariedade da Constituição outorgada e, por melhor que esta tenha sido, concorreu de 1823 a 1826 para o enfraquecimento do espírito público, a debilitação da moral do povo e a redução do civismo político. Com ela concorria-se para a deseducação do povo e para aumentar a força dos detentores do poder e de sua capacidade de opressão, livres da crítica parlamentar e jornalística.

A dissolução tem sido muito estudada na base do *Diário da Assembléia* e de depoimentos de testemunhas. A maioria das interpretações diretas ou posteriores sempre atribui a motivos políticos as razões do ato imperial. Assim pensaram os que testemunharam e os historiadores. Ninguém se lembrou de ver se havia alguma motivação econômica que, se não fosse a causa principal, houvesse concorrido para a decisão.

Já vimos, no exame da atividade legislativa da Assembléia, que o projeto de extinção do juízo dos defuntos e ausentes deve ter pesado na balança, pois atingia a fundo interesses econômicos portugueses, tentando travar a remessa de capitais para Portugal e liberando para uso brasileiro recursos de ausentes e defuntos, em grande parte portugueses (60).

(60) Na sessão de 25 de agosto, o Sr. Arouche Rendon assim se refere ao projeto que visa à extinção do Juízo dos Defuntos: "... acabo de examinar a origem do Juízo dos Ausentes: ele é um Tribunal destacado de toda legislação portuguesa, é um tribunal criado para as Colônias, mas todo em favor de Portugal: cuidou-se em que as heranças para lá fossem intactas, apesar do prejuízo que causava aos que cá estavam. O resultado último era, que ainda quando o herdeiro do Brasil ou o credor lá arrecadava o que lhe pertencia, metade lá ficava. Ora, sendo assim, como e por que razão conservaremos este Juízo, cuja existência faz mal aos brasileiros e só aproveita aos lusitanos — nossos inimigos?" (*Diário da Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Império — 1823*. Ob. cit., v. II, p. 632).

Deve-se considerar, em primeiro lugar, que foi na discussão desse projeto que Maciel da Costa advertiu e ameaçou a Assembléia de dissolução. Ele era a figura mais reacionária, membro proeminente do grupo brasileiro serviçal de D. Pedro I, presidente da Mesa no dia da dissolução, e muito suspeito de conluio neste ato. Sua advertência foi tão severa e desvelada que provocou a reação imediata de Vergueiro. A reprovação do projeto fortifica a hipótese, em face da reação que provocou, dos interesses econômicos que ofendeu, e por ter mostrado ao grupo econômico português que substituiu José Bonifácio nos conselhos imperiais, os excessos a que a Assembléia poderia chegar se continuasse livremente a rever a legislação protetora desses mesmos interesses, e a reformá-la ou torná-la caduca.

Aos perigos do crescente nacionalismo político se somavam os receios do nacionalismo econômico que os Andradas e seus aliados defendiam no seio da Assembléia. Não se deve esquecer que foi um ex-conjurado, um dos poucos sobreviventes da Conjuração Mineira de 1789, com toda a sua tradição revolucionária curada no exílio, o autor da proposta contra a qual se insurgiram exatamente os futuros ministros do gabinete do golpe da dissolução, Maciel da Costa e Carvalho e Melo, futuros titulares Marquês de Queluz e Visconde de Cachoeira, da lista da Domitila, ligada ao grupo econômico português."

A par das causas que convergem para a dissolução da Assembléia, afigura-se-nos da maior significação lembrar que o trabalho da Constituinte representa uma página que honra o Parlamento brasileiro e o Brasil.

Depõe o historiador JOSÉ HONÓRIO RODRIGUES (61):

"As grandes lições da Assembléia Constituinte foram a de contribuir intensamente para a obra de nacionalizar o Brasil, identificando seus povos a um todo comum, especialmente em face da dissidência baiana, maranhense e paraense; a de ensinar ao povo o valor do Parlamento e do regime representativo, em face da maldade intrínseca do absolutismo antigo ou moderno, mas sempre opressivo; a de fixar o mal do golpe de estado, e que é sempre preferível um mau governo legítimo a um bom governo ilegítimo; a de mostrar o mal da tropa desobediente e o bem da disciplina que sujeita a tropa à soberania das instituições civis, e que a grande disciplina não é somente a interna, nas próprias forças armadas, mas a externa, que as sujeita ao poder civil. Antônio Carlos dirá, ao começar

(61) JOSÉ HONÓRIO RODRIGUES. Ob. cit., pp. 280 e segs.

a crise da dissolução, que a tropa não é corpo deliberante, mas serve do Estado, ao qual lhe compete obedecer.

Aprende-se, pouco depois, a diferenciar entre a tropa que cerca a Assembléa e a tropa que faz o rei absoluto abdicar, devolvendo à Nação a soberania. Por isso, a obra de 1823 a 1831 consiste sobretudo em nacionalizar as forças armadas, inspirada na dissolução da Assembléa.

O povo brasileiro teve, com o comportamento da Assembléa de 1823, muitas lições de bravura, apesar dos exemplos de poltronaria. Um povo tem que aprender a ser bravo, a não ser apático e covarde. Não se pode abandonar um povo sem ameaçar a sobrevivência nacional.

Havia-se aprendido muito com a Assembléa, com o debate livre, com o direito de petição, com a liberdade de imprensa, com as garantias constitucionais em formação. "Todos constituíamos um todo homogêneo", como disse Antônio Carlos. Havia-se aprendido, com o comparecimento em massa do povo, que o patriotismo não era patrimônio da classe privilegiada, mas comum a todos os cidadãos, como escrevia o *Correio do Rio de Janeiro*. Havia-se aprendido a saber quem era ou não brasileiro.

A atuação da Assembléa Constituinte foi notável, quer no campo legislativo, quer na elaboração constitucional, não somente pela revelação de tantas figuras de saber e probidade, como pelo interesse de resolver os problemas nacionais. Ela viu sancionados seis dos 38 projetos de lei, suas comissões apresentaram 241 pareceres, e foram aprovados 24 artigos constitucionais. Ao final, ao contrário das Cortes Portuguesas de 1823, que se autodissolveram, quando D. João VI se retirou com a tropa para Vila Franca, aqui os Deputados tiveram um comportamento digno e irrepreensível, permanecendo nos seus postos e não os deixando senão pela força das baionetas.

.....

A Assembléa Constituinte revelou a novidade da nova nação e reuniu, para nossa admiração e reconhecimento, homens de tanta inteligência, visão tão clara e de tanto devotamento à liberdade nacional e às garantias individuais."

"Malgrado alguns excessos e impertinências — depõe o historiador OCTÁVIO TARQUÍNIO DE SOUSA ⁽⁸²⁾ —, a Assembléa estava desempenhando satisfatoriamente o mandato que recebera. Impertinências e excessos corriam à conta de paixões patrióticas muitas vezes provocadas pela insolên-

(82) OCTÁVIO TARQUÍNIO DE SOUSA. Ob. cit., v. 2, p. 146.

cia ou inépcia de adotivos e do desconhecimento das práticas parlamentares. O Projeto de Constituição por ela organizado (...) resumia o essencial para o funcionamento da monarquia representativa.”

Na voz da História o julgamento imparcial. Tal julgamento dimana dos *Anais*, onde estão registradas substanciosas teses de direito público, defendidas pela geração de 23, nas quais se contém, inclusive, as normas então em vigor no que diz respeito aos limites e harmonia dos poderes. A assertiva adquire maior realce quando se constata que é no Projeto Antônio Carlos — acervo das idéias jurídicas do tempo — que vai se espelhar a Constituição outorgada de 1824.

Expressam, igualmente, os *Anais* a bravura e a galhardia, ou melhor, a “dignidade histórica” com que se houve a Assembléia diante da iminência da dissolução. Os pronunciamentos anteriormente citados já o demonstram, mas nunca é demais lembrar as palavras proferidas por Antônio Carlos na sessão de 11 de novembro ⁽⁶³⁾:

“Sempre agradeço ao governo o escolher-me para alvo de seus tiros (honra que eu não esperava) como fez a outros meus colegas, iguais a mim em sentimentos de liberdade, pois em todos considero aversão devida à escravidão. Sei que posso desagradar, que me comprometo, que não tenho segurança apesar do título de Deputado, mas em minha consciência devo falar com imparcialidade, e então digo: Que liberdade temos nós? Que somos nós aqui? (...)

Como Deputado desta Assembléia, digo francamente que não temos segurança, que a Assembléia está coacta, e que não podemos deliberar assim, porque nunca se delibera debaixo de punhais de assassinos; por consequência, quero que se acrescente e se diga ao Governo que, não havendo motivo que justifique os movimentos da tropa, exponha o fim verdadeiro deles (...)

Mostre-se-lhe que ainda somos obrigados a morrer pelo povo brasileiro, isto se entende quando esta morte for útil, quando servir para aniquilar a escravidão; e que, estando a Assembléia nesta Corte rodeada da força armada, está coacta e não pode continuar a deliberar. Faça-se, enfim, saber ao Governo que não há senão as baionetas que perturbam o sossego público; que *apoiados* do povo nunca se podem considerar como provas de inquietações; e que até é ridículo, e induz a crer que o Governo não tem a que se apegar, o querer persuadir que a inquietação de toda a capital procede de *apoiados* das

(63) *Diário da Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil — 1823*. Ob. cit., v. III, p. 404.

galerias, e que este desassossego exige medidas extraordinárias (...) (64).

O Governo tem na sua mão tudo que é necessário; não se precisa de novas restrições. . . . O que nos faltava era sossego, e nada mais. E como o haverá vendo-se toda a tropa reunida ao Chefe da Nação, sem se saber para que fim! . . . Não se crimine o povo brasileiro pelo que aconteceu anteontem; ele é muito manso, ninguém executa melhor o evangelho que ele. Não admito, pois, restrições à liberdade de imprensa; o que quero é que se diga ao Governo que a falta de tranqüilidade procede da tropa e não do povo; e que a Assembléa não se acha em plena liberdade, como é indispensável para deliberar, o que só poderá conseguir-se removendo-se a tropa para maior distância."

Na véspera da dissolução já se antevê, na voz do bravo constituinte, a vitória do poder desarmado sobre o ato de força.

Em 12 de novembro, quando a tropa se aproxima da Assembléa, Antônio Carlos ainda tem um último rasgo de desafio: "Sr. Presidente, o nosso lugar é este. Se Sua Majestade quer alguma coisa de nós, mande aqui e a Assembléa deliberará."

Mas já se anunciava que o edifício estava cercado. O próprio Imperador descera de São Cristóvão, acompanhando as tropas e se recolhera ao Paço da Cidade, vizinho à Assembléa. O Presidente observa a propósito: "O que me dá grande satisfação, no meio de tudo, é ver a tranqüilidade da Assembléa."

Pela uma hora da tarde chega o aviso que um oficial esperava à porta do recinto, com um papel enviado pelo Imperador. O Secretário Manuel Antônio Galvão, Deputado por Goiás, vai receber a mensagem e procede à sua leitura.

Era o decreto de dissolução (65).

(64) Refere-se Antônio Carlos ao fato de, na sessão de 10 de novembro, ter permitido a Assembléa, em face da superlotação das galerias, que o povo entrasse no recinto privado, por trás das cadeiras dos Deputados, para assistir à sessão. Tal concessão — anti-regimental — é censurada na ocasião, tendo o mesmo Antônio Carlos pronunciado as seguintes palavras: "O que me admira é haver tanto medo do povo e tão pouco da tropa! No meio do povo brasileiro nunca podemos estar mal." Ecoam os aplausos de Deputados e populares, apesar das advertências do Presidente da Assembléa no sentido de que as galerias não podem se manifestar. Repetidas as manifestações, no decorrer dos trabalhos, o Presidente declara estar levantada a sessão. Este episódio vai servir de base para o Governo declarar tumultuada a Assembléa (JOSÉ HONÓRIO RODRIGUES, ob. cit., p. 203).

(65) AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. Forense, 1960, v. II, p. 81.

Et-lo: (**)

DECRETO DE 12 DE NOVEMBRO DE 1823 (67)

HAVENDO EU convocado, como tinha direito de convocar, a Assembléa Geral, Constituinte e Legislativa, por Decreto de três de junho do ano próximo passado, a fim de salvar o Brasil dos perigos que lhe estavam iminentes; e havendo esta Assembléa perjurado ao tão solene juramento que prestou à Nação de defender a integridade do Império, sua independência e a minha dinastia:

Hei por bem, como Imperador e Defensor Perpétuo do Brasil, dissolver a mesma Assembléa e convocar já uma outra na forma das Instruções, feitas para a convocação desta, que agora acaba; a qual deverá trabalhar sobre o Projeto de Constituição, que Eu lhe hei de em breve apresentar; que será duplicadamente mais liberal, do que o que a extinta Assembléa acabou de fazer.

