

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL
SERVIÇO DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

OUTUBRO DEZEMBRO ANO 1983 NÚMERO 80

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

n. 20 n. 80 — outubro/dezembro 1983

Publicação trimestral da
Subsecretaria de Edições Técnicas
do Senado Federal

Fundadores:

Senador AURO 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. 20	n. 80	out./dez. 1983
-----------------	----------	-------	-------	----------------

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

Preço deste exemplar: Cr\$ 1.000,00

Encomendas à Subsecretaria de Edições Técnicas

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

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

HOMENAGEM

Senador Nilo Coelho	5
Ex-Senador Teotônio Vilela	23

COLABORAÇÃO

Visão e atuação internacional de Simón Bolívar — <i>José Carlos Brandi Aleixo</i>	25
La Constitución como norma y como ley — <i>Jorge Xifra-Heras</i>	53
A solução parlamentarista — <i>Paulo Bonavides</i>	103
Calamidade: seu regime constitucional — <i>Moacyr de Oliveira</i>	109
O Direito Romano e a noção ocidental de "Direito" — <i>Nelson Saldanha</i>	119
O crime de omissão e a responsabilidade penal por omissão — <i>Everardo da Cunha Luna</i>	126
Posição do resultado no fato criminoso: teorias explicativas — <i>João Batista da Silva</i>	137
Direito Penal do Trabalho — <i>Fernando Whitaker da Cunha</i>	147
Necessidade de atualização da reparação pelo dano à pessoa humana — <i>Antônio Chaves</i>	157
Interrupción voluntaria del embarazo — reflexiones teológico-jurídicas — <i>Antonio Beristain</i>	177
Breves considerações sobre a graça, o indulto e reduções de penas — <i>Jarbas Fidelis de Souza</i>	189
Competência firmada em inquérito policial e atuação do Ministério Público Federal — <i>Arx Tourinho</i>	199
A instituição do Ministério Público perante a ação penal pública — <i>João Carlos Kurtz</i>	209
Políticas recentes de formação, treinamento e aperfeiçoamento de pessoal penitenciário — <i>José Arthur Rios</i>	217
Normas gerais de regime penitenciário. Um anteprojeto, sua explicação e um comentário — <i>A. B. Cotrim Neto</i>	233
En torno a la libertad vigilada — <i>Julio Peña Núñez</i>	277
Implicações sócio-jurídicas do desemprego — <i>C. H. Porto Carreiro</i>	299
Negócios nulos e anuláveis: efeito da sentença — <i>Zeno Veloso</i>	339
Critérios para a fixação de alimentos entre os cônjuges — <i>Domingos Sávio Brandão Lima</i>	349
Reprografia e Direito de Autor — <i>Carlos Alberto Bittar</i>	357
Conselho Consultivo — <i>Silveira Neto</i>	369
O tribunato da plebe em face do direito romano — <i>Silvio Meira</i>	385

PUBLICAÇÕES

Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas	401
---------------------------------------------------------------	-----

Senador Nilo Coelho



“Não pretendemos passar à História como parlamentares do “não dizer”, quando nossa missão é a de falar, traduzir o pensamento daqueles que representamos e expressar a vontade nacional.”

NILO COELHO

(Discurso pronunciado a 1º de março de 1983)

A REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA, em nome do SENADO FEDERAL e no seu próprio, grava, neste número, sentida homenagem à memória de NILO COELHO, falecido enquanto Senador da República, Presidente da Casa e do Congresso Nacional.

NILO DE SOUZA COELHO nasceu em Petrolina, Pernambuco, a 2 de novembro de 1920. Filho de Clementino de Souza Coelho e de Josefa de Souza Coelho, casou-se com Maria Tereza Brennand de Souza Coelho. Deixou cinco filhas: Maria Dulce, Maria Alice, Maria Tereza, Maria Carolina e Maria Luciana.

Diplomado pela Faculdade de Medicina da Bahia, em 1944, exerceu na área da profissão médica diversas atividades: médico estagiário da Força Aérea Brasileira em 1945, médico estagiário da Cadeira de Técnica Operatória do Hospital Cruz Azul, em São Paulo, em 1946, médico residente do mesmo hospital e no mesmo ano.

Ingressou na vida pública como parlamentar. Elegeu-se Deputado à Assembléia do Estado de Pernambuco pela legenda do PSD, em 1946, exercendo o mandato no quadriênio 1947-1950. Foi, nesse interregno, 1º-Secretário da Mesa Diretora da Assembléia e membro da Comissão elaboradora da Carta constitucional de Pernambuco.

No quadriênio 1952-1955 participou da Administração pernambucana na qualidade de Secretário da Fazenda (Governo Etelvino Lins) já, então, como Deputado federal, eis que se elegera para a Câmara dos Deputados, ainda pela legenda do PSD em 1950. Ali permaneceria, reeleito sucessivamente, por quatro Legislaturas.

Enquanto Deputado federal, integrou a Comissão de Orçamento e Fiscalização Financeira (1955-1966) e exerceu o cargo de 1º-Secretário⁽¹⁾. Nesse cargo, Nilo Coelho foi, como emissário do Palácio do Planalto, o portador do Ofício que colocou em recesso o Congresso Nacional⁽²⁾.

Governava o País o Presidente Humberto de Alencar Castello Branco, de quem era amigo pessoal o então 1º-Secretário da Câmara dos Deputados. Fazia-se notória a evidência de Nilo Coelho já nesse período.

Em 1966, em pleito indireto e indicado pelo Presidente Castello Branco, o político de Pernambuco foi escolhido para o posto de primeiro mandatário do Estado natal (1967-1971). Como Governador, Nilo Coelho visitou os Estados Unidos da América, a convite do Departamento de Estado⁽³⁾.

No Governo do Estado, fez uma administração desenvolvimentista, conseguindo integrar o Sul de Pernambuco — região, à época, sob a influência econômica da Bahia — graças, em especial, à ligação asfáltica Petrolina—Recife, rodovia que atravessa a região árida e desértica de Pernambuco.

(1) Dados extraídos da obra "Senadores — Dados Biográficos. Quadragésima Sétima Legislatura. 1983-1987". Subsecretaria de Arquivo do Senado Federal.

(2) *O Estado de S. Paulo* — 10-11-1983.

(3) *Jornal de Brasília* — 26-5-1982.

Em 1971, ao deixar o Governo do Estado, Nilo Coelho passou a dedicar-se aos negócios da família: indústrias têxteis, de óleos, empresas de exportação, representações comerciais, agropecuária, comunicações etc.

Em 1978, elegeu-se para o Senado pela sublegenda 1 da ARENA.

Na Câmara Alta, verificou-se a ascensão vertiginosa do político nordestino: em quatro anos, ocupou a Vice-Presidência da Casa, a Liderança do Governo, a Presidência do Senado e, por conseguinte, a do Congresso Nacional.

Na Liderança do PDS, revelou-se defensor irrestrito do voto distrital e trabalhou, decididamente, no sentido de precipitar a reformulação da Lei Falcão, como meio destinado a conter a influência do poder econômico sobre a campanha eleitoral.

Noticiou a respeito o *Correio Braziliense*, de 7 de julho de 1982: “Em reuniões que manteve com o Ministro da Justiça e principal articulador da nova lei da propaganda eleitoral, Ibrahim Abi-Ackel, e o Presidente do PDS, Senador José Sarney, Nilo Coelho ressaltou a necessidade urgente de promover-se o acesso gratuito dos políticos ao rádio e à televisão”.

Enquanto isso, o Líder do Governo, com a veemência inerente a seu temperamento, insurgia-se contra o fechamento de questão no seio do PDS, com a finalidade de aprovar-se o projeto de emenda constitucional visando ao restabelecimento do *quorum* de dois terços e à introdução do sistema do voto distrital no País: “Meu senso político me diz” — declararia Nilo Coelho — “que não é com violência e com rolo compressor que o PDS vai conseguir aprovar um projeto polêmico como este”. Diria mais: “Sou um liberal. Em nenhum momento, arredo o pé da minha posição contrária ao fechamento da questão” (4).

Em dezembro de 1982, o Líder do PDS preconizava a designação, pelo Presidente da República, de uma comissão de alto nível composta de juristas notáveis e de políticos, tendo em vista a reforma do texto constitucional vigente, aventando também a possibilidade de um entendimento com as oposições em torno da reforma.

Entre as alterações constitucionais de maior urgência, Nilo Coelho dava prioridade àquela pertinente à política tributária da União, ao mesmo tempo que considerava palpáveis as injustiças praticadas na área da distribuição dos tributos pelos diferentes Estados (5).

Foi também, na qualidade de Líder do PDS, que o político, após o episódio do atentado à bomba, do Rio-Centro — de triste memória —

(4) *O Globo* — 10-6-1982.

(5) *Jornal do Brasil* — 14-12-1982.

(19-5-1981), diante de um Plenário surpreso, declarou que o Governo estava disposto a ir até o fim na apuração das responsabilidades (6).

Em 1982, Nilo Coelho galgaria o posto de Presidente do Senado Federal. Relata *O Globo*, de 10-11-1983, que a conquista da Presidência revelou-se numa demonstração de ousadia: "Quando o Palácio do Planalto começou a pensar em nomes (...) ele já havia arrebanhado o apoio irreversível de todos os Partidos, comunicando ao Palácio que era candidato".

Ao assumir a Presidência da Casa dos Senadores, o Presidente eleito revelou uma tomada de consciência em face das novas responsabilidades, alicerçada na firme decisão de reformular a imagem do Poder Legislativo na moldura institucional do País.

"Estou consciente", disse Nilo Coelho em seu discurso de posse (7) "... de que assumo a Presidência do Senado Federal num dos momentos cruciais da nacionalidade. A 47ª (quadragésima sétima) Legislatura se inicia sob o signo de crise sem precedentes.

Para enfrentá-la e vencê-la, o Poder Legislativo deve aproveitar a força renovadora que hauriu no último pleito e, ao realizar uma revolução de comportamento, alimentar um permanente e aceso debate de todos os problemas, promovendo um diálogo capaz de influir nas decisões dos rumos definidores do destino do País.

O bem comum, que nos cabe promover, exige a fertilidade do diálogo, da negociação e do entendimento.

Não há barreiras políticas insuperáveis, quando se trata de atender aos anseios do povo e aos interesses da Pátria."

Na firme decisão de concorrer para a ativação daquela força renovadora, o Presidente expressaria o propósito "de manter intocada a dignidade do Poder Legislativo e o de lutar pelo reconhecimento pleno das prerrogativas que lhe são iminentes."

A profissão de fé de Nilo Coelho conduziu-o a um retrospecto ao seu tempo de jovem universitário, quando os moços cultivavam a política pela pregação democrática, pelo culto à liberdade. E ditou uma mensagem aos moços de hoje:

"A mensagem que eu tenho aos moços é o cultivo da política, é o aprimoramento, é a lição primeira de defender a liberdade.

E parece que estou a ver Samuel Mac Dowel recitar os versos de Longfellow: "Onde houver injustiça, liberdade. Onde

(6) *Correto Braziliense* — 10-11-1983.

(7) *DCN (S. II)* — 3-2-1983.

houver opressão, liberdade. Onde houver angústia, liberdade. Liberdade, liberdade, liberdade.” Esta Casa tem o vulto de Rui Barbosa, ali, a nos contemplar; o civilista e o homem da lei. Que este seja o nosso guia nesta hora grave. . .”

Terminando, disse o Presidente:

“Srs. Senadores, com estas palavras eu creio que, ao assumir a Presidência do Senado Federal, estão presentes em mim muito mais os deveres que tenho para com a Nação e os meus pares, do que o mero enlevo no exercício de um destino reservado pelas honras da vida pública.

Minha palavra não se omitirá, nem minhas mãos estarão presas diante da legítima decisão que assumo do bem servir.

Asseguro-lhes que esta Presidência contribuirá vivamente com todo o seu esforço para a análise e soluções que requeira o momento brasileiro, nas definidas esperanças de nossa gente.

Conto com todos. Haveremos de, juntos, promover os encontros que realizem a parceria da construção nacional.

De todos espero não apenas o apoio passivo, mas a colaboração constante, construtiva e até apaixonada dos eminentes companheiros.”