Os meus Ministros e Secretários de Estado de todas as diferentes repartições o tenham assim entendido e façam executar a bem da salvação do Império. Paço, 12 de novembro de 1823, 2º da Independência e do Império.

Com a Rubrica de SUA MAJESTADE IMPERIAL.

Clemente Ferreira França. José de Oliveira Barbosa.

O Imperador baixa, ainda, o seguinte:

DECRETO DE 13 DE NOVEMBRO DE 1823

Tendo chegado ao meu conhecimento que, por desvio do generoso sentido das expressões com que se qualificara de perjura a Assembléa Legislativa do Brasil no Decreto da data

(66) Comentando os momentos que antecederam à dissolução da Assembléa, assim se expressa o Barão Homem de Melo (*A Constituinte de 1823 — Senado Federal, 1973, pp. 94 e 95*): "Mártires da pátria, esses cidadãos ilustres esperavam plácidos e serenos a hora suprema do sacrifício. Na longa noite de agonia, em sessão permanente no Paço da Assembléa, haviam-se confessado para comparecerem perante Deus; e diante da força bruta, que invadiu o santuário das leis, diziam firmemente: "O nosso lugar é este. Se S. M. quer alguma coisa de nós, mande aqui e a Assembléa deliberará." "Se morreremos, acabamos desempenhando nossos deveres." O poder prolongava a agonia da vítima. Estava resolvido que a Assembléa seria dissolvida à força armada, porque assim o exigira a tropa portuguesa."

(continua)

de ontem, que a dissolveu, se interpretavam aquelas expressões como compreensivas da totalidade da Representação Nacional: e desejando Eu que se conheça que jamais confundi os dignos Representantes do generoso povo brasileiro com a conhecida facção que dominava aquele Congresso:

Hei por bem declarar que, fazendo a justa distinção entre os beneméritos, que sempre tiveram em vista o bem do Brasil, e os facciosos que anelavam vinganças, ainda à custa dos horrores da anarquia, só estes se compreendem naquela increpação, como motores, por sua preponderância, dos males que se propunham derramar sobre a Pátria.

Os meus Ministros e Secretários de Estado o tenham assim entendido e façam publicar. Palácio do Rio de Janeiro, em 13 de novembro de 1823, 2º da Independência e do Império.

Com a Rubrica de SUA MAJESTADE IMPERIAL.

Clemente Ferreira França.

CONSTITUIÇÃO DE 1824

OUTORGA

Dissolvida a Assembléa, a idéa de uma Constituição para o Brasil não sofre solução de continuidade. No próprio decreto dissolutório, já publicado no presente trabalho, faz D. Pedro alusão à breve convocação de um novo corpo deliberativo constituinte, que “deverá trabalhar sobre o Projeto de Constituição que eu lhe hei de em breve apresentar; que será duplicadamente mais liberal do que o que a extinta Assembléa acabou de fazer”. Em 17 de novembro, insiste no ponto de vista ao expedir instruções para eleição dos novos Deputados. Tal cometimento, contudo, cede lugar às conveniências políticas.

O Conselho de Estado, criado por força de Decreto de 13 de novembro, com o objetivo declarado de fazer o projeto de Constituição, elabora, na verdade, a Lei Fundamental do Império.

(continuação da nota 67)

- (67) Após a leitura desse decreto, e “ao saírem os Deputados, foram presos, em nome de D. Pedro I, Antônio Carlos, Martim Francisco, Belchior Fernandes Pinheiro, José Joaquim da Rocha e Francisco Gê Acayaba de Montezuma. Foram conduzidos ao cais do Largo do Paço, embarcados em um escaler guarnecido de tropa e levados ao Arsenal da Marinha, acompanhados de quatro escaleres igualmente guarnecidos de tropa. “Tudo isto estava de antemão preparado”. Antônio Carlos, ao sair preso e acompanhado de soldados, tirou o chapéu a uma peça de artilharia que estava apontada para a porta que ele acabara de franquear, e disse: “*Respeito muito o seu poder*” (JOSÉ HONÓRIO RODRIGUES. Ob. cit., p. 222). Posteriormente, os três Andradas (Antônio Carlos, Martim Francisco e José Bonifácio) foram deportados juntamente com Montezuma, J. J. Rocha e Padre Belchior Pinheiro. O exílio dos Andradas durou cinco anos.

Leia-se o decreto referido:

DECRETO — DE 13 DE NOVEMBRO DE 1823

Cria um Conselho de Estado e nomeia os respectivos membros.

Havendo eu, por decreto de 12 do corrente, dissolvido a Assembléa Geral Constituinte e Legislativa, e igualmente prometido um projeto de Constituição, que deverá (como tenho resolvido por melhor) ser remetido às Câmaras, para estas sobre ele fazerem as observações, que lhe parecerem justas, e que apresentarão aos respectivos Representantes das Províncias, para delas fazerem o conveniente uso, quando reunidos em Assembléa, que legitimamente representa a Nação: E como para fazer semelhante projeto com sabedoria, e apropriação às luzes, civilização, e localidades do Império, se faz indispensável que eu convoque homens probos e amantes da dignidade imperial, e da liberdade dos povos: Hei por bem criar um Conselho de Estado, em que também se tratarão os negócios de maior monta, e que será composto de dez membros: os meus seis atuais Ministros, que já são Conselheiros de Estado natos, pela lei de 20 de outubro próximo passado, o Desembargador do Paço Antonio Luiz Pereira da Cunha, e os Conselheiros da Fazenda Barão de Santo Amaro, José Joaquim Carneiro de Campos, e Manoel Jacinto Nogueira da Gama: os quais terão de ordenado 2:400\$000 anuais, não chegando a esta quantia os ordenados, que por outros empregos tiverem. O Ministro e Secretário de Estado dos Negócios do Império o tenha assim entendido, e faça executar, expedindo as ordens necessárias. Paço, em 13 de novembro de 1823, 2º da Independência e do Império.

Com a rubrica de SUA MAJESTADE IMPERIAL.

Francisco Villela Barbosa.

Integram o órgão consultivo, na qualidade de Ministros do Governo, os Senhores Ferreira França (Marquês de Nazaré), Mariano da Fonseca (Marquês de Maricá), Villela Barbosa, e os antigos constituintes Maciel da Costa (Marquês de Queluz), Carvalho e Melo (Visconde da Cachoeira) e Silveira Mendonça (Marquês de Sabará). Como membros nomeados pelo decreto retrotranscrito, dele participam os ex-Deputados Álvares de Almeida (Marquês de Santo Amaro), Pereira da Cunha (Marquês de Inhambupe), José Joaquim Carneiro de Campos (Marquês de Caravelas) e Nogueira da Gama (Marquês de Baependi).

Em menos de 30 dias do ato constitutivo, ou seja, no dia 11 de dezembro, o Conselho dá por finda a missão, oferecendo o trabalho sob o título *Projeto de Constituição para o Império do Brasil, organizado no*

Conselho de Estado sobre as Bases apresentadas por sua Majestade Imperial, o Senhor D. Pedro I, Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil.

No majestoso título está explícita a participação do Monarca na elaboração do projeto de Constituição, que tem como redator principal o ex-Deputado José Joaquim Carneiro de Campos (Marquês de Caravelas) ou o seu irmão Francisco Carneiro de Campos, também ex-constituente. Nas mãos de dois ex-membros da Assembléia dissolvida gravita a História a respeito da autoria da proposição. O Barão do Rio Branco e Tavares Lyra indicam o nome de Francisco Carneiro de Campos, enquanto OCTÁVIO TARQUÍNIO DE SOUSA dá a primazia a José Joaquim Carneiro de Campos (68):

“Sem negar o valor intelectual do irmão, o certo é que Carneiro de Campos (José Joaquim) teve sempre o maior relevo e demonstrou, de par com qualidades políticas, grandes conhecimentos jurídicos. O paralelo entre o papel representado por um e outro na Constituinte assegura preeminência a José Joaquim Carneiro de Campos, ex-Ministro e nomeado Conselheiro de Estado a 13 de novembro. Seus discursos distinguem-se pela familiaridade com os temas de direito público em geral e servem pela limpidez da forma, rara na época, de amostra à redação do texto constitucional que se pretende transferir à mão fraterna.”

O trabalho elaborado tem como fonte imediata o Projeto Antônio Carlos: “a despeito de melhor redigido, de apresentar mais metodicamente as matérias, de possuir técnica jurídica de maior apuro e de encerrar inovações de monta, o projeto do Conselho de Estado repetiu muitíssimas vezes o da Assembléia dissolvida”, registra OCTÁVIO TARQUÍNIO DE SOUSA (69) (70). Também considera o Conselho, em seus estudos, “41 artigos básicos redigidos pelo Conselheiro Gomes da Silva com emendas e observações do próprio Imperador” (71).

A feição mais característica e inovadora do projeto do Conselho de Estado situa-se na inclusão de um quarto poder — o *Poder Moderador* — entre os poderes reconhecidos. Tal inserção vai retirar da proposição o caráter de “duplicadamente mais liberal” do que o projeto da extinta Assembléia, a que se referia D. Pedro na justificação do ato de força praticado a 12 de novembro. Através dela vai se instaurar, constitucionalmente, o germe do governo unipessoal autoritário.

(68) OCTÁVIO TARQUÍNIO DE SOUSA. Ob. cit., v. 2, p. 153.

(69) OCTÁVIO TARQUÍNIO DE SOUSA. Ob. cit., v. 2, p. 152.

(70) A *Revista de Informação Legislativa* (Senado Federal — Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 11, n. 41, jan./mar., 1974, p. 193) contém quadro comparativo do Projeto Antônio Carlos e da Constituição de 1824.

(71) AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO. *O Constitucionalismo de D. Pedro I no Brasil e em Portugal*. Ministério da Justiça, Arquivo Nacional, 1972.

Leia-se em A. TAVARES DE LYRA (72):

“Esse Poder Moderador foi, como é sabido, uma novidade de nosso direito constitucional sob a monarquia e representa a influência de idéias propagadas na França por Benjamin Constant. Para prova basta ler AURELINO LEAL (*História Constitucional do Brasil*): ... “O constituinte brasileiro recorreu a Benjamin Constant, de quem, aliás, não procede a instituição do poder *real, neutro, intermediário, conservador*, outros tantos nomes dados à instituição que recebeu na Carta de 1824 o nome de Poder Moderador. Na sua *Esquisse de Constitution*, o célebre autor de *Cours de Politique Constitutionnelle*, aludindo à distinção entre o Poder Real e o Poder Executivo, disse: Não reclamamos a honra dela; encontra-se o seu germe nos escritos de um homem muito ilustrado, que morreu durante as nossas perturbações, Clermon Tonerre. Há, disse este, no Poder Monárquico, dois Poderes distintos: o Executivo, investido de prerrogativas positivas, e o Real, que é mantido por tradições e reminiscências religiosas...”

A Benjamin Constant coube, “refletindo sobre essa idéia e convencendo-se da sua justiça”, apoiá-la, coincidindo a sua propaganda com um estado de alma coletivo, que a recebeu bem e aceitou.

No chamado “livro de ouro” — *Da Natureza e Limites do Poder Moderador* —, Zacarias de Góes e Vasconcellos bem o notou: ... “E, com efeito, a instituição do Poder Moderador passou quase literalmente da teoria do publicista francês para a Constituição do Império...”

Refere Mello Moraes, informado por Vasconcellos de Drummond, que, entre nós, quem primeiro defendeu a idéia foi Martin Francisco; mas Antônio Carlos a atribui aos Conselheiros de Estado (Aurelino Leal, *op. cit.*). Indiferente que pertencesse a estes ou àquele.

A meu ver, os Conselheiros a adotaram por sugestão de Francisco Carneiro de Campos, que por ela se batera com calor na imprensa (*Diário do Governo*, de julho de 1823). E, adotando-a, armaram o imperante do formidável poder pessoal de que diria Rui Barbosa: *o governo, isto é, a coroa só não fez o bem e o mal que não quis.*”

Nas palavras finais do Mestre se encontra a razão pela qual não está presente no Projeto Antônio Carlos o Poder Moderador. Não desejava a Constituinte armar o imperante do “formidável poder pessoal”, que traz insito o chamado “pouvoir neutre”, integrante do “pouvoir royal”.

(72) *Organização Política e Administrativa do Brasil (Colônia, Império e República)*. São Paulo—Rio de Janeiro—Recife—Porto Alegre, Companhia Editora Nacional, 1941, pp. 64-65.

Mas, no seio da Assembléia, na sessão de 26 de junho, uma voz se fez ouvir na defesa da instituição. José Joaquim Carneiro de Campos, nomeado pelo decreto de 13 de novembro (v. supra) membro do Conselho de Estado e tido como o principal redator do Projeto da Carta outorgada:

O Sr. José Joaquim Carneiro de Campos (73): — “Cumpre que jamais percamos de vista que o Monarca constitucional, além de ser o chefe do Poder Executivo, tem, de mais a mais, o caráter augusto de defensor da Nação: ele é a sua primeira autoridade vigilante, guarda dos nossos direitos e da Constituição. Esta suprema autoridade, que constitui a sua pessoa sagrada e inviolável, e que os mais sábios publicistas deste tempo têm reputado um poder soberano, distinto do Poder Executivo por sua natureza, fins e atribuições, esta autoridade, digo, que alguns denominam *poder neutro* ou *moderador* e outros *tribunício*, é essencial nos governos representativos.

Em verdade, Senhores, desde o momento em que a Nação, não podendo exercer por si mesma todos os seus poderes, delega o exercício deles, uma saudável desconfiança de perder a sua liberdade e cair debaixo do julgo da tirania se coloca ao lado da confiança que ela tem nos seus mais acreditados representantes.

A Nação não ignora que todo poder tende por si mesmo a ampliar-se; e que é da natureza do homem amar o poder. Nas Monarquias Representativas, dois riscos há a correr: 1º) a reunião dos poderes no Corpo Legislativo, o que constituiria a tirania de muitos; 2º) a reunião dos poderes no Chefe da Nação, o que lhe daria o caráter de um Monarca absoluto, e formaria a tirania de um só. Para conservar a liberdade entre estes dois escolhos é indispensável que o Poder Legislativo e o Monarca sejam armados de uma igual vigilância: o Poder Legislativo sobre os Ministros, que no exercício do Poder Executivo podem favorecer a tirania de um só; e o Monarca sobre o Corpo Legislativo, para que este não possa sair dos limites que a Nação lhe tem marcado.

Estas considerações deram nascimento ao Poder Moderador, que é o baluarte da liberdade pública (...). A necessidade deste poder supremo não escapou a muitos dos sábios legisladores das antigas repúblicas. Lacedemônia teve Éforos; Roma, Tribunos; Cartago, o seu Conselho dos Cem; e Veneza, o dos Dez e a Quarentia criminal.

O Monarca, posto que seja o chefe do Poder Executivo, não tem o seu exercício, os seus Ministros são os que exercem este poder, e por isso eles são responsáveis e não o Monarca: a

(73) *Diário da Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil* — 1823. Sessão de 26 de junho. Ob. cit., v. I, pp. 300 a 302.

sanção não pertence ao Poder Executivo, como inculcou o ilustre membro, é uma atribuição do Poder Vigilante ou Moderador, que nas monarquias representativas só o Monarca pode exercer.”

Coerentemente com a tese defendida na Constituinte, teria partido de José Joaquim Carneiro de Campos a idéia da introdução, entre nós, do Poder Moderador?

PAULINO JACQUES⁽⁷⁴⁾, com base no projeto originário do ex-membro da Assembléia dissolvida, publicado nas Atas do Conselho do Estado, responde negativamente à indagação. Para o jurista, a primazia na lembrança da inserção de um quarto poder no direito constitucional pátrio cabe a Martin Francisco, sobre o qual escreve:

“Esboçou um anteprojeto de Constituição, em caráter reservado, no qual incluía o Poder Moderador, fiel à concepção de Benjamin Constant. Diante do anteprojeto do irmão Antônio Carlos, que obteve pleno apoio de José Bonifácio, não levou à frente o tentame. Acontece, porém, que o Imperador teve conhecimento do fato, e mostrou desejo de conhecer o trabalho de Martin Francisco. Um amigo comum fê-lo chegar-lhe às mãos. O jovem imperante não ignorava os *Principes* e o *Cours* do publicista liberal francês, aliás, admiravelmente bem escritos, pois Benjamin Constant era também literato. Exultou e incluiu o Imperador essa novel instituição, nos subsídios que ofereceu ao Conselho de Estado, cujo relator do Projeto, Carneiro de Campos, incorporou-o ao mesmo.

Esse fato foi confirmado pelo Deputado Martin Francisco Neto, em 1914, quando, em sessão da Câmara dos Deputados de 1º de outubro desse ano, Felisbelo Freire falava acerca do assunto (veja *Diário do Congresso Nacional*, de 1º-10-1914, p. 2.022).”

AFONSO ARINOS⁽⁷⁵⁾, sem se deter no autor originário da inovação, atribui, apoiado em dados históricos, a iniciativa da inserção do Poder Moderador no projeto do Conselho de Estado ao próprio Imperador:

“Hoje resta pouca dúvida de que o Imperador Pedro I tenha influído diretamente na inclusão do poder que tanto interessava a sua sede de autoridade entre os Capítulos da Carta que outorgou.

O estudo feito a respeito do assunto por Octávio Tarquínio de Sousa, na sua biografia de Pedro I, esclarece conveniente-

(74) PAULINO JACQUES. Do Relacionamento dos Poderes Políticos na Constituição do Império. *Revista de Informação Legislativa*. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 11, n. 41, jan./mar., 1974, pp. 6 e 7.

(75) AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO. *O Constitucionalismo de D. Pedro I no Brasil e em Portugal*.

mente a matéria. D. Pedro, como tantos homens das classes superiores da América Latina, lera cuidadosamente a obra de Benjamin Constant. Segundo informa um crítico deste autor, seus livros chegavam a ser vendidos em maior número no nosso Continente do que na França. Como indica Octávio Tarquínio (e pudemos confirmar pessoalmente examinando o documento) o projeto de bases da Constituição de 1824, escrito pelo Conselheiro Gomes da Silva sob inspiração do Imperador, projeto este anterior ao do Conselho de Estado e que lhe foi seguramente presente como ponto de partida, contém no artigo 2º a existência de quatro poderes no Estado, entre os quais o Moderador. Abaixo desta palavra vê-se perfeitamente a confirmação com a letra de D. Pedro: "sim."

Deixando de lado as divergências doutrinárias se, assim, se podem caracterizar as opiniões citadas, o fato é que o Projeto do Conselho de Estado, ao adotar o Poder Moderador, atende aos "pendores de mando" do Monarca e, ao inscrever amplas garantias aos direitos individuais, também, responde aos sentimentos liberais de D. Pedro.

A encomenda está perfeita. Não seria temerário submeter a proposição ao exame de uma Assembléa Constituinte que poderia modificá-la, emendá-la ou mesmo rejeitá-la?

Na dúvida, opta o Imperador por um "expediente mais simples". Em 17 de dezembro remete o Projeto do Conselho para a apreciação do Senado da Câmara do Rio de Janeiro ("Senado e Câmara" — explica AFONSO ARINOS — "era o título conferido a poucas corporações mais importantes") e das Câmaras Municipais das Províncias.

No ato do Monarca se revelam, de certa forma, os pronunciamentos feitos na Constituinte, na sessão de 6 de maio, pelos Srs. Luiz Inácio de Andrade Lima e Custódio José Dias ao se referirem à "Fala do Trono", proferida pelo Imperador no dia mesmo da abertura oficial da Assembléa:

O Sr. Luiz Inácio de Andrade Lima (76): — "A Fala de Sua Majestade Imperial está sem dúvida concebida em termos constitucionais, mas notam-se no fim dela algumas palavras ambíguas, cujo sentido não é talvez bem claro. Diz que espera que a Assembléa faça uma Constituição digna dele, e do Brasil, e que sendo assim a defenderá; ora, constituindo-se deste modo Juiz em causa própria, e sendo ao mesmo tempo Defensor do Brasil, poderá inferir-se que Sua Majestade pretende por si só julgar da bondade da Constituição..."

O Sr. Custódio José Dias (76): — "O povo brasileiro tem posto em nós a sua confiança, e espero que façamos uma Constituição digna dele; mas eu me considero e a todos nós

(76) *Diário da Assembléa Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil* — 1823. Sessão de 6 de maio. Ob. cit., v. I, pp. 27 e 28.

em críticas circunstâncias, logo que se suscita a questão se Sua Majestade Imperial merece mais amor ao público, e tem mais influência na opinião geral do que a Assembléa; pois em tal caso poderá Ele dar uma Constituição, ou pelo meio da força descoberta, ou por qualquer maneira injusta. . .”

Continuemos, porém, a analisar o andamento do Projeto do Conselho de Estado até a transformação do texto na Constituição outorgada de 1824.

O Senado da Câmara do Rio de Janeiro julga o Projeto “sem nenhum defeito, mas para dar um cunho democrático ao seu procedimento manda colocar dois livros: um, que recolheria as assinaturas a favor do juramento da Constituição, tal como está redigido o Projeto, outro, em que assinariam os partidários da reunião da nova Constituinte” (77).

Leia-se o Edital afixado pela Câmara da Corte (78):

“O Senado comunica a todas as classes de cidadãos que, havendo lido e examinado o dito projeto, não achara reflexão alguma a fazer, antes encontrara uma prova não equivocada do liberalismo de Sua Majestade Imperial, do seu Ministério e do seu Conselho de Estado; que nestes termos o Senado; “por evitar o grande intervalo de tempo que estaríamos sem uma lei que nos regulasse, vendo ao mesmo tempo que não poderá haver Constituição mais liberal”; “vendo também que não podia ser menos liberal, porque então, encontrando a vontade geral dos Povos, estes a não quereriam abraçar”; “vendo ultimamente que uma nova Assembléa Geral, Constituinte e Legislativa, nada mais poderia fazer do que aceitar este projeto”; finalmente resolveu abrir dois livros para que num se manifestassem os cidadãos que quisessem ver logo jurado o dito projeto e no outro os que pensassem de modo contrário.”

Após menos de duas semanas, dá-se por finda a coleta de assinaturas: “Quarenta e duas páginas assinadas acatavam a outorga. Nem uma só assinatura marcava objeção à mesma.”

A favor do juramento do Projeto do Conselho de Estado, também, se pronunciavam muitas das Câmaras Municipais das Províncias. Outras, entretanto, se manifestam pela repulsa.

Em Pernambuco, a ala esquerda liberal agitou-se sob a liderança do bravo frei Caneca, que, em páginas enérgicas, condena perante a Câmara do Recife a dissolução e diverge de tópicos do novo projeto. Aliás, a inconformidade do liberalismo pernambucano com a Constituição outor-

(77) OCTAVIO TARQUÍNIO DE SOUSA. Ob. cit., p. 166.

(78) CLAUDIO PACHECO. *Tratado das Constituições Brasileiras*. Freitas Bastos, 1958, v. I, pp. 205 e 206.

gada está na raiz da próxima e sangrenta revolução separatista de 1824, na qual frei Caneca vai encontrar heróico fim. A Bahia, igualmente, se inquietou, em face dos acontecimentos. Houve, na Câmara da Capital, severos reparos à atitude do Imperador, e foi necessária muita influência de homens moderados e respeitados, inclusive de Felisberto Caldeira Brant (que D. Pedro tinha mandado à Província exatamente a fim de convencê-la da necessidade do juramento do projeto), para que a Câmara baiana votasse o seu assentimento. Outro Município no qual as resistências apareceram consideráveis, foi o de Itu. Nesta cidade paulista, a exemplo de frei Caneca no Norte, outro padre, Diogo Feijó, colaborou em fundada crítica ao projeto de Constituição. A Câmara de Itu recusou o alvitre de aprovar imediatamente o projeto do Conselho de Estado, alvitre que havia sido sugerido pela Câmara do Rio, e nomeou uma comissão de notabilidades locais para examinar o texto e apresentar sugestões. Desta comissão foi relator Feijó, e o resultado dos seus esforços está compendiado numa série de modificações liberais que propôs, e que ainda hoje nos surpreendem pelo seu acertado descortino. Propunha o relatório de Feijó, entre outras, medidas como a temporariedade parcial do Senado, e a restrição das faculdades políticas conferidas ao Poder Moderador. Estas reivindicações foram, depois, as mais constantes da doutrina liberal, em toda a vida do Império. Como se vê, elas acordaram precocemente na consciência dos liberais ituanos e, provavelmente, se achavam presentes em outros pensamentos em todo o País.” (79)

As manifestações de órgãos “presumidamente populares, como as Municipalidades”, entretanto, somente parecem válidas à medida que acordam com o pensamento do Imperador, que não é outro senão o de jurar o Projeto de Constituição tal como proposto pelo Conselho de Estado. Em proclamação ao governo da Bahia fala D. Pedro, na voz de Maciel Costa, sobre o projeto de Constituição: “S.M.I. sente um inefável prazer em comunicar ao governo que, tendo nele (projeto) trabalhado de coração e vontade como o seu Conselho de Estado, foi fácil concluí-lo e publicá-lo em poucos dias, como entende que cumpria à crítica situação do Império, para tranquilizar os tímidos, desenganar os duvidosos e envergonhar os impostores, que têm ousado assoalhar argumentos contra o liberalismo de suas idéias e princípios políticos, e também porque entendeu S.M.I., em sua Alta Sabedoria, que um dos maiores bens, que podem vir ao Império, na situação em que se acha, é o ter quanto antes o seu Código Político por onde se governe, verdadeira Arca de Aliança com a qual se deve abraçar (...)”