No discurso de instalação solene da primeira sessão legislativa ordinária da Legislatura que se inaugurava — a 47ª —, a 1º de março de 1983 (8), Nilo Coelho colocaria as eleições como fundamento único e justificação exclusiva da titulação dos mandatos:

“A prática do mandato livre requer, sempre, e continuará a exigir deste Congresso e de seus membros, uma autovigilância diuturna sobre as suas inquietações e sobre seus atos, para que reflitam harmonicamente os anseios da sociedade diversificada e coesa que representam.”

E lançaria também os pontos básicos de seu ideário político, ao defender o primado da política sobre a técnica, a implantação da justiça social, a eliminação da pobreza rural, o fortalecimento financeiro das Unidades da Federação, através de reforma tributária, a formulação de uma legislação de desenvolvimento urbano adequada à nova realidade brasileira, a melhoria das condições de produção, o fortalecimento dos Municípios “esvaziados financeira e tecnicamente”, a colocação da problemática do Nordeste de forma que lhe seja dispensado um tratamento prioritário etc.

No desempenho do alto cargo, o novo Presidente portou-se coerente com esses pronunciamentos.

(8) DCN — 2-3-1983.

Muitas vezes, revelou-se, independente, até a rebeldia, nas críticas à política econômica do Governo e ao tratamento desigual dispensado ao Nordeste.

O espírito arrebatado de Nilo Coelho, a independência, o temperamento marcado pela franqueza revelaram-se em toda a sua plenitude, quando da recente votação do Decreto Legislativo nº 72, de 1983, que visava à rejeição do Decreto-Lei nº 2.024, de 25-5-1983, portador de nova redação para o art. 2º da Lei nº 6.808, de 30-10-1979, pertinente à correção automática dos salários e à modificação da política salarial.

Na noite de 21 de setembro de 1983, em meio a uma das mais tumultuadas sessões vividas pelo Congresso Nacional, o atual Líder do PDS, Senador Aloysio Chaves, procurou evitar a votação dessa matéria, levantando a seguinte questão de ordem (9):

“Sr. Presidente, embora nas deliberações em sessões conjuntas os votos da Câmara e do Senado sejam computados separadamente — Regimento Comum, art. 43, *caput* —, o processamento da votação não obedece ao mesmo princípio. De acordo com o art. 49 do Regimento Comum, Deputados e Senadores participam conjuntamente do encaminhamento da votação, que é parte integrante da votação — entre aspas — conforme interpretação do citado dispositivo regimental dada pela Presidência com apoio do Plenário em diferentes oportunidades, podendo ser citadas as decisões que orientaram as sessões conjuntas realizadas a 13 de setembro de 1980, e a 22 de outubro de 1981, para as votações, respectivamente, da Proposta de Emenda à Constituição nº 51/80 — prorrogação de mandato dos Prefeitos — e do Projeto de Lei nº 23/81 — instituição da sublegenda para as eleições de Governadores. No primeiro caso, o apoio da maioria e, no segundo, por provocação da minoria. As votações, tanto no Senado — Regimento Interno, art. 322, *caput* — quanto na Câmara dos Deputados — Regimento Interno, art. 172 — somente podem ser iniciadas com a presença da maioria — metade mais um dos respectivos membros — maioria essa verificada pela lista de presença fornecida à Mesa pelo órgão competente de cada uma das Casas. Encerrada a discussão, considerando-se ter o processo de votação início com seu encaminhamento, necessário se torna, para que este seja iniciado, verificar-se, em ambas as Casas, a presença da maioria dos respectivos membros. Este, aliás, o princípio geral adotado mesmo nas sessões em Casas separadas, conforme norma no Regimento Interno da Câmara — art. 99, §§ 1º, 2º e 3º, e art. 170, § 5º — e no Regimento Interno do Senado — arts. 340 e 343. Assim, encerrada a discussão de qualquer matéria, a Presidência verifica se a lista de presença

(9) DCN — 22-9-1983.

registra o comparecimento da maioria dos membros das respectivas Casas. Havendo número, passa-se à votação, concedendo-se a palavra aos oradores inscritos para o encaminhamento. Não havendo número, passa-se, se houver, à matéria seguinte em discussão, sem, portanto, ser concedida a palavra para o encaminhamento da votação.

Em conclusão e em resumo, Sr. Presidente, o encaminhamento da votação é o início do processo de votação, para o qual é preciso que haja *quorum* exigido regimentalmente em ambas as Casas. V. Ex^a anunciou que no Senado da República estão presentes 30 Srs. Senadores, e a maioria são 35 Srs. Senadores. Não há, portanto, *quorum* para deliberação."

Contraditada, discutida a objeção através da palavra de diversos oradores, após a reabertura da sessão que fora suspensa por trinta minutos, decidiu o Presidente:

"Srs. Congressistas, tenho consciência e noção perfeita da responsabilidade que pesa sobre meus ombros quando ocupo assento na Presidência do Congresso Nacional. A questão de ordem levantada pelo Senador Aloysio Chaves, Líder do meu Partido, foi muito bem apresentada, num Regimento cheio de lacunas. Não me oferecem condições todos os Regimentos, nem o Regimento Comum, nem o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, nem o Regimento do Senado Federal, para que possa chegar em socorro ao Líder do meu Partido."

Alheio a razões políticas, escudado nas prescrições regimentais que regulam os trabalhos de cada Casa legislativa e do Congresso Nacional, Nilo Coelho submeteu a matéria aos votos do Plenário.

No final da turbulenta sessão de 21 de setembro, o Presidente do Congresso Nacional, movido pela sensação de plenitude que empolga aos que sobrepõem o dever às contingências, pronunciaria as palavras que lhe abririam as portas da História.

Fazendo assumir a Presidência o segundo Vice-Presidente, Senador Jaison Barreto, disse Nilo Coelho da tribuna do Congresso:

"Sr. Presidente, Srs. Congressistas, tenho noção exata da responsabilidade que pesa sobre quem senta naquela cadeira. Eu repetiria, hoje, o discurso que fiz na abertura do Congresso, quando tomei posse na Presidência desta Casa. As minhas palavras iniciais são de repulsa. Devolvo a censura, ou por delegação ou por fala própria, do Líder Ricardo Fiúza, do meu Partido, ao Presidente do Congresso Nacional. Não sou Presidente do Congresso do PDS; sou Presidente do Congresso do Brasil. Fui eleito pela unanimidade do Senado da República. Tive a unanimidade dos votos de todos os Partidos e tenho de honrar este mandato.

Eu não tenho que devolver uma fração do PDS, porque, neste instante, resolvi em contrário uma questão de ordem do Líder do meu Partido. Eu não seria digno de permanecer sentado naquela cadeira se não dissesse essas coisas nesta hora. Eu tenho 34 anos de vida pública; eu venho de uma terra aguer-rida, de uma caminhada áspera; meu compromisso é com quem está na tribuna, é com o povo, mais sofredor do que este. Eu frequento lugares claros e ensolarados; eu não frequento cafuas; eu não frequento pés de escadas; é por isso que estou aqui nesta Casa. Eu fui eleito. Eu saio da tribuna confortado. Eu morreria hoje se não dissesse essas coisas aos congressistas do Brasil.”

Já enfermo, Nilo Coelho falou à imprensa sobre esse episódio, dizendo que se tivera, então, “com bravura e dignidade pernambucanas”. “Essa dignidade” — acrescentou — “é meu orgulho. Não me arrependo das coisas que fiz...”, “tenho arrependimento das coisas que deixei de fazer”.

Vítima de enfarte, o Presidente do Senado Federal faleceu em São Paulo a 9 de novembro de 1983, após ter sido operado, uma vez, para a colocação de ponte de safena; outra, para reparar a ruptura do septo ventricular.

O corpo do Presidente, conduzido de São Paulo para Recife, ficou exposto à visita pública no Salão das Bandeiras do Palácio do Governo onde foi velado. O sepultamento verificou-se na cidade de Petrolina, terra natal do político pernambucano.

Ao desaparecer, Nilo Coelho legou ao País uma imagem pública marcada por atitudes autênticas, desvinculadas de compromissos políticos. Sua morte sensibilizou a Nação. A perda do Presidente entristeceu a Casa dos Senadores.

O Senado Federal, no mesmo dia do falecimento, prestou-lhe sentida homenagem.

Na sessão ordinária daquela data, registra-se a apresentação de requerimento formulado de acordo com as tradições da Casa, tendo em vista: a inserção em ata de voto de profundo pesar; a representação nos funerais; a apresentação de condolências à família e ao Estado de Pernambuco; o levantamento da sessão.

No encaminhamento da votação do requerido, os seguintes senhores Senadores exaltaram a memória de Nilo Coelho (10):

Senador Octávio Cardoso:

“... O Congresso Nacional, o País e o mundo político acabam de perder, com a morte do Senador Nilo Coelho, Presidente desta Casa, uma de suas melhores expressões.

(10) DCN (S. II) — 10-11-83.

Nilo Coelho, médico, Deputado estadual, Deputado federal, Secretário de Estado, Governador de Pernambuco e Senador da República, foi sempre uma figura exemplar de político. Corajoso, desassombrado, impulsivo muitas vezes e generoso sempre, soube mostrar, com a sua intrepidez, a sua coragem, o seu devotamento à causa pública, em momentos importantes da vida nacional, o caráter político e a inspiração patriótica. Enluta-se, portanto, o Senado Federal, o Congresso Nacional, o seu Partido e a República com o seu passamento, numa hora grave da nacionalidade na manhã que se sucedeu a uma memorável noite de lutas no Congresso Nacional, em que se exerceu, na maior plenitude, a democracia, o debate político, o confronto das idéias, justamente no último momento de vida daquele que deveria estar presidindo, com sua altivez, com sua independência, o Congresso Nacional. . . .”

Senador Pedro Simon:

“... Não há dúvida nenhuma de que esta é uma hora difícil para o Brasil, dolorosa para todos nós, onde, a par das divergências e daquilo que possa nos separar, temos que parar para pensar e reconhecer o quanto nos identificamos na luta, no trabalho e na bravura deste grande homem que foi Nilo Coelho. Homem que buscou o voto popular, homem que como Deputado estadual, Deputado federal em diversas Legislaturas, como Senador da República e como Secretário de Estado, como Governador do seu Estado, como Líder do Governo nesta Casa, e como Presidente desta Instituição, sempre se impôs pelo seu caráter, pela sua integridade e pela sua receptividade. Homem do qual se podia, repito, discordar — é muito provável que muitos companheiros meus do PMDB de Pernambuco muitas vezes tenham dele discordado — mas somos obrigados a reconhecer que se tratava de um homem íntegro, homem sério, homem correto, homem de bem, homem que lutava por suas idéias com denodo, com esforço e com dedicação.

Nesta época tão difícil e séria da nossa luta política, quando temos que lutar contra tantas e tantas dificuldades por que atravessa o Brasil, sou testemunha de que Nilo Coelho era aquele que unia a figura de grande empresário, à de Presidente do Congresso Nacional. Lutava valorosamente pela causa política, preocupava-se com soluções reais para as dificuldades que estamos vivendo. . . .”

Senador Helvídio Nunes:

“... Os oradores que me precederam já exaltaram muitos dos principais aspectos da vida de Nilo Coelho.

Nas rápidas palavras que de agora em diante desejo produzir, quero salientar um dos ângulos da vida daquele emi-

nente colega que marcaram de modo particular a sua trajetória na vida pública: foi o seu amor incomensurado à nossa região, ao Nordeste.

Apesar do tipo físico mais chegado ao Centro-Sul do que à nossa região, Nilo Coelho foi um autêntico, um puro, um intemorato defensor das nossas causas. E, defendendo o Nordeste, é de destacar-se o trabalho, o grande trabalho que desenvolveu em obséquio do seu Estado, Pernambuco, Estado a que serviu como Deputado estadual, como Deputado federal e, sobretudo, como Governador.

Mas Nilo Coelho, dentro do Estado de Pernambuco, tinha e devotava um carinho especial, especialíssimo, à sua cidade natal, Petrolina, sede de suas empresas, empresas que atingem, hoje, também o meu Estado, pois que, talvez, a mais moderna delas esteja instalada na cidade de Picos, no Piauí.