“Não se dera bem o Imperador com a primeira Assembléia; não se encaminharia para outra, a despeito de já a haver convocado. Em vez de Deputados discutindo com sobrançeria, propondo modificações, retardando o andamento do Projeto, a solução mais prática, mais cômoda, mais

(79) AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. Ob. cit., v. II, pp. 86 e 87.

expedita seria ouvir as Câmaras Municipais, aparentemente para que estas apresentassem emendas e correções, mas na realidade para que dessem o seu aplauso e rogassem o imediato juramento da Constituição escrita com tanta sapiência”, assinala OCTÁVIO TARQUÍNIO DE SOUSA ⁽⁸⁰⁾.

Como se observa, a idéia da outorga já está, de há muito, entranhada no espírito de D. Pedro que, em 11 de março de 1824, baixa o seguinte decreto:

DECRETO – DE 11 DE MARÇO DE 1824

Manda jurar o Projeto da Constituição Política do Império, e designa para esta solenidade o dia 25 do corrente mês.

Tendo subido à Minha Imperial Presença representações de tantas Câmaras do Império, que formam já a maioridade do Povo Brasileiro, participando que o Projeto de Constituição, que lhes ofereci, tem sido aprovado unanimemente, e com o mais patriótico entusiasmo; pedindo-me instantemente que haja Eu por bem jurá-lo, e mandá-lo jurar já, como Constituição do Império:

E considerando quão justas são estas instâncias do leal Povo Brasileiro, pelas incontrastáveis vantagens, que se seguem de possuir quanto antes o seu Código Constitucional:

Tenho resolvido, com o parecer do meu Conselho de Estado, jurar, e mandar jurar o dito projeto, para ficar sendo Constituição Política do Império: O qual juramento terá lugar, nesta Corte, em o dia 25 do corrente mês, que para esse fim tenho designado; e fora dela, logo que este meu Imperial Decreto for apresentado às respectivas autoridades. João Severiano Maciel da Costa, do meu Conselho de Estado, Ministro e Secretário de Estado dos Negócios do Império, o tenha assim entendido, e faça executar com os despachos necessários. Paço, em 11 de março de 1824, 3^o da Independência e do Império.

Com a rubrica de SUA MAJESTADE IMPERIAL.

João Severiano Maciel da Costa.

O ato solene de juramento realiza-se, efetivamente, no dia 25 de março de 1824, na Catedral do Rio, “recebendo assim o País, como Estado independente, pelo processo de outorga, a sua primeira Constituição” ⁽⁸¹⁾. “À noite foi o Imperador ao teatro, e lá, antes de qualquer pessoa, deu um viva à nossa Constituição, repetiu-o cinco vezes e rematou com outro à nossa perpétua Independência” ⁽⁸²⁾.

(80) OCTÁVIO TARQUÍNIO DE SOUSA. Ob. cit., v. 2, p. 165.

(81) CLÁUDIO PACHECO. Ob. cit., p. 206.

(82) OCTÁVIO TARQUÍNIO DE SOUSA. Ob. cit., v. 2, p. 168.

Características essenciais

A nossa primeira Constituição consagra o Estado unitário, fortemente centralizador. Divide o País em Províncias, mas as governam presidentes de livre nomeação e demissão do Imperador. E sob a inspiração da razão brasileira, “esclarecida pela experiência dos povos, o sentimento de seus hábitos, a previsão de sua segurança e bem ser” (83) conforme o entendimento de PIMENTA BUENO, adota a forma de governo monárquico-hereditária, constitucional e representativa.

No tocante à divisão e harmonia dos poderes do Estado, “princípio conservador dos direitos dos cidadãos e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece” (art. 9º), informa-se na doutrina de MONTESQUIEU. Dela, entretanto, se afasta quando configura como poderes políticos, além dos Poderes Executivo, Judicial e Legislativo, o Poder Moderador.

Os quatro poderes são delegados pela Nação; e a Nação detentora da soberania, representada pelo Imperador e Assembléia Geral.

O Poder Executivo tem como Chefe o Imperador e é exercido, nos termos constitucionais, pelos Ministros de Estado. “Mas, como é o Imperador quem nomeia livremente os seus Ministros, observa AFONSO ARINOS (84), segue-se que juridicamente é também exercido por ele, embora indiretamente.”

“A ilhargá do Executivo, há um Conselho de Estado, composto de Conselheiros vitalícios — também nomeados pelo Imperador, não podendo o seu número exceder de dez membros. Cabe-lhe opinar em todos os negócios graves e medidas gerais da administração pública” (85).

Exercem o Poder Legislativo a Assembléia Geral e o Imperador. “Este, através da concessão ou denegação da sanção.”

A expressão Assembléia Geral “é a mais utilizada no Império para indicar a reunião dos representantes do povo, como órgão essencial do Poder Legislativo”. O Decreto de 3 de junho de 1822, instrumento de convocação da representação popular com vistas à elaboração de uma Constituição para o Império, já a empregara. A Carta outorgada, também, adota a nomenclatura, inspirada nas idéias da França, onde os órgãos políticos aparecem à época sob a denominação — “Assemblée Nationale” (86).

A Assembléia Geral, na estrutura bicameralista brasileira, lançada no Império e preservada até hoje, compõe-se da Câmara dos Deputados —

(83) PIMENTA BUENO. *Direito Público e Análise da Constituição do Império*. Brasília, Senado Federal, 1978, p. 27.

(84) AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. Ob. cit., v. II, p. 97.

(85) FRANCISCO FERREIRA DE CASTRO. *Notícia do Direito Brasileiro*. 1970, p. 20.

(86) ANA VALDEREZ A. NEVES DE ALENCAR. Ob. cit., p. 192.

eletiva e temporária — e da Câmara dos Senadores ou Senado ⁽⁸⁷⁾, integrado por membros vitalícios, nomeados pelo Imperador, diante de lista tríplice escolhida pelos delegados eleitores das Províncias.

Tanto os Senadores como os Deputados são eleitos pelo povo, através de eleições indiretas, obedecendo o princípio majoritário. Como exceção à regra, concede a Constituição de 1824 aos Príncipes da Casa Imperial o direito de serem Senadores, desde que atinjam a idade de 25 anos.

VICTOR NUNES LEAL ⁽⁸⁸⁾ classifica o Parlamento imperial de “oligárquico-democrático”: “Era democrático, porque a Câmara dos Deputados provinha exclusivamente de eleições. Era oligárquico porque o Senado resultava da eleição de uma lista de nomes, dentro dos quais o Imperador escolhia o Senador vitalício.

Era oligárquico, ainda, porque todo o processo eleitoral estava dominado pela influência do governo e do senhorio rural. Nas palavras de um estudioso brasileiro, “o agricultor, que com o Município fixara a civilização, vai, logo depois, com o Império, organizar o Estado” (EDMUNDO ZENHA, *O Município no Brasil*, p. 167).⁹

O Poder Judicial delega a Carta a juízes e jurados. Os juízes, apesar de gozarem da garantia da perpetuidade, podem ser removidos e suspensos.

(87) Explicando a origem das expressões “Câmara dos Deputados” e “Câmara dos Senadores”, diz ANA VALDEREZ A. NEVES DE ALENCAR (ob. cit., p. 193), informando-se em JOSÉ HONÓRIO RODRIGUES, que “nada existia na tradição latina, neolatina, portuguesa que sugerisse a composição designativa dos dois ramos do Poder Legislativo, tal como os denominou a Carta de 1824. Em Portugal, as designações “Câmara dos Deputados” e “Câmara Alta”, datam da Constituição de 1838 e somente na Carta de 1911, são usados os vocábulos Câmara dos Deputados e Senado, para indicar as assembleias legislativas”. Conclui citando JOSÉ HONÓRIO RODRIGUES: “Tudo faz crer que foi a influência inglesa, francesa e americana que decidiu o nome dos dois ramos do Poder Legislativo no Brasil. Na Inglaterra, as instituições mais antigas, mais creditadas, mais admiradas pelos brasileiros, que desde a luta pela Independência contavam com o apoio britânico, levavam os nomes de *House of Commons* e *House of Lords*; a Constituição dos Estados Unidos, lida pelos revolucionários brasileiros desde 1789, adotara as designações de *House of Representatives* e *Senate*; na França, desde a restauração monárquica, a Constituição de 1814 criara a *Chambre des Députés*. O *Senat Conservateur* existira durante o Consulado e o Primeiro Império, pela Constituição do Ano VIII (1799), e fora suprimido em 1814, quando se criou, pelos Bourbons, a Câmara dos Pares, que havia sido abolida pela Revolução. Deste modo, parece evidente que foi de inspiração francesa a denominação de Câmara dos Deputados, e de inspiração americana a de Senado. *Chambre*, cuja origem grega é a mesma de Câmara, tinha, no Brasil, a vantagem de gozar de uma tradição, pois, como vimos, era aplicada aos conselhos municipais. A maior novidade consistia em dizer-se Câmara dos Senadores, ou Senado (título IV, cap. I, art. 14 e título IV, cap. III, art. 40)”.

(88) VICTOR NUNES LEAL. *Postilas de Direito Constitucional*. 1963.

O Poder Moderador — chave de toda a organização política, segundo a conceituação do art. 98 da Carta outorgada — é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação e seu primeiro representante para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais Poderes.

Entre as atribuições amplas do Poder Moderador, incluem-se as de nomear Senadores, sancionar as leis, dissolver a Câmara dos Deputados, suspender os Magistrados, nomear e demitir livremente os Ministros de Estado.

No Poder Moderador — escreve JOÃO CAMILO DE OLIVEIRA TORRES⁽⁸⁹⁾ — concentram-se “as razões nacionais em toda a sua plenitude, cabendo aos demais Poderes representar interesses seccionais e as paixões da hora”.

REFORMA DA CONSTITUIÇÃO

Processo de reforma

O legislador de 1824 toma como ponto de partida, no enfoque da matéria, a dicotomia dos preceitos insertos na Constituição. Uns, considerados *propriamente constitucionais*, somente podem ser alterados mediante formalidades especiais. Outros, por não possuírem tal caráter, são suscetíveis de modificação pelo processo comum de elaboração de leis ordinárias.

A linha demarcatória, entre as duas classes de preceitos, é fixada pelo art. 178, *verbis*: “É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos, e aos direitos políticos individuais dos cidadãos; tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas, pelas legislaturas ordinárias.”

Aí se distingue, como esclarece NELSON DE SOUSA SAMPAIO⁽⁹⁰⁾, “dentro da “Constituição” formal, uma constituição material, a única de caráter *rígido*. O restante seria flexível”. Os conceitos material e formal de Constituição, portanto, se contêm em um texto escrito, o que, de certa forma, contraria a assertiva, segundo a qual toda Constituição escrita deve ser rígida.

Escreve ROSAH RUSSOMANO⁽⁹¹⁾:

“A Constituição de 1824, pelo fato de ser escrita, deveria ser rígida, embora não haja sinonímia entre Constituições es-

(89) JOÃO CAMILO DE OLIVEIRA TORRES. “A Democracia Coroada”. *Teoria Política do Império do Brasil*. 2ª ed., Vozes, 1964, p. 79.

(90) NELSON DE SOUSA SAMPAIO. *O Poder de Reforma Constitucional*. Bahia, Progresso, 1964, pp. 18 e 19.