Pensando no seu Estado, pensando na região, pensando na sua cidade natal, recorro que uma das primeiras providências de Nilo Coelho, como Governador de Pernambuco, foi procurar o seu colega do Piauí e propor uma ação conjunta no sentido de que fosse construído o trecho Petrolina—Picos, na BR-407, rodovia que, se ligava Pernambuco ao Piauí e ao Maranhão, trazia também o Pará, o Maranhão e o Piauí a Pernambuco, ao Nordeste, através da larga porta de sua cidade natal, Petrolina.

Foi o homem do Nordeste, foi o homem de Pernambuco, foi o filho amantíssimo de Petrolina. . . .”

Senador Itamar Franco:

“... Hoje, Sr. Presidente, Srs. Senadores, como representante do Estado de Minas Gerais, elevo meu pensamento a Deus na tristeza profunda, no nosso pesar sentido.

Mas convencido estou de que a presença de Nilo Coelho permanece no Senado da República, e quero apenas focar a sua presença aqui onde o conheci, onde iniciamos a nossa amizade. Ele deixa uma lacuna no Senado, mas deixa um grande exemplo, o exemplo do homem público, do homem autêntico, que soube cumprir os seus deveres como cidadão, como patriota. Nesse instante, Sr. Presidente, nós choramos a sua morte, pedindo a Deus que guarde a sua alma. . . .”

O Senador Severo Gomes reverenciou a memória de Nilo Coelho, lembrando passagens do discurso do Presidente pronunciado na abertura da sessão legislativa de 1983. Já nos referimos a essa oração, mas a transcrevemos aqui para realçar as preocupações do homenageado

em face da atual conjuntura brasileira e significar o alcance que o autor da homenagem vislumbrou no pronunciamento do político desaparecido:

“No momento em que vivemos, se me fosse dado interpretar, acima das divergências partidárias, além das conotações ideológicas, dos interesses e das paixões, as inquietações e os anseios nacionais do povo brasileiro, eu o faria auscultando, com sensibilidade e reverência, as manifestações da sociedade brasileira, traduzidas no consenso dos segmentos mais representativos dos diversos setores e funções em que se diversificam as atividades sociais e econômicas do País.

E insiste-se em atrelar nossa economia à conjuntura internacional recessiva, contraída, para a qual pouco contribuimos e da qual o mundo somente se livrará quando os países ricos adquirirem a percepção política de que estão conduzindo o mundo a um frustrante impasse, imprevisível nas suas consequências para o futuro do mundo ocidental.

Nesse contexto, nosso caminho — a solução que os brasileiros todos estão dispostos a perseguir —, a solução que cabe a nós, os políticos, propugnar, consiste em mobilizar as grandes potencialidades internas que efetivamente possuímos para produzir e prosperar.

Poucas, muito poucas mesmo, são as nações que podem, como o Brasil, dispor de tão amplas e tão generosas fontes internas de crescimento, rejeitando o imobilismo a que nos força hoje a economia internacional.

Tudo isso pode ser feito, estou certo, sem a participação de recursos externos, sem agravar os desequilíbrios da balança de pagamentos. Para isto não são necessários dólares, bastam cruzeiros. Nem tecnologias, nem saberes importados. Os nossos já são mais que suficientes.”

Acrescentou o Senador Severo Gomes que “Nilo Coelho morreu num dia doloroso e funesto para todos aqueles que estariam dispostos a subscrever as suas palavras”.

E disse mais: “Sr. Presidente, paradoxalmente, para Nilo Coelho, como para tantos bravos, a coragem foi matéria-prima da morte.”

Senador Passos Porto:

“... Teve quase toda a sua vida no Parlamento: Deputado estadual, Deputado Federal e Senador. Transformou-se numa das figuras mais positivas, mais fascinantes da História do nosso País. Haverá, evidentemente, de fazer falta à nossa Casa.

Lembrei-me dele, neste último instante, de sua imagem na televisão, no hospital em São Paulo, quando dizia que não se tinha arrependido do que tinha feito, mais estaria arrependido, sim, de muita coisa que não pôde fazer. Eu diria, Sr. Presidente, que ele realmente não teria de se arrepender de nada do que fez na vida, senão deste instante, em que volta ao chão que o viu nascer, porque ele, em vez de ir para lá, deveria ter voltado para cá, para a alegria de todos nós. . . .”

Senador Hélio Gueiros:

“... Não era homem de apertar a mão, enfraquecendo o aperto; não era homem de abraçar; não era homem de bater nas costas sem, realmente, estar sentindo afeto e amizade a quem ele apertava a mão ou abraçava.

Isto é raro, Sr. Presidente, Srs. Senadores. É raro neste mundo de hipocrisia, em que todos fingem, é raro alguém ser assim tão autêntico e tão legítimo como era Nilo Coelho. O contato foi pouco, mas a admiração foi como se eu o conhecesse de longas e priscas eras. E agora posso dar o meu testemunho a respeito da grandeza da sua alma, do seu patriotismo, da sua dedicação à causa pública.

O eminente Senador Helvídio Nunes disse que ele era uma alma pernambucana. Acho que não, eminente Senador Helvídio Nunes. A bravura, a fibra, eram nordestinas e eram pernambucanas, mas a alma, era do Brasil, já que pulsava por toda a Nação brasileira, por ela sentia e palpitava com todas as forças do seu coração. . . .”

Senador Gabriel Hermes:

“... Nilo Coelho era, acima de tudo, Sr. Presidente, um coração humano, um bom amigo, fraterno mesmo. Tive a felicidade de conhecê-lo há longos anos, quando, juntos, chegávamos à Câmara dos Deputados. Depois o nosso convívio traduzia-se nos assuntos relacionados com as classes empresariais.

Relembro, aqui nesta Casa, um fato: a 22 de maio deste ano, ocorriam várias solenidades, para as quais tinha sido convidado o nosso Presidente Nilo Coelho; dois embaixadores e um ministro convidavam-no para que honrasse a casa dos mesmos com a sua presença. Sentado ao seu lado, convidei-o para que passasse em minha casa, para sentir aquilo que tanto ligava os paraenses e a que ele, várias vezes, se referira: as nossas comidas regionais. Eu lhe disse que ele estava dispensado, devido a seus compromissos. Ele e sua querida companheira, eram vizinhos nossos, de porta, de apartamento. Fiquei surpreso

vendo Nilo Coelho e a sua esposa, quase como os primeiros convidados, a chegar a minha casa. Já eram quase 11 horas da noite e eu lhe disse: E os outros convites? Ele disse-me: Irei dar um abraço de passagem. A você — e isto eu creio que ele diria a todos nós: A você, Gabriel, e aos nossos companheiros, nós que sofremos juntos, nós que lutamos juntos, nós que temos tanta responsabilidade, a vocês é que eu devo muito, inclusive esta alegria de poder estar sentindo-me estimado.

Quero dizer, nesta hora, que lembro o dia 22 de maio, a última vez que Nilo esteve em minha casa, e a última vez que falei com ele, logo após aquela sessão dramática, em que ele apareceu o grande Líder, o homem de coragem, o homem independente. Disse-me estas palavras: “Gabriel, nós precisamos ser homens independentes, para que este País seja um País independente.” E foram estas as últimas palavras que ouvi de Nilo Coelho. Assim, recordo-me do carinho, no dia 22 de maio, dele e de sua esposa, a quem nesta hora mando o meu abraço e o da minha mulher; e as suas palavras, depois daquela luta dramática, quando ele estava abalado: “É preciso ter coragem, para que o nosso País seja independente e para que este País seja o que nós desejamos: um grande País. . . .”

Senador Fernando Henrique Cardoso (que na seguinte passagem relata como foi tomada por Nilo Coelho, na sessão do Congresso de 21 de setembro, a marcante decisão responsável pela votação e consequente revogação do Decreto-Lei nº 2.024):

“... Assisti quase que minuto por minuto ao processo pelo qual o nosso Presidente foi tomando sua decisão. Aprendi com S. Ex^a, naquele instante, aprendi com o seu tormento, porque o vi atormentado — sincera e legitimamente atormentado — estou certo de que não pelas imposições externas, mas provavelmente dado o temperamento do Senador Nilo Coelho, S. Ex^a poderia se opor a estas com relativa tranqüilidade, mas atormentado pelas dúvidas de saber de que lado estava a razão.

Fui eu o primeiro a quem S. Ex^a chamou, naquela noite, quando, conversando com o Líder Aloysio Chaves, S. Ex^a afirmou, por fim, uma convicção. Não me transmitiu a convicção, mas me fez um pedido que torno público: “Perguntou-me se eu estava disposto, naquele momento, a fazer um apelo ao Congresso pela concórdia.” Não precisei perguntar a S. Ex^a qual era a sua decisão. Senti, no olhar, e reafirmei que sim. Não foi necessário que fizesse, eu, um pedido de concórdia. O Líder do meu Partido, na Câmara, o Deputado Freitas Nobre, fez o pedido de que o Congresso Nacional ouvisse, com o respeito necessário, a decisão do Presidente da Casa, e que nós continuássemos com a esperança de que, embora minoria no Senado Federal, poderia-

mos exercer, no Partido, um papel político construtivo para a Nação. Assisti a cada instante a transformação do Senador Nilo Coelho. Foi a mim que ele disse — perdoem-me, talvez a imodéstia, outra vez, de me referir à coisa desse gênero — quando presidia o Congresso Nacional disse-me que eu esperasse um instante, e deixou a Presidência, para assomar à tribuna, porque tinha uma necessidade imperativa de fazer uma declaração ao País. E a fez. Alguém já mencionou aqui que ele era como o rio São Francisco, porque ele tem o nome de um outro rio, o Nilo, que também se comporta assim; fê-la de forma transbordante, e transbordou sua emoção; importa pouco se através dela tenha expressado um sentimento mais ou menos correto com respeito a outros companheiros. O que importa muito é que, junto com sua emoção, transbordou a dignidade de alguém que, ao ser eleito como o foi Presidente do Senado, portanto, Presidente do Congresso Nacional, sentia-se responsável perante as instituições e não perante uma facção partidária, fosse ela qual fosse. É este homem, ao qual rendo as minhas homenagens. . . .”

Aprovado o requerimento, em cuja discussão foram enaltecidas as virtudes e feitos de Nilo Coelho, o Senador Lenoir Vargas, na presidência dos trabalhos, em nome da Mesa, associou-se às homenagens:

“ . . . A Mesa se associa às homenagens aqui prestadas e fará cumprir a deliberação da Casa. As dificuldades que tivemos no sistema de som na tarde de hoje, se por um lado quebraram o hábito dos Srs. Senadores, do uso dessa prótese eletrônica tão adequada à vida moderna, por outro lado deram ao Senado uma intimidade respeitosa para com a memória daquele que tão sentidamente todos aqui homenagearam. Nilo Coelho foi apreciado sob vários aspectos, e por certo o Senado ainda detalhará a sua personalidade em outras ocasiões, em outras oportunidades. Mas, sobretudo, um homem enrijecido na vida pública, coberto de espírito público, um homem direto, um homem sem atalhos e que encontrava — isso ele revelou também na Presidência —, na complexidade das questões que se apresentavam, a linha mestra por onde seguia e por onde se expressava.

Homens como Nilo Coelho, tão bem talhado para a Presidência desta Casa, são homens solitários. A vida pública traz a todos nós momentos de solidão, de decisões pessoais, que nos colocam frente à frente com a Nação, com a Pátria. São momentos excepcionais na vida pública. Mas esses momentos ocorrem. Então, o homem público, por mais modesto, por mais simples, por maior liderança que tenha, sente-se solitário na decisão que tem de tomar.

Por isso, Nilo Coelho cresceu na Presidência do Senado. . . .”

Novamente no Senado Federal, na sessão de 11 de novembro de 1983, a memória do ex-Presidente foi reverenciada.

Procedeu-se nessa sessão à eleição dos novos Presidente e Vice-Presidente da Casa. Eleito para o exercício da Presidência, o Senador Moacyr Dalla, ao assumir o alto cargo, evocou a figura de seu predecessor ⁽¹¹⁾:

“Quis a Providência Divina afastar de nosso convívio a figura invulgar de político experiente e administrador probo, de líder nato e homem público de projeção nacional, nosso saudoso companheiro e amigo, Nilo Coelho, cuja contribuição ao País nunca será demais ressaltar. . . .”