(91) ROSAH RUSSOMANO. Facetas da Constituição de 1824. *Revista de Informação Legislativa*. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 11, n. 41, jan./mar., 1974, p. 17.

critas e rígidas, mas, tão-só, princípios tendenciais, de sorte que a Constituição escrita tende a ser rígida, assim como a costumeira tende a ser flexível.

Ou seja — aquela, para ser modificada, por força de exigências ambientais que requeiram o processo formal de mudança constitucional, impõe que se sigam as tramitações exaradas no próprio texto supremo, tramitações estas mais rigorosas do que as exigidas para a elaboração das leis ordinárias; esta, para ser alterada, cinge-se a procedimentos mais simples, inerentes às normas comuns.

Ora, a Constituição Imperial apresentou, sob este ângulo, um aspecto híbrido.

Uma parte — a constitucional propriamente dita — era rígida, sendo suscetível de alteração tão-só através de emenda constitucional.

Outra parte era flexível. Transformável, portanto, de acordo com os preceitos que regem a elaboração das leis em geral.”

Ao prescrever a flexibilidade de determinados artigos e a inflexibilidade de outros, para efeito de reforma, a Carta outorgada espelha-se na tese defendida por BENJAMIN CONSTANT, no seu livro *Cours de Politique Constitutionnel*, obra publicada em 1818—1820, onde se lê: “*De ce qui n'est pas constitutionnel: Tout ce qui ne tient pas aux limites et aux attributions respectives des pouvoirs, aux droits politiques, et aux droits individuels ne fait pas partie de la Constitution, mais peut être modifié par le concours du roi et des deux chambres.*” O Projeto Antônio Carlos também adotara a sugestão com a única diferença de que nele a parte apenas *formal* da Constituição era também rígida, embora menos rígida do que a sua parte material (*2). Os arts. 267 e 268 da referida proposição elucidam a matéria:

Art. 267 — É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos, e aos direitos políticos e individuais.

Art. 268 — Tudo o que não é constitucional pode ser alterado pelas Legislaturas ordinárias, concordando dois terços de cada uma das Salas.

Os redatores da Carta outorgada, como se observa, interpretam com maior rigor o pensamento de CONSTANT, haja vista que o art. 178 da Lei Maior corresponde a uma tradução quase literal da parte “*De ce qui n'est pas constitutionnel*”, da obra *Cours de Politique Constitutionnelle*.

(92) NELSON DE SOUSA SAMPAIO. Ob. cit., p. 19.

Leia-se em AFONSO ARINOS (93):

“A idéia de que havia nas Constituições uma parte intangível e outra reformável, sendo aquela a única propriamente constitucional, é típica de Benjamin Constant... , embora já houvesse sido expressa, antes dele, por outros escritores, inclusive Jean Bodin. Foi aproveitando e flexibilizando a sugestão do Projeto Constituinte, que a Constituição de 1824, no seu art. 178, admitiu o verdadeiro alcance da tese do escritor, indo muito além do Projeto Antônio Carlos, pois permitiu que todas as matérias não consideradas constitucionais, embora contidas no texto da Constituição, pudessem ser alteradas sem as formalidades exigidas para as emendas propriamente constitucionais. Isto deu à nossa Constituição imperial aquele curioso e raro caráter de lei meio rígida e meio plástica, que permitiu reformas de discutível validade jurídica, como, por exemplo, a da chamada Lei de Interpretação, de 1840, que veio circunscrever os efeitos do Ato Adicional, e que, com tanta procedência, provocou os reparos dos juristas liberais durante toda a vida do Império.”

Sem entrar na análise estritamente jurídica das reformas realizadas, a verdade é que os dispositivos da Carta outorgada — entre os quais se destaca a norma do art. 178 em foco — permitem ao Parlamento brasileiro, à época, manter, sem o recurso a medidas de exceção, o equilíbrio institucional do Império.

Nesse sentido, evoque-se a lição de PAULO BONAVIDES (94):

“Com efeito, no Império, houve uma única Constituição e uma só reforma constitucional, ao longo de seus 65 anos de existência. Nenhum texto do século XIX sobreleva em clareza e limpidez a lição que ele trouxe sobre o que seja matéria constitucional e matéria da Constituição. Desfez um equívoco em que ainda incorrem juristas despreparados na velha teoria constitucional. Rezava assim com alta técnica jurídica o artigo 178: “É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos: tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas, pelos legisladores ordinários.” Esse texto fazia à singularidade da Constituição do Império: a um tempo flexível e rígida.” (...)

“A Constituição do Império no decurso de sua larga vigência foi mais criadora do que transformadora. Nisso assentou

(93) AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. Ob. cit., pp. 58 e 59.

(94) PAULO BONAVIDES. O Poder Moderador na Constituição do Império. *Revista de Informação Legislativa*. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 11, n. 41, jan./mar., 1974, p. 32.

sem dúvida seu maior merecimento e prestígio: produziu desde a Independência um Estado unitário, mantido com o simultâneo empenho de prevenir a restauração do domínio português e posteriormente de resistir a todo ensaio de esfacelamento da união interna.

Em suma, criou a nação, sendo o unitarismo a mais alta lição de sabedoria política legada pelo Príncipe outorgante. Sem a Constituição centralizadora, a unidade nacional jamais vingaria. O federalismo precoce da Constituinte e da Abdicação teria minado e solapado as bases da consolidação política do País. Os agentes da ideia nova contida no princípio federativo, na época tão intimamente associado ao princípio da liberdade política e tão aparentado com a concepção republicana de poder, estiveram a pique de ultimar seu programa radical da reforma. Mas a acomodação e o bom senso acabaram prevalecendo desde o compromisso do Ato Adicional, na medida em que este foi atenuado pela célebre Lei de Interpretação. Ali, a reforma, aqui, a contra-reforma. De ambos, porém, um resultado necessário e louvável: o equilíbrio institucional, chave das quatro décadas de quase perfeita estabilidade política em que não houve mais necessidade de tocar na Constituição."

Tramitação da proposta de reforma à Constituição

A reforma à Constituição, desde que tenha por objeto disposições consideradas como materialmente constitucionais, obedece as formalidades prescritas nos arts. 174 a 177 da Lei do Império:

Art. 174 — Se, passados quatro anos depois de jurada a Constituição do Brasil, se reconhecer que algum de seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escrito, a qual deve ter origem na Câmara dos Deputados e ser apoiada pela terça parte dela.

Art. 175 — A proposição será lida por três vezes, com intervalo de seis dias de uma à outra leitura; e depois da terceira deliberará a Câmara dos Deputados se poderá ser admitida à discussão, seguindo-se tudo o mais que é preciso para a formação de uma lei.

Art. 176 — Admitida a discussão e vencida a necessidade de reforma do artigo constitucional, se expedirá lei, que será sancionada e promulgada pelo Imperador, em forma ordinária, e na qual se ordenará aos eleitores dos Deputados para a seguinte legislatura, que nas procurações lhes confirmam especial faculdade para a pretendida alteração ou reforma.

Art. 177 — Na seguinte Legislatura e na primeira sessão, será a matéria proposta e discutida, e o que se vencer preva-

lecerá para a mudança ou adição à lei fundamental; e juntan-
do-se à Constituição será solenemente promulgada.

Em duas etapas interligadas divide o legislador do Império, nos termos dos artigos supracitados, o processo de emenda à Constituição. Na primeira, expedem-se lei autorizativa da reforma e do “mandato necessário” para que a mesma se verifique, enquanto na segunda, se exaure o procedimento anterior, com a efetivação da reforma propriamente dita, como se constatará a seguir.

Preliminarmente, veda a Lei Maior qualquer emenda ao seu texto, antes de decorrido o período de quatro anos de sua vigência. A disposição, segundo PIMENTA BUENO (95), não é somente aplicável à primeira alteração constitucional, mas, também, às que lhe sucederem. “A Constituição” — diz o Mestre — “inibiu a reforma, antes de passados quatro anos, e por isso mesmo julgamos que essa disposição não é transitória, e sim aplicável a qualquer alteração que tenha sido consumada; entendemos que o ato adicional, por exemplo, não poderia ter sido reformado senão depois de passados quatro anos da data do seu juramento.”

Vencido o período mencionado, reserva a Carta outorgada a *iniciativa* da reforma à Câmara dos Deputados, mediante proposição, subscrita por um terço de seus membros. Essa proposição deve ser lida por três vezes, com intervalo de seis dias de uma a outra leitura, sendo somente suscetível de deliberação após a terceira leitura. Se a Câmara dos Deputados julgar, na oportunidade, ser necessária a reforma sugerida, aprovando, por maioria, a proposição, segue esta os demais trâmites referentes à elaboração das leis ordinárias. Isto é, vai à apreciação do Senado, e, uma vez aprovada, sobe à sanção imperial.

A lei, assim feita, “ordena aos eleitores dos Deputados para a seguinte legislatura que lhes confirmem especial faculdade para a alteração ou reforma pretendida, e que é nela expressada”.

Com a enumeração taxativa dos artigos que serão objeto de reforma, na própria lei em que se solicita mandato especial para tal, obtêm-se, diz PIMENTA BUENO, vantagens preciosas. “A opinião pública tem tempo de pronunciar-se com inteiro conhecimento de causa e, por outro lado, limitam-se os poderes da nova Câmara para que não exceda o voto nacional claramente manifestado; sua missão é, assim, circunscrita. Sem isso seria possível efetuar reformas inesperadas, surpreender a expectativa nacional, adotar inspirações súbitas ou movimentos inconsiderados de paixões políticas. Todo artigo que não foi declarado reformável não pode ser reformado” (96).

Relevante notar a vinculação estreita do Monarca nos procedimentos até aqui indicados. A denegação da sanção à norma — acionadora do processo de emenda — confere ao Imperador a faculdade de protelar ou até

(95) JOSÉ ANTÔNIO PIMENTA BUENO. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Ob. cit., p. 477.

(96) PIMENTA BUENO. Ob. cit., p. 478.

obstaculizar a reforma constitucional, como observa argutamente **MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO** (97):

“No direito brasileiro, a Carta de 1824 reservava a iniciativa ao terço da Câmara dos Deputados (art. 174) e, se a maioria desta, na forma do art. 175, entendesse necessária a revisão, aprovaria lei que, se sancionada pelo Imperador, ordenaria aos eleitores que investissem os Deputados à legislatura seguinte dos necessários poderes (art. 176). Como o veto do Monarca era suspensivo apenas (art. 65), vê-se que este podia somente retardar a revisão constitucional. Na verdade, contudo, a exigência da aprovação por três legislaturas sucessivas do mesmo projeto para que o veto fosse superado, tornava extremamente dificultoso o processo, em caso de oposição do Monarca.”

Convertida, entretanto, em lei a proposição numa legislatura, somente os Deputados à legislatura subsequente, eleitos com mandato ou procuração especial, podem efetuar as alterações sugeridas, na forma do art. 177 da Carta outorgada, assim, comentado por **PIMENTA BUENO** e **CLÁUDIO PACHECO**:

PIMENTA BUENO (98):

“Na seguinte Legislatura é proposto e discutido o ato que deve verificar a reforma dos artigos anteriormente indicados e o que em conformidade se vencer prevalecerá para a mudança ou adição à lei fundamental, e juntando-se à Constituição será solenemente promulgado.”

CLÁUDIO PACHECO (99):

“Na seguinte Legislatura e na primeira sessão, a reforma teria de ser discutida e, se aprovada, prevaleceria para a mudança ou adição à lei fundamental e, incorporada à Constituição, se promulgava solenemente.”

O fato de a Constituição estatuir a necessidade da outorga de poderes especiais para a reforma exclusivamente aos Deputados, afasta o Senado do processo?

O Desembargador Joaquim Rodrigues de Sousa (100) opina pela exclusão do Senado, tendo em vista os termos e o espírito das disposições pertinentes à matéria na Carta outorgada. Diz ele: “No Brasil só exerce o povo o seu direito representativamente. Para alterar, ou reformar algum artigo constitucional, ele o delega a Deputados eleitos *ad hoc*. A Câmara

(97) **MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO**. *Curso de Direito Constitucional*. Saralva, 1967, pp. 24 e 25.

(98) **PIMENTA BUENO**. *Ob. cit.*, p. 479.

(99) **CLAUDIO PACHECO**. *Tratado das Constituições Brasileiras*. *Ob. cit.*, p. 214.