Igualmente, manifestou-se o Vice-Presidente eleito, Senador Lomanto Junior ⁽¹¹⁾:

“... Há tristeza em verificar que há uma cadeira vazia, hoje, nesta Casa. Há tristeza em constatar que aquela figura inesquecível de Nilo Coelho já não está entre nós. Nós, que privamos da sua intimidade desde os bancos da universidade, uma amizade que foi ao longo do tempo crescendo.

Presto, nesta hora, a minha homenagem ao companheiro que tombou no meio do caminho. Quando mais a Nação precisava dos seus serviços, eis que a morte, impiedosa, rouba-lhe a vida, arranca-o do nosso meio e deixa uma lacuna no Parlamento. Aquele homem telúrico, que será sempre inesquecível, repito, com saudade e com respeito.

Não peço um minuto de silêncio, porque para Nilo Coelho não se pede um minuto de silêncio. Palmas a Nilo Coelho, calorosas palmas é o que desejo ouvir do Plenário, nesta hora. (*Palmas.*) Na demonstração maior de que nós não o esqueceremos, o seu exemplo ficará permanentemente aqui, a sua figura jamais sairá da nossa retina, porque Nilo Coelho honrou os mandatos e as missões que o povo lhe confiou. . . .”

Mais uma vez no Senado Federal, a evocação da memória de Nilo Coelho marcou-lhe a presença no Plenário da Casa. Na sessão de 18 de novembro, o Senador Luiz Viana, entre apartes dos senhores Senadores João Calmon, Aloysio Chaves, Lomanto Junior e Aderbal Jurema, traçou em palavras comovidas a linha ascendente da vida política do ex-Presidente.

Da seguinte passagem, emerge o temperamento firme e resoluto do homenageado ⁽¹²⁾:

“... Para os que não lhe acompanharam a vida, ter-se ele, antes e acima de tudo, como Presidente do Congresso, talvez soasse como uma frase, arroubo de oratória, que logo desaparece.

(11) DCN (S. II) — 12-11-83.

(12) DCN (S. II) — 19-11-83.

Na verdade, porém, era a síntese perfeita, a legenda intocável de uma existência inteira marcada pela bravura, pela dignidade de autêntico representante de Pernambuco, legítimo descendente daqueles *leões* da Câmara do Império e a quem, valendo-me de uma imagem de João Neves, direi que os prados do poder não transformaram em cordeiro. Transigir com as conveniências não era o seu forte. O seu clima era o da claridade do sol nordestino sob o qual viu a luz — o seu caminho era largo e franco como as águas do rio em que se banhou na juventude.

Durante mais de duas décadas, acompanhei-lhe os passos através da difícil e perigosa jornada da vida pública. Não pretendo fazer-lhe o elogio, pois este está no testemunho da verdade, que lhe marcará para a posteridade o altivo perfil, que recordo com a emoção de quem conserva a ilusão de ainda o ver presidindo os nossos trabalhos com aquele traço de correção, de dignidade, de cordialidade, inerente à sua maneira de ser e de conviver.

Ao dizer que a bravura era a sua legenda recordava-me eu de um dos primeiros fatos da sua carreira política, iniciada após a queda do Estado Novo. Como sabido, áspera luta eleitoral se travou então entre as candidaturas de Barbosa Lima e Neto Campelo, ostensivamente apoiado pelo Presidente Dutra. Era uma época de riscos e definições. Representante do velho Quelé e da política de Petrolina, Nilo Coelho foi chamado ao Recife pelo Senador Novais Filho, detentor do pensamento de Dutra, e a quem perguntou em que Partido ficariam. “Menino — respondeu o Senador ao jovem emissário —, diga ao Quelé que tabaréu não tem Partido.” Por certo ignorava o estofado de que era feita a alma, o caráter do filho do Coronel Quelé. A resposta veio ao pé da letra: “Temos, Senador, o nosso Partido é o PDS.” Não houve mais conversa. . . .”

O Presidente Moacyr Dalla, também nessa oportunidade, expressou sua reverência à memória do ex-Presidente e associou-se às palavras do orador:

“É difícil, é profundamente difícil para mim, neste momento, associar-me às palavras de V. Ex^a. Não tive a felicidade de conhecer Nilo Coelho há muitos anos. Eu o conheci quando era Deputado federal. Aprendi a admirar-lhe a personalidade. Eu via no cidadão um exemplo a ser seguido. A emoção me toca e eu me recordo que, alhures, afirmara: “Deus fez o homem, deu-lhe inteligência para que ele dominasse o mundo.” Nilo Coelho dominou o mundo. Era o seu mundo onde estava presente, quer em Petrolina, quer neste Senado, quer na Câmara dos Depu-

tados. Onde chegava sua figura marcante, sua personalidade era o sinal que mostrava o domínio de um verdadeiro estadista.

Todos nós choramos, todos nós sentimos a morte do companheiro. Mas Nilo Coelho não morreu. Sua presença se faz sentir em cada canto deste Plenário. . . .”

Na Câmara dos Deputados, não foram menos sentidas as demonstrações de pesar, nem menos expressivas as palavras de reconhecimento proferidas para enaltecer as virtudes cívicas do eminente nordestino.

No mesmo dia do falecimento do Presidente, 9 de novembro, foi requerido o levantamento da sessão em reverência a sua memória, quando 51 senhores Deputados passaram pela tribuna, cada um a engrandecer o homem, o administrador, o político, o Presidente do Senado que, à frente do Congresso Nacional, lhe elevou o conceito perante a opinião pública ao dar-lhe ensejo de, por um ato de vontade, assumir a postura de Poder independente.

Falaram, nessa sessão, os senhores Deputados ⁽¹³⁾: José Carlos Teixeira, Siqueira Campos, Jorge Uequed, Marcelo Linhares, Celso Peçanha, Jorge Leite, Milton Brandão, Múcio Atayde, Celso Barros, Fernando Santana, José Lourenço, Alcides Lima, Brandão Monteiro, Francisco Dias, Francisco Sales, Albérico Cordeiro, Matheus Schmidt, Roberto Freire, Nasser Almeida, Cristina Tavares, Luiz Baptista, Milton Reis, José Fernandes, Antônio Câmara, Luís Dulci, Oswaldo Lima Filho, Mário Juruna, Ubaldo Barém, Edson Lobão, Ruy Côdo, Paulino Cícero de Vasconcellos, Afrisio Vieira Lima, Daso Coimbra, Hélio Dantas, Jorge Arbage, Raimundo Leite, Tidei de Lima, Hélio Duque, Sebastião Rodrigues Júnior, Aurélio Peres, Juarez Bernardes, Orestes Muniz, José Carlos Vasconcelos, Luiz Guedes, Magalhães Pinto, Irma Passoni, Eduardo Matarazzo Suplicy, Elquisson Soares, Genebaldo Correia, Furtado Leite e Domingos Juvenil.

Na Presidência dos trabalhos, o Deputado Fernando Lyra, uma vez aprovado o requerimento para o levantamento da sessão, resumiu, nas seguintes palavras, a extensão daquela homenagem:

“ . . . Sr^{as} e Srs. Deputados, o destino fez com que estivesse presidindo esta sessão de hoje um Deputado que há 17 anos chegava à Assembléia Legislativa de Pernambuco, pela primeira vez, para ser o Líder da Oposição ao Governador empossado, Nilo Coelho. De lá para cá, na Assembléia, nas ruas de Pernambuco, no Plenário do Congresso, as nossas vidas se cruzaram muitas vezes. E aqui estou presidindo a sessão no dia da morte

(13) DCN (S. I) — 10-11-83.

de Nilo Coelho; presidindo como 1º-Secretário, como o foi Nilo Coelho. E novamente as nossas vidas se cruzam, pois Nilo e este Presidente em exercício foram os representantes de Pernambuco que passaram por esta Secretaria.

Nunca em minha vida pública, e como Deputado federal há 13 anos, presenciei o que a Câmara vivenciou nesta tarde. Iniciamos a sessão às 13 horas e são 16:10; portanto, durante 3 horas e 10 minutos a Câmara, por várias vezes, por intermédio de 51 Srs e Sr^{as} Parlamentares, encaminhou requerimento de adiamento da sessão. Só este fato retrataria o que foi a figura humana do Senador Nilo Coelho, o que foi Nilo Coelho como homem público, e, principalmente, como Presidente do Senado Federal e do Congresso.

O Presidente Nilo Coelho morreu sintonizado com a História. O Presidente Nilo Coelho morreu consagrado por seus Pares de todos os Partidos. Pernambuco chora hoje a sua morte; seus colegas lamentam a sua ausência; seus amigos, a perda irreparável; mas há o conforto de que o seu exemplo de cidadão, de pai, de irmão, de colega, de filho e de Presidente deste Poder Legislativo servirá às novas gerações, exatamente naquilo por que ele mais zelava, que era a sua honra e a consciência do dever cumprido.”

Nos dias que se seguiram, a cada sessão da Câmara, uma voz se erguia para reforçar o sentimento de pesar da Casa diante da perda sofrida pelo Congresso e pela Nação.

Assim foi na sessão de 10 de novembro, quando o Deputado Assis Canuto homenageou o ilustre brasileiro (14); na sessão do dia 11, em cujo registro figura o tributo prestado pelo Deputado Artur Virgílio Neto (15); do dia 14, em que se fizeram ouvir as palavras de apreço e saudade do Deputado Ernani Satyro (16); do dia 16, quando o Deputado Carlos Wilson (17) traduziu a consternação da Nação, e em especial de Pernambuco, face à morte de Nilo Coelho.

Nilo Coelho realizou o desiderato de passar à História, não como Parlamentar do “não dizer”, mas, após cumprir a missão de falar, traduzir o pensamento daqueles que representou e expressar a vontade nacional.

(14) DCN (S. I) — 11-11-83.

(15) DCN (S. I) — 12-11-83.

(16) DCN (S. I) — 14-11-83.

(17) DCN (S. I) — 17-11-83.

Teotônio Vilela



Uma homenagem a TEOTÔNIO VILELA há de ser simples e curta. A palavra é pobre e pequenina.

O adjetivo não cobre a grandeza do “Menestrel das Alagoas”.

Sem dúvida o silêncio dirá mais dele, porque se expressa por si mesmo — sem forma nem fórmulas.

Teotônio gostava da linguagem do silêncio. No seu último discurso no Senado Federal, ao aludir à não eleição do Senador Paulo Brossard, preferiu dizer:

“Não trocarei palavras sobre isto; trocaremos silêncio. É a maior homenagem que posso prestar à figura de V. Ex^ª”

Amado filho das terras sofridas do Nordeste, filho amantíssimo da Terra de Santa Cruz, peregrino dos caminhos do civismo, pleno de anseios pelo futuro da Pátria, cultor da verdade, valente soldado da guerra santa pela liberdade e pela justiça, o silêncio é a maior homenagem que te podemos prestar.

Estamos em silêncio e de pé. Assim nos recolhemos ao impacto de tua partida, assim saudamos o esplendor de tua memória.

Se alguma voz se deve ouvir, neste momento, é a tua própria voz.

Voltemos à sessão do Senado Federal de 1º de dezembro de 1982, e ouçamos as comoventes palavras finais da última oração pronunciada no Plenário da Casa:

“Viver é perigoso, Sr. Presidente, por isso é que eu fiz da vida um perigo permanente. Não me recusei, jamais, a andar. E como sempre andei procurando ler os melhores autores, sempre encontrei nesses homens a exaltação da vida. Viver é perigoso, eu sei, mas vivo a qualquer título e diante de qualquer perigo, mesmo porque sobre a morte já tanto meditei e sempre foi um tema muito ligado à minha vida. A morte que eu não temo, que eu respeito, considero um estágio na passagem de qualquer um de nós pelo universo, como é a vida. Sinto-me um homem absolutamente tranqüilo diante da adversidade. A minha preocupação é o futuro deste País, é o futuro dessas populações que estão aí desencontradas, desamadas, desalinhas, desde os **nanicos** de Pernambuco, denunciados pelo professor e cientista Nelson Chaves, até os **trombadinhas** das portas de hotel e de bancos de São Paulo.

Temos que ordenar a vida deste País. Meu Deus, quanto trabalho a fazer, quanta coisa digna a se realizar! Pois a minha convicção é esta: a Casa continua, a vida continua, e eu continuarei como um modesto auxiliar do meu ilustre chefe e amigo, Ulysses Guimarães. Estarei sempre à disposição dele. Enquanto eu puder falar, me movimentar um pouco, pensar um pouco, pode usar, nobre Deputado e meu Presidente, os meus préstimos.