(100) Desembargador **JOAQUIM RODRIGUES DE SOUSA**. *Análise e Comentário da Constituição Política do Império do Brasil*. 1870, vol. II, p. 447.

com especial faculdade para a reforma procede como constituinte ou convenção nacional, e seu ato independe não só do voto do Senado, como da coroa. Os poderes destes dois ramos legislativos ficam suspensos, obrando a dita Câmara como única soberana.”

Dentro da orientação exposta, se leva a termo a grande reforma da Constituição do Império, denominada Ato Adicional (12-8-1834). Da fase final de sua elaboração não participa o Senado, apesar de ecoarem no Parlamento argumentos ponderáveis contrários à exclusão, como relataremos posteriormente. Aqui basta a transcrição da lição de PIMENTA BUENO que, com a clareza e liquidez peculiares, aborda a matéria em substancial tese (101):

“Quando se decretou o Ato Adicional de 12 de agosto de 1834 não foi contestado o princípio de que a reforma constitucional independe da sanção, já porque o art. 177 da Constituição diz que o que se vencer na discussão *prevalecerá*, já porque quando a Nação trata de dar a si mesma a organização por que quer ser governada, nenhum outro poder, senão aquele a quem ela incumbe a discussão, pode opor-se à sua vontade. Este princípio parece-nos procedente; não acontece porém, outro tanto em relação à exclusão do Senado. Não vemos disposição alguma que limite essa importante discussão só à Câmara dos Deputados e, pelo contrário, toda a discussão legislativa é sucessivamente comum à Assembléa Geral, e por conseguinte ao Senado, donde resulta que o que se vencer depois de ultimada a discussão na Assembléa Geral é o que deve prevalecer.

Objeta-se que só a Câmara dos Deputados, e não o Senado, recebe poderes especiais para o efeito; este argumento, embora valioso, acha, todavia, resposta na natureza especial do Senado e na sua missão conservadora; o que dele pode concluir-se é que o ato que tem de verificar a reforma deve também ser iniciado na Câmara dos Deputados, ou porventura discutido em Assembléa Geral, como em tal caso é prescrito pela Constituição belga.

Cumpra não olvidar que pelo art. 11 da Constituição a Nação brasileira não tem senão dois representantes, o Imperador e a Assembléa Geral; a Câmara dos Deputados por si só, segundo a bem clara expressão desse artigo, não representa a Nação, e então como por si só verificar a reforma? Cumpra também não olvidar que a Assembléa Geral, que representa a Nação, tem várias atribuições suas, próprias e exclusivas, que independem da sanção, como são as do art. 15, §§ 1º a 7º, e ainda outras, como expusemos em n.ºs 70 e seguintes, e não

(101) PIMENTA BUENO. Ob. cit., pp. 479 e 480.

vemos disposição tal que a privasse da importante atribuição em questão, pelo contrário, vemos no respeito devido ao art. 11 mais uma garantia aos destinos brasileiros. Entretanto, outra foi a inteligência adotada por ocasião do ato adicional, que é lei constitucional do Estado, e que talvez tivesse sido muito aperfeiçoada se houvesse sido meditada e discutida pela Assembléa Geral.”

Jurada a Constituição do Império, fica revogado o decreto que prevê eleições à Assembléa Constituinte. Baixa, então, D. Pedro instruções para a eleição dos Deputados à Assembléa, agora, “simplesmente legislativa” (102):

“Hei por bem que, ficando sem efeito o citado decreto, se proceda à eleição dos Deputados para a Assembléa simplesmente legislativa, na forma das instruções que este baixa...”

As instruções expedidas em nada garantem a lisura do processo eleitoral, como anota FRANCISCO BELISÁRIO, referido por A. TAVARES DE LYRA (103):

“As instruções de 26 de março nada garantiam, antes facilitavam o furor pouco escrupuloso das facções e dos Partidos em conquistar o poder.

O resultado da eleição paroquial dependia absolutamente da mesa eleitoral; seu poder e arbítrio não conheciam limites; sua formação era a mais irregular e filha sempre das inauditas desordens e demasias.

Segundo o § 3º do capítulo 2º das Instruções, no dia da eleição o Presidente da Assembléa Eleitoral (era o juiz de fora ordinário, ou quem suas vezes fizesse nas freguesias), de acordo com o pároco, propunha à assembléa eleitoral, isto é, à massa do povo reunido na matriz, dois cidadãos para secretários e dois para escrutinadores, que fossem da confiança pública. Estes quatro cidadãos, *sendo aprovados ou rejeitados por aclamação do povo*, com o presidente e o pároco formavam a mesa eleitoral. A esta mesa assim composta a lei entregava um poder ilimitado. Não havia nenhuma qualificação anterior de votantes; aceitava a mesa os votos de quem queria e recusava outros a pretexto de falta de condições legais. Não havia chamada, nem prazo algum marcado para o recebimento das cédulas, que começava e terminava quando parecia à mesa.

Além da maior amplitude e arbítrio da faculdade de conhecer da idoneidade dos votantes para aceitar-lhes os votos

(102) Decreto de 26 de março de 1824.

(103) A. TAVARES DE LYRA. *Centenário do Senado do Império*. Conferência realizada no Instituto Histórico Brasileiro a 6 de maio de 1926. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, pp. 5 e 8.

ainda a lei (§ 3º do capítulo 2º) ordenava ao Presidente que perguntasse aos circunstantes (palavras textuais) “se algum sabia ou tinha que denunciar suborno ou conluio para que a eleição recaísse em pessoa ou pessoas determinadas”. Verificando-se (continuava a lei) “a existência do fato se houver arguição, perderá o incurso o direito ativo e passivo de voto por esta vez somente. A mesma pena sofrerá o caluniador.”

A ingenuidade desta disposição é digna dos tempos patriarcais. O poder da Mesa ia até o ponto de ser ela quem marcava o número dos eleitores da paróquia em que funcionava. Para a designação deste número a lei estabelecia condições; porém era ela de tal modo executada que dava frequentemente lugar a abusos...

Com tais faculdades, compreende-se a suma importância que adquiria a nomeação das mesas eleitorais. Era, entretanto, entregue à aclamação do povo, que aceitava ou rejeitava as pessoas indicadas pelo Presidente...”

DISSOLUÇÃO DA ASSEMBLÉIA CONSTITUINTE E FATOS CONEXOS

Entretanto, no interregno, entre a realização das eleições e a abertura da Assembléia Geral, verificam-se graves acontecimentos que vêm conturbar a ordem constitucional preestabelecida.

Em Pernambuco, palco da revolução republicana de 1817, rebenta o movimento separatista de 1824: a Confederação do Equador.

Inconformados com a dissolução da Constituinte, os pernambucanos, através das Câmaras de Recife e Olinda, recusam o juramento à Carta outorgada. E em franca atitude revolucionária bradam, na voz de Natividade Saldanha: “Queremos o nosso direito de uma Assembléia Constituinte, mesmo com as dificuldades e vicissitudes que são inevitáveis à liberdade e aos primeiros passos de uma nacionalidade nova, que reclama paciência e proteção, em vez de lhe prepararem quedas e mesmo deceparem-lhe as pernas, e queremos, assim, a verdade, o crédito, a superioridade e todo proveito e glória do governo representativo, do qual as assembléias deliberantes são a essência” (104). À reivindicação exposta, acresce-se o fato de ordem política não de menor gravidade: Recusa-se a Junta Provisória, presidida por Manuel de Carvalho Pais de Andrade a dar posse a Francisco Pais Barreto, nomeado pelo Imperador para o cargo de Presidente da Província. Justificando o ato, representa a Junta a D. Pedro “em termos que muito o haveriam de irritar. Ao escolhido faltava força moral, alegavam; ao Monarca caberia nomear quem merecesse a

(104) Discurso citado por TOBIAS MONTEIRO. *História do Império*. Rio de Janeiro, 1939, tomo I, p. 106.

confiança do eleitorado; e dispostos os pernambucanos a resistir ao “restabelecimento do antigo e sempre detestável despotismo”, não elegeriam Deputados à nova Assembléa, porque o mandato concedido subsistia e não haviam prostituído o seu caráter” (105).

Diante de tal impasse, procura D. Pedro conciliar o conflito, com a nomeação de José Carlos Mairinek da Silva Ferrão, que demonstra não ser a pessoa indicada para a gravidade da hora. “Intimida-se ou deixa-se seduzir pelo Grupo de Manuel de Carvalho Pais de Andrade, onde se alinham personagens de raro ardor patriótico e liberal, como Frei Caneca e o poeta José de Natividade Saldanha (106)” e, finalmente, não chega a tomar posse.

A questão difícil de ser equacionada vai se avultando e adquirindo, a cada passo, o sentido de contestação ao poder constituído. De um lado, a intransigência da Junta em manter, como Presidente de Pernambuco, Manuel de Carvalho Pais de Andrade; de outro, o objetivo claro da Coroa em afastá-lo do cargo, senão por razões políticas, mas também pela necessidade de continuar a impor a sua autoridade.

Assim, se encontra a situação em Pernambuco, quando recebe a Corte a notícia circunstanciada no sentido de que em Lisboa se prepara uma expedição contra o Brasil. As querelas internas cedem lugar, evidentemente, à preocupação maior com a independência e a integridade do País. Por essa razão concentra o Governo as suas atenções nas medidas destinadas a repelir a iminente invasão estrangeira. Succdem-se as reuniões do Conselho de Estado, publicam-se duas proclamações do Imperador: “uma, concitando os brasileiros a unirem-se para repelir qualquer agressão de Portugal; outra, anunciando aos pernambucanos o levantamento do bloqueio (do porto de Recife), com o intuito de concentrar a esquadra num só porto”, o do Rio de Janeiro. Na última o Imperador promete “não embainhar a espada enquanto a mais pequena parte do Império não fosse igualmente independente e livre” (106).

Pouco ou quase nada importa a promessa do Imperador. O que importa é a ação objetiva da retirada das forças navais de Pernambuco, considerada por Manuel de Carvalho Pais de Andrade como um plano da Coroa para abandonar aquela Província ao invasor português. Em consequência, ou “aproveitando o ensejo”, como lembra OCTÁVIO TARQUÍNIO DE SOUSA (107), rompe o Presidente da Junta com o Governo Imperial e denuncia D. Pedro como traidor.

Na verdade, a idéa de separar Pernambuco do Império, agora declarada em termos definitivos, não surge com o episódio histórico relatado. Ela é consequência fática da dissolução da Constituinte. Frei Caneca, ao sustentar a tese da resistência das Câmaras ao juramento à Carta ou-

(105) OCTÁVIO TARQUÍNIO DE SOUSA. Ob. cit., v. II, p. 171.

(106) TOBIAS MONTEIRO. Ob. cit., v. I, p. 135.

(107) OCTÁVIO TARQUÍNIO DE SOUSA. Ob. cit., v. II.

torgada, nela se arrima, quando nega a unidade nacional e considera legítima a separação das Províncias. Diz o Frei (108):

“Cada Província pode seguir a estrada que bem lhe parecesse; escolher a forma de governo que julgasse mais apropriada às suas circunstâncias; e constituir-se da maneira mais conducerente à sua felicidade.”

A aclamação do Imperador pelos fluminenses não obriga os demais brasileiros. Pedro I ficará apenas “Imperador do Rio de Janeiro. Quando essa Província entendeu fazer eco com o grito do Ipiranga, a “Bahia podia constituir-se *república*; Alagoas, Pernambuco, Paraíba, Rio Grande, Ceará e Piauí *federação*; Sergipe d’El-Rei *reino*; Maranhão e Pará *monarquia constitucional*; Rio Grande do Sul *Estado despótico*...”

Com a declaração de Manuel de Carvalho Pais de Andrade, entretanto, rompe a luta para a consecução do objetivo perseguido. Reacendem-se com maior vigor os sentimentos nativistas, as aspirações de autonomia e a flama aguerrida dos liberais pernambucanos. Ao som da trombeta da guerra, ecoam os ideais republicanos de 1817.

No ambiente propício, sucedem-se as proclamações de Manuel de Carvalho Pais de Andrade. Insiste o líder do movimento separatista em acusar o Imperador de trair as Províncias, abandonando-as “ao capricho dos sangrentos e implacáveis inimigos lusitanos” (109). Prega a República e convida as Províncias do Norte a estabelecerem um Governo Supremo, para encarregar-se da sua mútua defesa e salvação, e conseguir, afinal, independência, liberdade e felicidade (109). Com um viva à Confederação do Equador faz conhecer o chefe revolucionário a denominação do Estado a constituir pelos “bravos habitantes da zona tórrida”, cujo exemplo os demais brasileiros são convidados a imitar (109).