Não desejo outra coisa senão morrer lutando. Não desejo outra coisa senão ver a minha Nação, o meu povo, reorientados, a minha Pátria digna dos poderes que criou e das autoridades constituídas. Não desejo outra coisa senão o bem da Nação brasileira.”

DCN (S. 11) — 21-12-82.

Visão e atuação internacional de Simón Bolívar

JOSÉ CARLOS BRANDI ALEIXO

Ph.D. Professor da Universidade de Brasília

SUMARIO

- I — INTRODUÇÃO
Riqueza de dimensões na vida e obra do Libertador
- II — *A luta pela independência*
 - A) *O Continente*
 - B) *As ilhas de Cuba e Porto Rico*
- III — *A campanha pela união dos povos emancipados e pelo entendimento entre todas as nações. O Congresso de Panamá de 1826. Bolívarismo e Monroísmo*
- IV — *Bolívar e o Brasil*
 - A) *Brasileiros na epopéia bolivariana*
 - B) *Relações entre o Libertador e o Governo do Brasil*
- V — CONCLUSÃO

I — INTRODUÇÃO

Riqueza de dimensões na vida e obra do Libertador

A celebração do bicentenário do nascimento de SIMÓN BOLÍVAR é feliz oportunidade para mais esta homenagem àquele que, ultrapassando as fronteiras de sua ilustre pátria venezuelana, conseguiu, com uma exis-

tência de apenas 47 anos, lugar de extraordinário destaque na história universal. Ele se encontra entre aqueles homens que fizeram época (1).

O cenário de ação política e militar de SIMÓN BOLÍVAR, em vinte anos de vida pública, abarcou cerca de seis milhões de km². Assumiu a tarefa de acabar com uma dominação de três séculos e de construir uma nova ordem internacional. BOLÍVAR distinguiu-se extraordinariamente nas letras, na oratória, nos campos de batalha e na suprema magistratura. Com muita propriedade observou o Prof. SÍLVIO JÚLIO:

“Manejava a pena com desembaraço e a certeza de um SARMIENTO, ocupava a tribuna com a elegância e a eloquência de um MARTÍ, dirigia as nações com a mesma maestria que não o abandonava à cabeça dos exércitos...” (2).

JOSÉ ENRIQUE RODÓ, o ilustre uruguaio autor de *Ariel* e tantas outras obras primorosas, retratou bem BOLÍVAR:

“Grande en el pensamiento, grande en la acción, grande en la gloria, grande en el infortunio, grande para magnificar la parte impura que cabe en el alma de los grandes, y grande para sobrellevar, en el abandono y en la muerte, la trágica expiación de la grandeza. Muchas vidas humanas hay que componen más perfecta armonía, orden moral o estético más puro; pocas ofrecen tan constante carácter de grandeza y de fuerza; pocas subyugan con tan violento imperio las simpatías de la imaginación heroica” (3).

Assim compendia GRACIELA SORIANO, professora da Universidade Central da Venezuela, o papel de BOLÍVAR:

“Uma personalidade histórica extraordinária na qual se unem o espírito culto da época, o gênio militar e a capacidade política do estadista, e cuja obra se projeta além do momento histórico em que vive para condicionar a vida histórica do futuro; é o principal representante de uma geração de homens que pretendeu dar à América espanhola uma fisionomia própria, autêntica, e até adiantada quicá em alguns aspectos à realidade européia” (4).

Em um trabalho admirável de síntese MARIANO SÁNCHEZ ROCA, em 1947, escreveu *O Espírito do Libertador*. Reúne aí citações escolhidas que

(1) *Homens que Fizeram Época* é o título de uma coleção da Editora Zahar que inclui entre outros Alexandre, Pedro o grande, Richelieu, Napoleão, Washington, Bolívar Marx etc. *Bolívar e a independência da América Espanhola*, da autoria de J. B. TREND foi publicado em português em 1965.

(2) JÚLIO, Sílvio. *Bolívar*. Rio de Janeiro, Revista Continente Editora LTDA, 1981, p. 300.

(3) JÚLIO, Sílvio. Ob. cit., p. 133.

(4) BOLÍVAR, Simón. *Escritos Políticos*. Madrid, Alianza, 1971, p. 14.

configuram cinco aspectos da vida e do pensamento de BOLÍVAR: o homem, o estadista, o guerreiro, o patriota e o político. E explica:

“Primeiro o Homem, porque a moral, a ética privada e pública de BOLÍVAR, matizada pela admirável e ininterrupta série de suas renúncias e pelo afã apaixonado e excelso de alcançar glória, poderia constituir um catecismo de abnegação e sacrifício para enfrentar os códigos de materialismo e endinheiramento que regem hoje a vida e os homens” (5).

Este trabalho restringir-se-á ao estudo da visão e atuação internacional de BOLÍVAR. Conseqüência lógica será o reconhecimento de sua excepcional atualidade na difícil conjuntura do mundo de hoje.

II — *A luta pela independência*

A) O Continente

A vida de BOLÍVAR foi profundamente afetada pelo falecimento, em 1803, de sua jovem esposa Maria Tereza Rodriguez del Toro y Alarza, menos de um ano após a celebração das núpcias. Seus planos de administrar suas propriedades na Venezuela foram alterados. Empreendeu no mesmo ano sua segunda viagem à Europa onde se encontrou com seu antigo mestre SIMÓN RODRIGUEZ. Na companhia dele visitou a Itália. Diante dele e sob sua influência pronunciou, a 15 de agosto de 1805, no Monte Sacro de Roma, famosas palavras:

“Juro-lhe; juro perante o Deus de meus pais; juro pelos meus próprios pais, pela honra e pelo meu país, que meu braço não descansará e minha mente não terá paz enquanto eu não tiver rompido as cadeias que me prendem pela vontade e pelo poder da Espanha” (6).

BOLÍVAR, porém, distinguia entre o governo absolutista de Madri e o invejável patrimônio humanístico e cultural da Espanha. Mesmo no duro exílio de Jamaica, em plena guerra, com o conhecimento dos horrores de Yáñez, Monteverde, Boves e outros, BOLÍVAR fala em sua famosa carta de 1815, do alto significado de Espanha:

“Um comércio de interesses, de luzes, de religião; uma recíproca benevolência; uma terna solicitude pelo berço e a glória de nossos pais; enfim, tudo o que formava nossa esperança nos vinha da Espanha” (7).

(5) BOLÍVAR, Simón. *Obras completas*. Caracas, Ministério de la Educación Nacional, s.d., vol. III, pp. 856 — 891.

(6) TREND, J. B. *Bolívar e a Independência da América Espanhola*. Rio de Janeiro, Zahar, 1965, p. 40.

(7) BOLÍVAR, Simón. *Escritos Políticos*. Madrid, Alianza, 1971, p. 63. O texto em português se encontra em BOLÍVAR, Simón. *Ideário Político*. Rio de Janeiro, Vecchi, s.d., p. 32.

Aos excessos cometidos pelo adversário BOLÍVAR respondeu com a guerra de morte. Mas várias vezes tomou a iniciativa no sentido de tentar uma solução pacífica e negociada. Em carta ao General Pablo Morillo, Comandante das tropas espanholas, de 13 de fevereiro de 1818, escreveu:

“Nuestra humanidad, contra toda justicia, ha suspendido muchas veces la sanguinaria guerra a muerte que los españoles nos hacen... Ofrezco la cesación de tan horrible calamidad, y empiezo mi oferta por devolver todos los prisioneros que hemos tomado ayer en el campo de batalla... Yo los indulto en nombre de la República de Venezuela, y al mismo Fernando VII perdonaria, si estuviese, como ud., reducido a calabozo...” (8).

No período de junho-outubro de 1820, Morillo propôs a suspensão de hostilidades. Em 27 de novembro, BOLÍVAR e Morillo se encontraram em Santa Ana e assinou-se o Tratado de Armistício e Regularização da Guerra que infelizmente se rompeu em abril do ano seguinte (9).

Em 24 de janeiro de 1821, BOLÍVAR escreveu em termos elevados ao próprio rei Fernando VII. Fez-lhe mais um apelo:

“Colomzia entrará en el orden natural del mundo político. Ayude V.M. el nuevo curso de las cosas y se hallará al fin sobre una inmensa cima, dominando todas las prosperidades.

La existencia de Colombia es necesaria, señor, al reposo de V.M. y a la dicha de los colombianos. Es nuestra ambición ofrecer a los españoles una segunda patria, pero erguida, pero no abrumada de cadenas. Vendrán los españoles a recoger los dulces tributos de la virtud, del saber, de la industria: no vendrán a arrancar-los de la fuerza” (10).

Infelizmente faltou ao monarca espanhol sabedoria para entender o curso inexorável da história.

Pode-se, pois, dizer que não houve em BOLÍVAR ódio de qualquer espécie contra o que Espanha representa de alto e nobre, mas sim combate à anti-Espanha, a Fernando VII, que não soube compreender as melhores tradições de seu próprio país. Em carta de 12 de junho de 1818 a Luis López Mendes, agente dos negócios da República de Venezuela em Londres, fala da conveniência de conseguir para a causa patriótica oficiais espanhóis. Escreve aí o Libertador:

“Mucho contribuiria para hacernos de oficiales españoles, y sacar recursos de la misma España, proclamar altamente el principio que debe ser la base de nuestra política: Paz a la

(8) BOLÍVAR, Simón. *Obras Completas*, cit., vol. I, pp. 282-3.

(9) BOLÍVAR, Simón. *Escritos Políticos*, cit., p. 188.

(10) BOLÍVAR, Simón. *Obras Completas*, cit., vol. I, p. 527.

nación española y guerra de exterminio a su gobierno actual... Nada debe omitir para separar los intereses de la nación española de su gobierno y hacerla ver que sus verdaderas ventajas consisten en una íntima alianza con la América independiente" (11).

BOLÍVAR alude aí, ao menos implicitamente, à idéia de uma organização internacional entre nações emancipadas do Novo Mundo e a Espanha.

Convém recordar que no mesmo ano do nascimento de BOLÍVAR, 1783, o Conde de Aranda apresentara a Carlos III da Espanha um projeto de reforma na administração do império espanhol no Novo Mundo. Provavelmente tendo em conta a independência dos Estados Unidos, que foi reconhecida pelo Tratado de Versalhes, sugeria ele o estabelecimento de monarquias americanas com príncipes espanhóis sob o império do rei em Madri.

As dificuldades de BOLÍVAR provinham da resistência obstinada de Madri e da ausência de apoio efetivo de países europeus à sua causa. Em 28 de setembro de 1815 BOLÍVAR escreveu carta ao editor de *The Royal Gazette*, publicada no mesmo jornal, de Kingston, no número 39, correspondente ao período de 23 a 30 de setembro. Analisou aí de modo percuente os obstáculos do movimento independentista. Lembrou que a desunião existia também na história de Atenas, Roma, Inglaterra e Estados Unidos. Na América Meridional ela se deve também à ignorância e à debilidade, consequência da tirania do governo espanhol. E comparou a sorte dos Estados Unidos e a da América hispânica na luta pela emancipação:

"Además de esto fuimos abandonados por el mundo entero, ninguna nación extranjera nos ha guiado con su sabiduría y experiencia, ni defendido con sus armas, ni protegido con sus recursos. No sucedió lo mismo con América del Norte durante su lucha de emancipación. Aunque poseyendo sobre nosotros toda suerte de ventajas, las tres más poderosas naciones europeas, dueñas de colonias, la auxiliaron en su independencia; y sin embargo la Gran-Bretaña no ha usado de represalias contra aquella misma España que le había hecho la guerra para privarla de sus colonias. Todos los recursos militares y políticos que nos han negado a nosotros se han dado con profusión a nuestros enemigos... Nosotros no tenemos más armas para hacer frente al enemigo, que nuestros brazos, nuestros pechos, nuestros caballos y nuestras lanzas. El debil necesita una larga lucha para vencer; el fuerte, como en Waterloo, libra una batalla y desaparece un imperio" (12).

Com as vitórias de Boyacá (19-7-1819), Carabobo (24-6-1821), Bomboná (24-5-1822), Pichincha (25-5-1822), Junin (6-7-1824), Ayacucho

(11) BOLÍVAR, Simón. *Obras Completas*, cit. vol. I, p. 292.

(12) BOLÍVAR, Simón. *Obras Completas*, cit. vol. I, pp. 176-177.

(10-12-1824), para citar apenas algumas, o governo de Madri perde seus territórios continentais no Novo Mundo.

Para SIMÓN BOLÍVAR e seus companheiros, porém, a obra da emancipação ainda não estava concluída. À epopéia da independência faltava a estrofe insular de Cuba e Porto Rico.

B) As ilhas de Cuba e Porto Rico

Entre os próceres da independência da América de língua espanhola era grande o desejo de expulsar o governo de Madri de todo o Novo Mundo. Numerosas gestões foram feitas neste sentido.

Na própria Carta de Jamaica, de 1815, já escrevera BOLÍVAR:

“As ilhas de Porto Rico e Cuba, que, entre ambas, podem formar uma população de 700.000 a 800.000 almas, são as que os espanhóis possuem com mais tranqüilidade, porque estão fora de contato com os independentes. Mas não são americanos esses insulares? Não são vexados? Não desejam seu bem-estar?”⁽¹³⁾.

O dirigente equatoriano Vicente Rocafuerte viajou em 1823 a Maracaibo com o propósito de encontrar-se com uma delegação de Cuba empenhada na causa da independência. Anteriormente, em Filadélfia, já havia conversado sobre o tema com o General Manuel José Arce e José Maria Salazar. O primeiro, Presidente da Guatemala, informou que disporia para tal fim de quatro mil homens. O segundo assegurou a cooperação da Colômbia e a solicitação ao México de ajuda financeira ⁽¹⁴⁾.

A saída da expedição libertadora de Cuba e Porto Rico esteve programada para depois da batalha de Ayacucho. Há notícias de que o General Paez se havia oferecido para encabeçá-la ⁽¹⁵⁾.

Nas instruções secretas que o Libertador traçou, em 15 de maio de 1825, para os plenipotenciários do Peru ao Congresso de Panamá, incluiu a possibilidade de estabelecer um acordo com México e América Central, com o fim de:

“Adotar medidas em relação às ilhas de Cuba e Porto Rico e, em caso de que se resolvesse emancipá-las, atender a seu futuro destino: se deveriam agregar-se a alguma das novas repúblicas ou deixar que se constituíssem independentes” ⁽¹⁶⁾.

(13) BOLÍVAR, Simón. *Ideário Político*. Rio de Janeiro, Vecchi, s. d., p. 34.

(14) MUÑOZ VICUNA, Elias. “Bolívar en Guayaquil”, *Revista Universidad de Guayaquil*, 2(48): 35-6, abr.-jun. 1962.

(15) GOMEZ ROBLEDO, Antonio. *Idea y Experiencia de América*. México, Fondo de Cultura Económica, 1958, p. 63.

(16) PIVIDAL, Francisco. *Bolívar, Pensamiento Precursor del Antimperialismo*. Caracas, Ateneo, 1979, p. 221.

Dois cubanos trabalharam, como secretários, no Congresso de Panamá de 1826. José Vicente Arango e Frutuoso del Castillo integraram respectivamente as delegações do Peru e da Colômbia. O primeiro havia solicitado ao Libertador a ajuda necessária para a independência de seu país. O segundo havia sentado praça no exército da Colômbia e fora ajudante de campo do General Briceño Méndez (17).

Após a vitória de Callao, em 1826, o Almirante Illingworth, acompanhado de numerosos oficiais e marinheiros, dirigiu-se a Cartagena disposto a integrar a expedição libertadora de Cuba (18).

Em carta de 5 de fevereiro de 1827 ao Marechal de Ayacucho, informa BOLÍVAR que está preparando uma expedição a Porto Rico. Agregou ele:

“Constará de 5.000 homens, todos veteranos e sob o comando do General Paez. Padilla comandará a marinha. Eu creio que pouco nos custará apoderar-nos de Porto Rico. Depois veremos o que se pode fazer em relação a Havana” (19).

Apesar do desejo do México, da Colômbia e de outros países hispano-americanos, não se empreendeu a necessária expedição militar para a libertação de Cuba e de Porto Rico. Problemas internos e possíveis rivalidades mútuas passaram a exigir maior atenção dos governantes. A Espanha ainda dispunha de importante frota naval. Londres opunha-se a que as ilhas passassem às mãos de outros povos. Preocupações deste teor havia também na França. Os rumores de uma guerra entre Madri e Londres não se confirmaram. Nesta hipótese a Espanha teria muita dificuldade para atuar no Caribe. Contudo, o malogro de tais planos deve ser atribuído particularmente à militante oposição diplomática dos Estados Unidos.

Em agosto de 1823, George Canning informou o ministro norte-americano em Londres, Richard Rush, que: Madri já não podia recuperar suas colônias; Londres não se opunha a uma negociação amigável entre as colônias e a metrópole; Grã-Bretanha não ambicionava para si qualquer porção das colônias, mas não podia contemplar com indiferença a transferência de qualquer porção delas a outro Poder (20). Propôs aos Estados Unidos uma declaração conjunta onde ambos os governos se manifestassem a favor da independência das colônias e se comprometessem a não adquirir para si qualquer porção delas. Washington não concordava com a segunda parte, não houve a declaração conjunta. A assim chamada Doutrina Monroe, de 3 de dezembro de 1823, opõe-se a qualquer nova aquisição de terras no Novo Mundo, por parte dos países europeus, mas nada diz sobre uma possível expansão territorial

(17) PIVIDAL, Francisco. Ob. cit., p. 215.

(18) MUÑOZ VICUÑA, Elias. Ob. cit., pp. 37, 38.

(19) BOLÍVAR, Simón. *Obras Completas*, cit. vol. II, p. 544.

(20) PERKINS, Dexter. *A History of The Monroe Doctrine*. Boston, Toronto, Little, Brown and Company, 1963, p. 37.

dos próprios Estados Unidos. Na verdade, essa expansão, sobretudo no caso de Cuba, já estava contemplada por políticos americanos.

John Quincy Adams, como Thomas Jefferson anteriormente, estava convencido de que Cuba seria um dia anexada aos Estados Unidos, embora não no futuro imediato. Disse ele:

“Há leis de gravitação política e física; e se uma maçã cortada pela tempestade de sua árvore nativa não pode deixar de cair no chão, Cuba, separada pela força, de sua conjunção artificial com a Espanha, e incapaz de auto-sustentação, só pode gravitar na direção da União Norte-Americana, a qual, pela mesma lei da natureza, não a pode rechaçar de seu seio” (21).

Adams não desejava que estas ilhas caíssem sob o controle de países mais poderosos na época. Como Secretário de Estado de James Monroe (1821-25), instruiu seu ministro em Madri no sentido de manifestar a oposição de Washington à transferência de Cuba para outras mãos. Por sua vez, Henry Clay, como secretário do Presidente Adams, foi mais vigoroso na linguagem: “não podemos consentir na ocupação destas ilhas por nenhum outro Poder europeu, que não a Espanha, sob qualquer tipo de contingência” (22). Nesta tarefa, Washington procurou inclusive o apoio da Rússia (23).

Francisco de Paula Santander, no exercício da Presidência da Colômbia, estendeu aos Estados Unidos, em 1825, o convite para participar da Reunião do Panamá. O Congresso norte-americano debateu calorosamente a proposta do Presidente John Quincy Adams de comparecer ao conclave e a designação como delegados de Richard C. Anderson, ministro junto ao governo da Colômbia e John Sargeant, ex-membro da Câmara pela Pensilvânia (24). Após a devida aprovação, receberam eles instruções do Secretário de Estado Henry Clay. A libertação de Cuba e Porto Rico estava na agenda da reunião de Panamá. Clay orientou os delegados no sentido de se oporem a ela, dizendo que uma Cuba

(21) *The Writings of John Quincy Adams* (W. C. Ford, ed. 7 vols. New York the Macmillan Company, 1913-1917), VII, 372-3. Apud JULIUS W. PRATT, *A History of United States Foreign Policy*. Englewood Cliffs, N. J., Prentice-Hall, Inc. 1965, 2ª ed., p. 77. Diz o texto original: “There are laws of political as well as of physical gravitation; and if an apple severed by the tempest from its native tree cannot choose but fall to the ground, Cuba, forcibly disjoined from its unnatural connection with Spain, and incapable of self support, can gravitate only towards the North American Union, which by the same law of nature cannot cast her off from its bosom”. Consulte-se também BEMIS, Samuel F. *The Latin American Policy of the United States*. New York, Harcourt Brace and Company, 1943, p. 62.

(22) PRATTS, Julius W. *A History of United States Foreign Policy*. Englewood Cliffs. N. J., Prentice-Hall, Inc. 1965, 2ª ed., p. 77.

(23) GOMEZ ROBLEDO, Antonio. Ob. cit., p. 63.

(24) WHITAKER, Arthur P. *Os Estados Unidos e a Independência da América Latina (1800-1830)*. Belo Horizonte, Itatiaia, 1966, p. 393.

independente mas débil atrairia a intervenção de fortes potências européias (25).

Em 2 de outubro de 1829, o Secretário de Estado norte-americano Van Buren escreveu a seu ministro na Espanha:

“Contemplando com olhar ciumento estes dois últimos restos do Poder espanhol na América, estes dois Estados (México e Colômbia) uniram em uma ocasião suas forças e levantaram seu braço para descarregar um golpe que, se houvesse tido êxito, teria acabado para sempre com a influência espanhola nesta região do globo. Foi ele detido principalmente pela oportuna intervenção deste governo, o qual, com espírito amistoso para com a Espanha e pelo interesse do comércio geral, a assistiu de modo a preservar para sua Majestade Católica estas inapreciáveis porções de suas possessões coloniais” (26).

As considerações anteriores e os fatos subseqüentes, porém, manifestam claramente que Washington alimentava fortes desejos de incorporar estas ilhas ao seu governo. E assim BOLÍVAR não pode completar sua epopéia emancipadora.

III — *A campanha pela união dos povos emancipados e pelo entendimento entre todas as nações*

Para SIMÓN BOLÍVAR a independência da América de língua castelhana era apenas parte de seus desígnios. Ela se complementaria com um pacto de união entre as ex-colônias. No mesmo ano de 1815, em que o Congresso de Viena sustinha ou restaurava monarquias absolutistas, BOLÍVAR erguia a bandeira do mútuo entendimento entre as novas Repúblicas da América.

Na Carta de Jamaica, escreveu ele:

“Es una idea grandiosa pretender formar de todo el Mundo Nuevo una sola nación con un solo vínculo que ligue sus partes entre sí y con el todo. Ya que tiene un origen, una lengua, unas costumbres y una religión, debería por consiguiente tener un solo gobierno que confederase los diferentes Estados que hayan de formar-se; mas no es posible, porque climas remotos, situaciones diversas, intereses opuestos, caracteres desemejantes, dividen a la América. Y qué bello sería que el istmo de Panamá fuese para nosotros lo que el de Corinto para los griegos! Ojalá que algun día tengamos la fortuna de instalar allí un augusto congreso de los representantes de las repúblicas, reinos e impérios a tratar y discutir sobre los altos inte-

(25) MECHAM, J. Lloyd. *A Survey of United States — Latin American Relations*. Boston, Houghton, 1965, p. 89.

(26) GOMES ROBLEDO, Antonio. Ob. cit., p. 81.

reses de la paz y de la guerra con las naciones de las otras tres partes del mundo" (27).

Podemos salientar três idéias presentes neste texto: a inviabilidade de uma única nação para todo o Novo Mundo; o desejo de um conclave anfictionico dos países americanos à semelhança do que reuniu, em Corinto, os gregos; o surgimento eventual de um congresso, em Panamá, de repúblicas, reinos e impérios das quatro partes do mundo para tratar da paz e da guerra. BOLÍVAR cogita de uma sociedade regional em termos de futuro próximo e projeta a mundial para um futuro mais distante. Cabe-lhe a glória de promotor da sociedade de nações americanas e de precursor da sociedade universal das nações.