A reação do Imperador aos planos dos revolucionários pernambucanos não se faz tardar. Através de indagações e respostas, as palavras proferidas por D. Pedro, na oportunidade, além de revelarem o intuito do Governo em debelar, com punhos de ferro, o movimento separatista, ameaçam os rebeldes com a pena que lhes seria aplicada, considerada esta não em relação ao delito, mas em proporção ao rigor do castigo, que deveria servir de exemplo às gerações futuras (110):

“Dizer (...) que eu sou traidor do Brasil? Que não desempenho o título de Defensor Perpétuo senão no Rio de Janeiro? Que devo ser abandonado? Que não tenho direito algum a governar-vos? Que exigem semelhantes insultos? (...) Seguramente um castigo, e um castigo tal, que sirva de exemplo até para os vindouros (...) Infames facciosos, dizei em

(108) TOBIAS MONTEIRO. Ob. cit., p. 108.

(109) TOBIAS MONTEIRO. Ob. cit., v. I, pp. 141, 137, 143.

(110) Pronunciamento citado por OCTÁVIO TARQUÍNIO DE SOUSA. Ob. cit., v. 2, pp. 172 e 173.

vossas consciências (se as tendes), se estais capacitados do que tendes escrito e do que tendes dito? E se sendo falso (como é) não deveis ser punidos à face do mundo inteiro?(...) Acabemos não só em Pernambuco, mas em todo o Brasil, e se possível for no mundo inteiro, com os demagogos e revolucionários (...) a França e os Estados do Sul da América já viram e ainda vão vendo os benefícios provenientes de tais amigos do Povo.”

Cumprem-se as ameaças do Imperador. Nas batalhas travadas vencem as tropas imperiais, comandadas por Lima e Silva, não sem a resistência heróica dos liberais pernambucanos e dos seus aliados na Paraíba e no Ceará. Dominado o movimento da Confederação do Equador, está salva a unidade do Brasil “à custa de sangue que talvez pudesse ter sido poupado” (111).

Isto porque falta a D. Pedro o equilíbrio emocional necessário para, na grandeza da vitória, compreender a força do ideal dos vencidos, às vezes impregnado de conotações exageradas ou de errônea interpretação dos fatos, mas sempre digno de respeito.

Por decreto de 26 de julho de 1824, suspende o Imperador, em Pernambuco, as garantias da liberdade individual, previstas no § 8º do art. 179 da Carta outorgada, com base no § 35 do mesmo dispositivo, que permite tal suspensão *por tempo determinado*, através de ato do Poder Executivo, em casos de rebelião ou invasão de inimigos e quando fechadas as Câmaras.

Ao decreto citado — que *não marca o prazo da suspensão das garantias* — segue-se a nomeação de uma comissão militar para julgar os réus “sumaríssima e verbalmente”.

“Eram — acentua TOBIAS MONTEIRO (112) — duas exorbitâncias reveladoras de terríveis desígnios. A Constituição prescrevia que ninguém seria sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela prescrita. Os civis, portanto, não podiam ser levados a julgamento militar e os próprios militares deveriam ser entregues ao seu foro regular, para neles disporem dos recursos estabelecidos na lei. A suspensão das garantias individuais destinava-se a inutilizar prontamente a ação dos indivíduos perigosos à ordem pública, e por isso abolia as formalidades que impediam a autoridade de proceder nesse sentido, sem de modo algum atingir o julgamento dos mesmos. Tanto assim, que, obrigando o Governo a dar contas à Assembléia Geral das medidas tomadas durante o prazo da anormalidade, a Constituição declarava deverem elas constar de “uma relação motivada das prisões e de outras medidas de *prevenção*. Nunca se cogitara de sentenças judiciais, porque o Governo não podia julgar, nem a justiça julgava fora das regras não alteradas na execução constitucional: O julgamento dos inimigos do

(111) OCTAVIO TARQUINIO DE SOUSA. Ob. cit., v. 2, p. 172.

(112) TOBIAS MONTEIRO. Ob. cit., v. I, pp. 222 e 223.

Governo, por juízes escolhidos por ele próprio, não seria julgamento, mas sim vingança.”

No mesmo sentido opina OCTÁVIO TARQUÍNIO DE SOUSA ⁽¹¹³⁾: “Nada mais flagrantemente oposto à Constituição, em virtude da qual ninguém poderia ser sentenciado senão pela autoridade competente, à vista de lei anterior e na forma por ela prescrita. Esse texto repetia princípio básico da ideologia de que se fizera arauto o Monarca brasileiro, e contrariá-lo, da maneira por que o fez o decreto de 26 de julho, importava solene desafio à opinião liberal, num gesto próprio do mais odioso despotismo. Bernardo de Vasconcelos chamou as comissões militares (porque outra se criou para o Ceará) de “invento infernal”, talvez pelo que nelas havia de insensibilidade moral e de desdém pela inocência”.

A vingança, portanto, sobrepõe-se à justiça nas regras da punição imperial aos rebeldes, em um regime tido como constitucional. Em razão, não é de se estranhar a execução dos principais líderes do movimento separatista, salvo Manuel de Carvalho Pais de Andrade e Barros Falcão, que evadidos escaparam à pena de morte ⁽¹¹⁴⁾. O julgamento parcial, ou melhor, a ordem desumana do Imperador abre as portas da História aos heróis da Revolução pernambucana, dentre os quais se destaca a figura de Frei Caneca.

“Por esquivar-se de atos de clemência, diz OCTÁVIO TARQUÍNIO DE SOUSA, e não ter sabido ser coerente com as idéias a que se vinculara o seu destino — de príncipe liberal, doador de Constituições — no lance da evolução de 1824 a glória seria sobretudo de um simples monge, de um frade também liberal: o Frei Caneca” ⁽¹¹⁵⁾.

TOBIAS MONTEIRO, em página de beleza literária, descreve, sem se afastar da veracidade dos fatos, os momentos que antecederam à morte de Frei Caneca ⁽¹¹⁶⁾:

“No dia 12 de janeiro de 1825, véspera da execução, o cabido e as irmandades marcharam incorporadas e de cruz

(113) OCTAVIO TARQUINIO DE SOUSA. Ob. cit., v. 2, p. 174.

(114) Quando se abriu a Assembléa Geral em 1826, o Governo, mediante requisição, remeteu à Câmara dos Deputados, em 12 de junho, “a lista dos condenados à morte, cuja sentença fora cumprida; mas dela apenas constavam os nomes do Frei Caneca, dos Capitães Lázaro Fontes e Agostinho Bezerra, de Antônio Macário e do americano James Rodgers. Faltavam os nomes de mais três: o Tenente Nicolau Pereira e Antônio Monte, executados a 12 de abril, e Francisco Fragoso, a 19 de maio. Além desses, foram condenados à morte, porém achavam-se foragidos: Carvalho, B. Falcão, J. A. Ferreira, Saldanha, Montenegro, Mendanha, Francisco Leite, Cazumbá, Emilliano Manducuru, Carapeba, Felix Antônio, Bezerra de Melo, Arruda Câmara e o Padre Batista da Fonseca; 14 ao todo. Foram entregues às justiças ordinárias: Rangel, Luiz Bernardino de Oliveira, J. J. Santiago e os Padres Manoel Inácio de Carvalho e J. Barbosa Cordeiro” (TOBIAS MONTEIRO. Ob. cit., v. I, p. 236).

(115) OCTAVIO TARQUINIO DE SOUSA. Ob. cit., v. 2, p. 175.

(116) TOBIAS MONTEIRO. Ob. cit., v. 2, pp. 232 e segs.

alçada, para de balde suplicar aos juizes o adiamento do ato, até o Imperador resolver acerca do pedido de perdão, que lhe iam dirigir. Do limiar da casa despediu-os um deles em nome dos demais.

No dia fatal, ainda madrugada, moviam-se tropas dos quartéis, tomavam embocaduras de ruas e guarneciam o caminho, entre a prisão e a forca. Já o sol se alteava, e o condenado ainda dormia a fundo. O frade confessor abalou-o para despertá-lo. Vestido do hábito de Madre Deus, apareceu diante da tropa que o esperava, e calmo caminhou entre alas até a igreja do Terço, em cujo adro estreito, entre duas ruas, e aberto sobre exígua praça, se levantava um altar. A torre esguia avultava no modesto cenário, como a prece dos crentes, erguida à clemência dos céus, recurso extremo contra a dureza da justiça humana. Sozinho, em meio a grande círculo de soldados, o padecente foi chamado a aproximar-se do altar, onde os sacerdotes o adornaram das vestes próprias para celebrar. Começaram, então, dois deles a ler alternadamente nos missais. A um dado sinal, outro, posto ao lado da vítima, aspergiu-lhe a casula e em seguida lha tirou. Com a mesma cerimônia de rezas, aspersões e às vezes oblações de incenso, arrancaram-lhe estola, manípulo, cordão, alva, amito, deixando-o em camisa e calça, despojado de tudo quanto o fizera na terra um servidor de Jesus. Restava a coroa que se conservava aberta sobre o crânio e não se lhe podia arrancar como alfaias de sacristia. Sobre ela fizeram sinais e borrifaram-na de água benta, talvez para ressalvá-la da próxima ignomínia. Após o degradar das ordens sacras, a Igreja, pela mão dos seus ministros, entregou-o ao meirinho, que o ajudou a cobrir-se com a alva dos condenados.

Resignado, tranqüilo durante a cena hedionda, certo talvez de caminhar para a imortalidade, sem sinal de temor, marchou o Frei Caneca até ao largo, onde se erguia o cadafalso, cujos degraus subiu a passo firme e no meio descansou por um momento. Quebrou-se então o tétrico silêncio. O carrasco, um pardo cujo nome passaria à História, Agostinho Vieira, recusou exercer o seu officio e foi imitado pelo ajudante; recorreu-se, então, aos presos da cadeia. Todos negaram-se. Promessas, ofertas, ameaças, maus tratos, tudo foi de balde. Filhos da Igreja, nenhum quis ser algoz de um sacerdote, associar-se, de qualquer modo, à tragédia em que ela colaborava humildemente.

Duas horas esperou-se o desfecho da luta, entre a resistência dos pequenos, dos desgraçados e a autoridade impotente para obrigá-los. Os emissários, mandados do lugar da forca à cadeia, ao quartel e ao palácio, viam as casas quase todas fechadas; a cidade parecia deserta. Àquela hora, sozinho em

companhia do cirurgião-mor da brigada, Lima e Silva, consternado, marchava a passos largos na grande sala silenciosa, quando vieram pedir-lhe as últimas ordens para sair-se da terrível expectativa. Mandou que fuzilassem o condenado, apontando-lhe a cabeça e o peito para poupar-lhe a agonia. Dos olhos marejavam-lhe as lágrimas.

A serenidade do paciente inspirava mais que piedade, inspirava admiração, prenúncio da vindoura celebridade. Ao descer da forca e encaminhar-se ao posto do sacrifício, ele pediu que não o fizessem sofrer por mais tempo inutilmente. A primeira descarga abateu-o e iluminou-lhe o caminho da História.”

Debelado o movimento revolucionário de Pernambuco, não cessam os problemas a serem vencidos pelo Imperador. A questão do reconhecimento da Independência se arrasta lentamente em terreno de areias movediças. D. Pedro resolve intervir diretamente nas negociações. A Europa é o obstáculo maior. Isto porque ainda vigora naquele Continente o espírito da Santa Aliança que, por razões óbvias, é essencialmente contrário às origens presumidamente populares do Governo brasileiro. D. Pedro “oficializara a soberania nacional, dizendo-se Imperador *por aclamação dos povos*”. “A Santa Aliança”, como afirma PEDRO CALMON (117), “era um edifício moral. Ela temia mais a heresia do que a guerra. Um exemplo valia-lhe um exército. A deserção de um monarca da sociedade defensora das monarquias tinha para o governo de Viena a importância de um cisma; quebrava o encanto da sua religiosa unidade. Luiz XVIII concedera à França a Carta; parara aí. Carlos X, este recuava. D. Pedro não somente dera a Carta, como erigira em princípios de Estado os dogmas da Revolução francesa. Esse homem que, em nome do povo, ofendia as razões dos reis, era um perigo universal.”

Fiéis ou fingido fidelidade a concepções ultrapassadas, os governos europeus não aceitam a solução da questão “com sacrifício completo de Portugal, pelo menos das exigências mínimas de seus pontos de honra, sobretudo do decoro do Monarca português, de quem era filho o inquieto príncipe a fazer proezas em terras remotas da América” (118).