Na carta dirigida a Juan Martín Pueyrredón, Supremo Diretor das Províncias Unidas do Rio da Prata, em 12 de junho de 1818, expressa seu desejo de entabular o pacto americano, que, "formando de todas nuestras repúblicas un cuerpo político, presente la América al Mundo con un aspecto de majestad y grandeza sin ejemplo en las naciones antiguas" (28).

Com grande senso prático BOLÍVAR compreendeu que a melhor maneira de preparar um pacto geral era o concertamento de tratados bilaterais tendentes ao mesmo propósito. Como Presidente da Colômbia, incumbiu Joaquim Mosquera e Miguel Santa Maria de negociar, o primeiro com países do Sul, o segundo com México, acordos preliminares e preparatórios do congresso geral.

Em carta ao Diretor Supremo do Chile, de 8 de janeiro de 1822, BOLÍVAR externa seu júbilo com a independência das nações americanas, mas adverte, ao mesmo tempo, que ainda nos "falta pôr o fundamento do pacto social, que deve formar deste mundo *uma nação de Repúblicas*".

Exclama em seguida:

"Quem resistirá à América reunida de coração, submissa a uma lei e guiada pelo facho da liberdade?"

E acrescenta:

"Tal é o desígnio que se propôs o governo de Colômbia ao dirigir a V. Ex^a nosso ministro plenipotenciário, Senador Joaquim Mosquera" (29).

Joaquim Mosquera, plenipotenciário colombiano, chegou a Lima no dia 1º de maio de 1822 e, no seguinte dia 5, apresentou suas credenciais junto ao governo do Protetor San Martín. Assinou juntamente com Monteagudo dois Tratados. Foram ratificados por Torre Tagle no Peru

(27) BOLÍVAR, Simón. *Escritos Políticos*, cit., p. 81.

(28) BOLÍVAR, Simón. *Obras Completas*, cit., vol. I, p. 294.

(29) BOLÍVAR, Simón. *Obras Completas*, cit. vol. I, p. 619. O Tratado entre Colômbia e Chile foi assinado em 21 de outubro de 1823, mas não foi ratificado.

e pelo governo colombiano em 12 de julho de 1822. Foram publicados na *Gazeta Extraordinária* de Lima a 17 de setembro de 1822. Os Tratados de Aliança e Confederação entre Peru e Colômbia de 1822 e entre México e Colômbia de 3-10-1823 são vazados em termos semelhantes.

Em ambos os convênios as partes contratantes “se unen, ligam y confederan desde ahora para siempre en paz y guerra, para sostener con su influjo y fuerzas marítimas y terrestres, en cuanto lo permitan las circunstancias, su independencia de Nación española y de cualquier otra dominación extranjera, y asegurar, después de reconocida aquella, su mutua prosperidad, la mejor armonía y buena correspondencia, así entre los pueblos, súbditos y ciudadanos de ambos Estados, como con las demás potencias con quienes deben entrar en relación” (30).

Os Tratados entre Colômbia e Peru de 1822 podem ser considerados o primeiro fato histórico consumado de unidade latino-americana. Foram um encontro entre San Martín e BOLÍVAR.

Os Tratados de 1822 e 1823 são um antecedente remoto do atual Tratado Interamericano de Assistência Recíproca. São inclusive mais generosos e menos casuísticos em suas estipulações. Em clima de confiança mútua não se traçam linhas de nenhuma espécie, nem ortodromicas nem loxodromicas que delimitam o *casus foederis*. O emprego de força militar em ajuda da outra parte é obrigatório.

Após os convênios bilaterais de união, liga e confederação e as repetidas vitórias no Peru, último reduto das tropas espanholas na América do Sul, BOLÍVAR julgou chegado o momento de convocar o tão anelado Congresso anfitrião. Fê-lo através da Circular de Lima de 7 de dezembro de 1824. O documento está redigido na primeira pessoa e acentua assim a identificação entre o signatário e o seu conteúdo. A assembléia de plenipotenciários deveria servir como se lê no texto de “Conselho nos grandes conflitos, de ponto de contato nos perigos comuns, de fiel intérprete nos tratados públicos, quando ocorrerem dificuldades, e de conciliador, enfim, de nossas diferenças” (31).

BOLÍVAR escolheu bem o momento para realização de um congresso de várias nações. Havia grande solidariedade na luta pela independência e sua consolidação. Havia um sentimento alto de fraternidade. O peruano Talamantes conspira no México a favor da independência; o hondurenho José Cecilio del Valle ocupa a Secretaria de Relações do México; o mexicano Miguel Santa Maria é deputado na Gran Colômbia; o equatoriano Vicente Rocafuerte é diplomata do México em Londres; o cubano José Maria de Heredia ascende à magistratura judicial no México; o venezuelano Andrés Bello alcança no Chile a plenitude de sua sabedoria e glória; Bernardo Monteagudo, argentino, e Tomás de Heres, colombiano, são ministros de Relações Exteriores do Peru; o colombiano Ortiz de Zeballos é incumbido de missão diplomática do Peru na Bolívia;

(30) GOMES ROBLEDO, Antonio. Ob. cit., p. 52.

(31) BOLÍVAR, Simón. *Ideário Político*, cit. pp. 86-7.

o brasileiro José Inacio de Abreu e Lima é promovido a general por BOLÍVAR; Antônio José Sucre, venezuelano, é Presidente da Bolívia; José de San Martín, argentino, é o Protetor do Peru; e sobretudo SIMÓN BOLÍVAR exerce o comando supremo em cinco repúblicas (hoje seis) que o homenageiam fielmente.

Na Carta de Jamaica BOLÍVAR fala no Panamá como local do conclave. Contudo, em correspondência posterior com próceres hispano-americanos, ele admitiu algum outro ponto escolhido por maiorias como ele mesmo afirma na Circular de Lima. José de San Martín propôs em 1822 Guaiaquil; o sábio hondurenho José Cecílio del Valle lembrou San José na Costa Rica e León na Nicarágua. BOLÍVAR chegou a cogitar de Quito (32). Contudo prevaleceu o istmo de Panamá que liga o Sul e o Norte da América assim como os dois oceanos Pacífico e Atlântico.

No início de 1826, BOLÍVAR expressou suas expectativas sobre o Congresso de Panamá:

“El Congreso de Panamá reunirá todos los representantes de la América y un agente diplomático del Gobierno de S.M.B. Este Congreso parece destinado a formar la liga más vasta, o más extraordinária, o más fuerte que ha aparecido hasta el día sobre la tierra. La Santa Alianza será inferior en poder a esta Confederación, siempre que la Gran Bretaña quiera tomar parte en ella, como Miembro Constituyente. El género humano daría mil bendiciones a esta liga de salud y la América como la Gran Bretaña cogerían cosechas de beneficios. Las relaciones de las sociedades políticas recibirían un código de derecho público por regla de conducta universal” (33).

BOLÍVAR em seguida enumera em vários pontos os benefícios do Congresso. Eis alguns deles:

1º) El nuevo mundo se constituiría en naciones independientes, ligadas todas por una ley común que fijase sus relaciones externas y les ofreciese el poder conservador en un congreso general y permanente.

4º) El orden interno se conservaría intacto entre los diferentes Estados y dentro de cada uno de ellos.

7º) La fuerza de todos concurriría al auxilio del que sufriese por parte del enemigo externo o de las facciones anárquicas.

8º) La diferencia de origen y de colores perdería su influencia y poder.

10º) La reforma social, en fin, se habría alcanzado bajo los santos auspicios de la libertad y de la paz...

(32) PIDIVAL, Francisco. Ob. cit., p. 154.

(33) BOLÍVAR, Simón. *Obras Completas*, cit., vol III, p. 756.

En la marcha de los siglos, podría encontrarse, quizá, una sola nación cubriendo al universo — la federal” (34).

As 11 horas da manhã do dia 22 de junho de 1826 na sala capitular do Convento de São Francisco — hoje Salão Bolívar —, na cidade do Panamá, instalou-se a Augusta Assembléia. Peru, Grã-Colômbia, América Central e México compareceram com dois representantes cada um. Participaram na condição de observadores o Reino Unido (Mr. Edward James Dawkins) e o Reino da Holanda (Coronel Carlos Van Veer). Havia também secretários particulares das delegações do Reino Unido (faleceram os dois de febre amarela), do Peru e da Colômbia (35).

No pequeno lapso de tempo de 22 de junho a 15 de julho de 1826 o Congresso aprovou quatro acordos:

- um Tratado de União, Liga e Confederação Perpétua;
- a Convenção sobre contingentes;
- o Acordo confidencial relativo aos contingentes;
- o Acordo para trasladar a Assembléia a Tacubaya, perto da cidade do México, onde se reuniria periodicamente.

O Congresso trasladou-se para Tacubaya. Aí houve reuniões até 9 de outubro de 1828.

Embora o próprio BOLÍVAR tenha expressado decepção com os resultados do Congresso (36) ele foi um marco histórico. Representa o primeiro grande encontro entre países livres da América para manifestar uma solidariedade de interesses e vincular seu destino através do “Tratado de União, Liga e Confederação Perpétua”, aí celebrado.

Só o fato de sua realização em meio a dificuldades de toda sorte já constitui façanha extraordinária. Compareceram quatro países que abarcam dez de hoje, ou seja, mais da metade das nações de língua castelhana no Novo Mundo. Cabe ressaltar que eram sumamente precárias as vias de comunicação. Um representante da Colômbia demorou mais de dois meses na viagem de Bogotá a Panamá. O clima desta cidade era na época particularmente adverso.

O conceituado internacionalista espanhol CAMILO BARCIA TRELLES diz sobre BOLÍVAR e o Congresso de Panamá:

“A SIMÓN BOLÍVAR, figura central da época e principal animador do Congresso do Istmo, se fez uma acusação: a de

(34) BOLÍVAR, Simón. *Obras Completas*, cit., vol. III, p. 756.

(35) PIVIDAL, Francisco. *Ob. cit.*, p. 215.

(36) Em 4 de agosto de 1826, escreveu ele a José Antonio Paez: “El Congreso de Panamá, institución admirable si tuviera más eficacia, no es otra cosa que aquel loco griego que pretendia dirigir, desde una roca, los buques que navegaban. Su poder será una sombra y sus decretos, consejos, nada más.” *Obras Completas*, cit., vol. III, p. 447. Somente a Colômbia ratificou o Tratado.

querer servir os interesses da Colômbia — convertendo-a em núcleo e cabeça dirigente da projetada confederação hispano-americana. A verdade histórica exige uma retificação: naquele ano de 1826 — ano que pode ser decisivo para a marcha futura da América Espanhola —, BOLÍVAR foi, antes de tudo e sobretudo, um defensor da unidade confederada hispano-americana, não professando o princípio de modo episódico, mas contínuo; é o ideal de sua vida; à idéia alude com reiteração e em termos bem terminantes” (37).

O Congresso de Panamá consagra princípios que seriam aceitos muito mais tarde, no século XX, pelo sistema interamericano e mundial. O conhecido internacionalista colombiano JOSÉ MARIA YEPES demonstra como o Presidente Woodrow Wilson se inspirou no Tratado de 1826 para seu projeto da Sociedade das Nações, (38) com a cópia inclusive de alguns de seus artigos. O mesmo autor assim sintetiza as idéias do Tratado de União, Liga e Confederação Perpétua de Panamá: “manutenção da paz, segurança coletiva, defesa recíproca e mútua ajuda contra o agressor; garantia da independência política e da integridade territorial dos Estados-Membros; solução pacífica de todas as controvérsias internacionais, quaisquer que sejam sua natureza e origem; codificação do direito internacional: enfim, emprego da força justa para assegurar o reinado do direito” (39).

No Tratado de Panamá de 1826, a responsabilidade pela manutenção da paz recaía sobre a Assembléia Geral de Plenipotenciários (artigos XIII, XVI etc.) a reunir-se cada dois anos em tempo de paz e anualmente em tempo de guerra (art. XII). É o que acontece com a Organização dos Estados Americanos mas não com a ONU (Conselho de Segurança) ou com a extinta Liga das Nações (Conselho).

Os artigos 20 e 21 do Tratado de Panamá são antecedentes lógicos do artigo 10 da Liga das Nações, que trata da garantia da independência política e integridade territorial dos Estados. A propósito, o conceituado internacionalista francês ALBERT DE LA PRADALLE dizia que “o artigo 10 do Pacto da Sociedade das Nações não é senão a aplicação ao mundo inteiro das doutrinas de SIMÓN BOLÍVAR” (40).