Sem Portugal, ou melhor, sem a anuência de Portugal, não se processaria o reconhecimento da Independência. Compelido pelas circunstâncias, dirige-se D. Pedro a D. João VI em carta, cujos termos, longe de serem diplomáticos, chegam a ser arrogantes:

“Permita-me V. Majestade que eu como filho lhe dê (posto que não pedidos) meus conselhos: V.M. já quanto antes deve

(117) PEDRO CALMON citado por ORLANDO BITAR. *Missão Constitucional de Pedro I. Revista de Informação Legislativa*. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 11, n. 41, jan./mar., 1974, p. 48.

(118) OCTAVIO TARQUINIO DE SOUSA. *História dos Fundadores do Império do Brasil — A Vida de D. Pedro I*. J. Olympio, 1972, v. 3, p. 189.

reconhecer a independência do Brasil por seu próprio interesse: da estabilidade do Império jamais se pode duvidar, ele vai andando (apesar de alguns revezes que não cnumero) sustentando-se e adquirindo, cada vez mais, força física e moral que nunca poderá ser dominado pelo velho e encanecido Portugal, quanto mais quiser conquistar o Brasil, tanto mais se irá aniquilando, pois ele sem o Brasil amigo não tem comércio e sem comércio é nada. Posso assim falar de Portugal, já disse a V.M. que não queria nada (...). O Reconhecimento será feito ou mais tarde ou mais cedo, pois os brasileiros e eu seu Imperador não mudamos de tenção e antes morreremos com a espada na mão, uma vez que juramos Independência ou Morte (...).

Tomando V.M. meus sinceros e cordiais conselhos adquire glória pela generosidade, que não recai em prejuízo de terceiros, ganha seu partido aqueça parte da nação portuguesa que se acha descontente, sufoca com ela os rebeldes, e se der uma Constituição ao seu Reino governá-lo-á para sempre, pois todos os seus súditos ficarão como desejam (...)

Não atende D. João aos apelos do filho. E o reconhecimento da independência somente se processa com a mediação da Inglaterra na pessoa do diplomata Sir Charles Stuart, que viaja para o Rio com a missão de "deslindar o difícil assunto". Depois de marchas e contra-marchas, firma-se, no dia 29 de agosto de 1825, o tratado de "paz e aliança", em cujo teor se perfilham um repositório de regras favoráveis aos interesses de Portugal, algumas das quais não correspondem à veracidade dos fatos históricos ocorridos no Brasil. Pelo tratado, a independência brasileira promana da generosidade de D. João VI.

V. o art. 1º:

"Sua Majestade Fidelíssima reconhece o Brasil na categoria de Império independente e separado dos reinos de Portugal e Algarve; e a seu sobre todos muito amado e prezado filho Dom Pedro por imperador, cedendo e transferindo de sua livre vontade a soberania do dito Império (...)" (120).

Além do documento citado, é assinada uma "convenção adicional, em virtude da qual o Brasil se compromete a pagar a Portugal a soma de dois milhões de libras esterlinas" (120), o que dá "ao reconhecimento da independência o caráter aviltante de uma convenção pecuniária, de um negócio de dinheiro e não de honra" (120).

As dificuldades da política internacional levam D. Pedro a ceder aos interesses egoísticos e arbitrários de Portugal, mas, como exclama José Bonifácio do exílio, "ao menos temos independência reconhecida, bem que a soberania nacional recebeu um coice na boca do estômago" (120).

(119) TOBIAS MONTEIRO. Ob. cit., v. II, pp. 379-380.

O reconhecimento, portanto, não incentiva o sentimento nacional, já arrefecido com a guerra do Sul em que se empenha o Império com as Províncias Unidas do Prata e cujo desfecho traz a perda de Província Cisplatina.

Um fato inesperado vem conturbar, ainda mais, a conturbada vida de D. Pedro — a morte do pai — D. João VI — em 10 de março de 1826. Como herdeiro legítimo aceitaria ou renunciaria ao trono luso?

Aconselhado pelo Visconde de Barbacena, resolve D. Pedro abdicar em favor de sua filha D. Maria da Glória — “solução que mais resguardaria os melindres brasileiros, embora diz OCTÁVIO TARQUÍNIO DE SOUSA ⁽¹²¹⁾ — não tivesse a virtude de desligar de vez o Imperador dos negócios políticos de Portugal”.

O parecer de Barbacena propõe: “1) aceitação da coroa portuguesa apenas pelo tempo limitado que fosse necessário à prática dos atos garantidores da separação e independência das duas nações e coroa; 2) confirmação da Regência nomeada por D. João VI; 3) anistia geral e absoluta; 4) convocação de Cortes, às quais D. Pedro apresentaria, para aceitação e juramento, uma Carta Constitucional; 5) expedição de credenciais para o Corpo Diplomático” ⁽¹²¹⁾.

Segue D. Pedro quase sem discrepâncias o parecer supra. E do Brasil doa a Carta Constitucional portuguesa de 1826.

Expressaria o gesto de abdicção do trono de Portugal uma reconciliação com o sentimento do povo brasileiro?

A História responde negativamente.

A partir de 6 de maio de 1826, data da abertura da Assembléia Geral, o que se registra é o confronto de dois poderes. Duas forças antagônicas: A Coroa com os arroubos de absolutismo e autoritarismo de D. Pedro. O parlamento — composto em maioria por uma geração de opinião liberal — cômico de sua missão constitucional. “Não admitamos — exclama Bernardo Pereira de Vasconcelos — a mais leve infração da Constituição...” ⁽¹²²⁾ “O Brasil é livre, e livre há de ser enquanto houver brasileiros; jamais volverão os aziagos dias do despotismo” ⁽¹²²⁾

O ato da dissolução da Assembléia Constituinte de 1823 ainda persiste como um estigma no espírito do povo brasileiro. Mas o assunto é tema para outro trabalho.

(120) OCTAVIO TARQUÍNIO DE SOUSA. Ob. cit., v. 3, pp. 195, 197 e 198.

(121) OCTAVIO TARQUÍNIO DE SOUSA. Ob. cit., v. 3, pp. 212 e 214.

(122) JOSÉ HONÓRIO RODRIGUES. *O Parlamento e a Evolução Nacional*. Introdução Histórica. Senado Federal, 1972, pp. 53 e 57.

Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas

À venda na SSETEC (Senado Federal — 22º andar)

Encomendas mediante vale postal ou cheque visado, pagável em Brasília (a favor da Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal) ou pelo reembolso postal.

“REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

Números atrasados à venda: 10, 12, 13/14, 17, 18, 26, 30 a 45, 47 a 53, 55 a 85.

“ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

(NÚMEROS 1 a 80)

Distribuição gratuita

“COLEÇÃO DE ATOS INSTITUCIONAIS, ATOS COMPLEMENTARES E DECRETOS-LEIS”

Volumes à venda: 6º a 16º

“LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDARIA” (4ª edição — 1982 — com encarte de atualização — 1985)

Leis e Instruções que regulam as eleições de 1982.

Textos atualizados, consolidados, anotados e indexados:

- Código Eleitoral
- Lei Orgânica dos Partidos Políticos
- Lei das Inelegibilidades
- Lei de Transporte e Alimentação
- Lei das Sublegendas

Legislação alteradora e correlata.

Instruções do Tribunal Superior Eleitoral.

(*) Não estão relacionadas as obras esgotadas.

"CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL"

Quadro Comparativo

(4ª edição — 1982)

Texto constitucional vigente (incluindo a Emenda Constitucional nº 22/82) comparado à Constituição promulgada em 1967 e à Carta de 1946.

Em adendo: Emendas Constitucionais nºs 23 e 24, de 1983, e 25, de 1985.

152 notas explicativas, contendo os textos dos Atos Institucionais e das Emendas à Constituição de 46.

Índice temático do texto constitucional vigente.

"CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL"

(formato de bolso) (9ª edição — 1984)

Texto consolidado da Constituição do Brasil, de 24-1-67, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-69, e as alterações feitas pelas Emendas Constitucionais n.ºs 2/73 a 24/83. Em adendo: Emenda Constitucional nº 25/85.

"REFORMA ADMINISTRATIVA — ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL" (4ª edição — 1984)

Decreto-Lei nº 200/67 — Texto atualizado e anotado.

Legislação alteradora.

Legislação correlata.

"CÓDIGO DE MENORES" (2ª edição — 1984)

Lei nº 6.697/79. Comparação com a legislação anterior. Anotações (legislação; pareceres; comentários). Histórico da Lei (tramitação legislativa). Informações.

"SEGURANÇA NACIONAL" (2ª edição — 1982)

— Lei nº 6.620/78 — texto, índices sistemático e temático

— Textos constitucionais e legislação ordinária

— A lei de 1978 comparada à legislação anterior

— Anotações (opiniões e legislação correlata)

— Histórico da Lei n.º 6.620/78 (tramitação legislativa)

"SEGURANÇA NACIONAL" (edição - 1984)

- Lei nº 7.170, de 14-12-1983 - texto com índice temático.
- Quadro comparativo da Lei nº 7.170/83 com a Lei nº 6.620/78.
- Anotações.
- Histórico (tramitação legislativa) da Lei nº 7.170/83.
- Subsídios para a elaboração da Lei nº 7.170/83.

"CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS"

(edição 1984) 4 volumes

Constituição da República Federativa do Brasil - texto constitucional vigente (consolidado, anotado e indexado)

Constituições de todos os Estados da Federação (textos atualizados, consolidados e anotados com as redações anteriores e as declarações de inconstitucionalidade) Remissões à Constituição federal.

Leis Complementares de criação dos Estados do Rio de Janeiro, de Mato Grosso do Sul e de Rondônia.

Índice geral temático das Constituições estaduais.

4 volumes

"PROCESSO LEGISLATIVO" (4ª ed. atualizada e ampliada - 1985)

- Iniciativa das leis. Instrução, discussão e votação das proposições na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.
- Sanção, promulgação e veto.
- Emendas à Constituição. Leis Complementares. Leis Ordinárias. Leis Delegadas. Decretos-Leis. Decretos Legislativos. Resoluções.
- Normas constitucionais e regimentais. Questões de ordem, decisões da Presidência. Pareceres das Comissões Técnicas e pronunciamentos parlamentares.
- Competência privativa do Senado Federal.
- Requerimentos que podem ser apresentados, no Senado Federal.
- Comissão Parlamentar de Inquérito.
- Comissão Parlamentar Mista de Inquérito.

- Impedimento de parlamentar.
- Nova designação do número de ordem das Legislaturas (histórico do Decreto Legislativo nº 79, de 1979).
- Votação de matéria no Congresso Nacional reunido.

“LEIS COMPLEMENTARES A CONSTITUIÇÃO FEDERAL” (edição 1985)

3 volumes

Leis Complementares n.ºs 1/67 a 48/84.

Textos

Legislação citada

Histórico (tramitação legislativa)

Índice temático

“EXECUÇÃO PENAL” (edição 1985)

Lei n.º 7.210, de 11-7-1984 — Texto anotado e indexado

Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos (ONU)

Anteprojeto (Cândido Mendes; Oscar Stevenson; Roberto Lyra; Benjamin Moraes Filho; Cotrim Neto)

Histórico (tramitação legislativa) da Lei n.º 7.210, de 11-7-84.

ASSINATURA DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Faça a sua inscrição como assinante da Revista de Informação Legislativa.

Envie vale postal ou cheque visado, pagável em Brasília (a favor da Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal).

Assinatura anual: n.ºs 85 (janeiro/março de 1985) a 88 (outubro/dezembro de 1985.)

Preço: Cr\$ 48.000

Dirija seu pedido à

Subsecretaria de Edições Técnicas
SENADO FEDERAL

Brasília — DF — 70160

Atende-se também pelo reembolso postal.

Rede de Bibliotecas depositárias das publicações da Subsecretaria de Edições Técnicas

Biblioteca Nacional
Instituto Nacional do Livro
Senado Federal
Câmara dos Deputados
Tribunal de Contas da União
Presidência da República
Procuradoria-Geral da República
Consultoria-Geral da República
Supremo Tribunal Federal
Tribunal Federal de Recursos
Superior Tribunal Militar
Tribunal Superior do Trabalho
Assembléias Legislativas
Tribunais de Justiça
Tribunais de Contas Estaduais
Tribunais Regionais Eleitorais
Tribunais Regionais do Trabalho
Procuradorias-Gerais dos Estados
Ordem dos Advogados do Brasil
(Conselho e Secções Regionais)
Faculdades de Direito