A título de exemplo vale destacar outros pontos do Tratado de Panamá. Pelo artigo XVI “as partes contratantes se obrigam e comprometem solenemente a ajustar amigavelmente entre si todas as dife-

(37) BARCIA TRELLES, Camilo. *Doctrina de Monroe y Cooperación Internacional*. Madrid, 1931, p. 160. Apud VIEIRA DE MELLO, Bolívar, o Brasil e os nossos Vizinhos do Prata. R. J., Olímpia, 1963, p. 284.

(38) YEPES, José María, *Del Congreso de Panamá a la Conferencia de Caracas 1826-1954*. Caracas, Talleres de Cromotip, 1965, p. 85.

(39) YEPES, José María. Ob. cit., p. 94.

(40) GARCIA BAUER, Carlos. *Universalismo y Panamericanismo*. Guatemala, Editorial Universitaria, 1968, p. 33. O texto completo do Tratado encontra-se às páginas 159-167.

renças que no presente existam ou possam existir entre algumas delas". Segundo JOSÉ MARIA YEPES, é no Tratado de Panamá que se menciona, pela primeira vez, na história das instituições internacionais, o *sistema de conciliação* para resolver os conflitos entre os Estados, a cargo da Assembléia Geral (artigo XVI) ⁽⁴¹⁾. O princípio de consulta mútua, que só é assentado na Conferência Interamericana para a Manutenção da Paz, realizada em Buenos Aires, em 1936, encontra-se claramente no artigo XIII do Tratado de Panamá. Inclui ele entre os objetos principais da Assembléia Geral: "contribuir à manutenção de uma paz e amizade inalteráveis entre as potências confederadas, servindo-lhes de conselho nos grandes conflitos, de ponto de contato nos perigos comuns, de fiel intérprete dos tratados e convenções públicas que hajam concluído na mesma Assembléia, quando sobre sua inteligência ocorra alguma dúvida, e de conciliador em suas disputas diferentes".

Pelo artigo XXV poderiam incorporar-se à Confederação "as potências de América cujos plenipotenciários não houvessem concorrido à celebração e firma do presente tratado".

Comparando as diversas conferências interamericanas, JOSÉ MARIA YEPES ressalta que os congressos hispano-americanos do século XIX reunidos sob a inspiração de BOLÍVAR "tinham um caráter eminentemente político e de organização da paz", ao passo que nas Assembléias a partir da de Washington, de 1889-90 até 1928, predominaram os interesses pragmáticos do comércio. Só a partir da VI Conferência de 1928 realizada em Havana, voltou-se ao espírito político e doutrinário dos congressos do século XIX ⁽⁴²⁾.

Argentina, Bolívia, Brasil, Chile e Estados Unidos designaram representantes para o Congresso do Panamá. Por diferentes motivos eles não compareceram à Anfictionia. Buenos Aires nomeou sucessivamente Manuel Moreno, Manuel José García e José M. Díaz Velez. O Marechal Antonio José de Sucre incumbiu José María Mendizábal e Mariano Serrano de representar a Bolívia mas só formalizou a sua decisão em 3 de outubro de 1826, quando já se havia dissolvido o Congresso. Chile escolheu para a tarefa a Joaquim Campillo e a José Miguel Infante, mas a retificação pelo Legislativo só ocorreu após a conclusão dos trabalhos no istmo. A sorte não favoreceu aos dois observadores indicados pelo Governo de Washington. Um deles, Richard C. Anderson, faleceu de febre amarela em Cartagena a caminho do istmo. O outro, John Sargeant, não chegou ao Panamá. A França foram pedidos observadores em 28 de maio de 1825 e no ano seguinte. Mas Carlos X não os designou ⁽⁴³⁾.

Cabem aqui algumas considerações adicionais sobre o caso do Brasil. O Libertador não incluiu o Brasil entre os destinatários de sua famosa

(41) YEPES, José Maria. Ob. cit., p. 104, apud, GARCIA BAUER, ob. cit., p. 42.

(42) GARCIA BAUER, Carlos. Ob. cit., p. 44.

(43) PIDIVAL, Francisco. Ob. cit., pp. 216-7.

Circular de Lima, de 7 de dezembro de 1824, pela qual convidou governos de repúblicas americanas, antes colônias espanholas, ao Congresso anfictionico de Panamá. Contudo concordou com a posterior iniciativa de Francisco de Paula Santander, Presidente em exercício da Grã-Colômbia, de estender o convite ao Imperador Dom Pedro I.

No dia 7 de junho de 1825, Manuel José Hurtado, Ministro Plenipotenciário da Colômbia, encaminha, em Londres, uma nota ao representante brasileiro junto ao governo britânico, Sr. Manuel Rodrigues Gameiro Pessoa. Nela fala da Assembléia de Plenipotenciários convocada pelos governos do Peru e da Colômbia. Aí se lê:

“O Istmo de Panamá é o lugar interinamente proposto para as sessões. A residência da Assembléia será fixada definitivamente mediante pluralidade de votos dos seus membros...”

E acrescenta:

“Fácil é perceber pela exposição precedente que entre os objetos de deliberação da Assembléia há alguns de considerável importância, que concernem não só aos governos erigidos nas Províncias antes espanholas mas também às demais potências americanas; e particularmente ao governo de S.M.I. Brasiliense.

A todos os povos americanos importa formar relações mútuas de amizade e comércio, evitar dissensões que possam conduzir a rompimentos, e ajustar os pontos controvertíveis do direito das gentes; ajuste que tanto convém à humanidade.

Os novos Estados têm além disso o interesse comum de consolidar as suas instituições nascentes; objeto para cuja consecução parece indispensável a boa harmonia entre todos, e particularmente entre os Estados vizinhos.

Se o governo de S.M.I.B., penetrado dessas considerações julgasse conveniente concorrer com os outros Estados americanos à Assembléia, enviando Plenipotenciários que tomassem parte nas deliberações de interesse geral, não incompatíveis com o caráter de neutralidade, o abaixo firmado se acha autorizado para anunciar ao Cavalheiro de Gameiro que o Governo da Colômbia verá com a satisfação mais viva a acedência de S.M.I. às suas miras e empregaria toda a sua influência sobre os seus aliados para que os representantes de S.M.I. fossem acolhidos com a devida honra e distinção” (44).

Carvalho e Melo escreve a Gameiro em 18 de agosto do mesmo ano de 1825... “Tenho, pois, de participar a V. S^a, para sua inteligência e regulamento, que S.M. Imperial resolveu aceitar o dito convite depois de reconhecido este Império pelas potências da Europa...”

(44) *Arquivo Diplomático da Independência*. Vol. II, pp. 278-81. Apud VIEIRA DE MELLO, Arnaldo, Ob. cit., p. 287.

Em outra nota do mesmo dia, acrescentou Carvalho e Melo que “reinava a melhor inteligência entre o Império do Brasil e aquela República (Colômbia)... pois S.M.I. não é contrário à Colômbia, nem aos outros Estados republicanos, com os quais deseja conservar a melhor harmonia” (45).

Em 30 de outubro, Gameiro comunica a Hurtado a aceitação do convite pelo Imperador e o propósito de designar seu representante após o reconhecimento da independência do Brasil.

O Tratado de Paz, Amizade e Reconhecimento entre Brasil e Portugal foi assinado no dia 29 de agosto de 1825. O texto chega ao conhecimento, no dia 2 de novembro, do Ministro Gameiro. Em carta de 9 de novembro a Carvalho e Melo, lembra-lhe que o Ministro da Colômbia aguarda a nomeação do representante do Brasil para o Congresso de Panamá. Em ofício de 30 do mesmo mês, informa:

“Em conversação que tive com o Ministro da Colômbia, avancei a proposição de que, estando a cidade do Pará (Belém) no ponto o mais central da América, e o mais próximo da Europa, era ali que se deveriam instalar os futuros congressos americanos e parece-me que esta idéia deve ser reproduzida no Congresso de Panamá, e que ao menos se deve adotar o princípio de alternar-se o lugar das subseqüentes reuniões” (46).

No dia 7 de novembro de 1825, Hurtado conferenciou com George Canning e em sua correspondência oficial escreveu: “Canning me disse que a Grã-Bretanha faria uso de toda a sua influência com o Imperador para decidi-lo a este passo” (47).

O decreto de nomeação do Conselheiro Teodoro José Biancardi, assinado pelo Visconde de Inhambupe (Pereira da Cunha) e rubricado por D. Pedro, tem a data de 25 de janeiro de 1826. Nasceu ele em Portugal, mas se tornara brasileiro em 1822 e chegou a oficial-maior da Secretaria de Estado dos Negócios do Império e da Câmara dos Deputados. Ainda em Lisboa publicara ele, em 1809, uma obra intitulada *Cartas Americanas* que trata do traslado da Corte portuguesa para o Brasil.

Biancardi, em viagem, recebeu ordens, na Bahia, para regressar ao Rio de Janeiro (48).

(45) VIEIRA DE MELLO, Arnaldo. Ob. cit., pp. 287-8.

(46) *Arquivo Diplomático da Independência*, vol. II, p. 313. Apud. VIEIRA DE MELLO, Arnaldo. Ob. cit., pp. 289-90.

(47) VELARDE, Fabian y ESCOBAR, Felipe J. *El Congreso de Panamá de 1826*. Panamá, s.d., p. 52, citado por TEIXEIRA SOARES, Álvaro, em Conferência de 26 de junho de 1976, em Brasília, por ocasião da Sessão Solene Comemorativa do Sesquicentenário do Congresso Anfictiônico de Panamá. Texto datilografado, p. 3.

(48) GUIMARAES, Argeu. *Dicionário Biobibliográfico Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1938, pp. 70-1. Apud VIEIRA DE MELLO, Arnaldo. Ob. cit., p. 291.

Nas instruções enviadas a José Alexandrino Carneiro Leão (Visconde de São Salvador de Campo), nomeado a 13 de setembro de 1826 Ministro do Brasil na Colômbia, lê-se: "não deverão também merecer menos cuidados os passos que tem dado esse governo relativamente ao Congresso de Panamá a fim de explicar as disposições que ele tenha tomado a tal respeito, e se será necessária a nossa cooperação para as suas decisões" (49).

Vários homens públicos hispano-americanos expressaram apoio à presença do Brasil no Panamá. O chanceler mexicano Lucas Alamán escreveu ao ministro peruano Sánchez Carrión:

"Juzga igualmente (mi gobierno) que sería importante se invitase para el Congreso de Panamá al Gobierno de Brasil, pues aun cuando su forma de gobierno sea diferente de las demás del Continente americano, como los negocios que van a tratarse no tocan en nada a la política interior de las naciones americanas, sino solamente a la exterior, parece que esa diversidad no debe ser obstáculo para que aquel Gobierno concurra a las miras de los demás" (50).

Os plenipotenciários bolivianos José Maria Mendizábal e Mariano Serrano, nomeados por Sucre, estavam autorizados a aceitar o Brasil, com a maioria, como membro da Confederação. Sánchez Carrión do Peru desejava convidar Brasil e Haiti ao Congresso.

Escreve CUEVAS CANCINO sobre a matéria:

"El Gobierno invitante (Peru) y los países primero invitados reaccionaron, en un punto y sobre la circular bolivariana, de idéntica manera: era imperioso incluir al Brasil. Por su posición central dentro del continente, por su inmensa extensión y por la necesidad de lograr, desde un principio, la uniformidad en el sentir de las razas latinas del Nuevo Mundo, consideraron preciso englobarlo dentro de una profunda anfictionía. Había, no obstante, objeciones, derivadas del sistema monárquico adoptado por el Brasil" (51).

(49) Pasta de Despachos à Legação de Bogotá, § 5º, Apud TEIXEIRA SOARES, Alvaro. Sesquicentário do Congresso Anfictiônico do Panamá. Conferência de 26-6-1976. Texto datilografado, p. 4. Lê-se em PIVIDAL, Francisco. *Bolívar. Pensamiento Precursor del Antimperialismo*, Caracas, Ateneo, 1979, p. 216: "Fue (Blancardi), substituído por el Vizconde de San Salvador do Campo, Ministro diplomático en Bogotá. Su presencia, sin embargo, no aparece registrada en los documentos del Congreso." Raul Adalberto de Campos anota que José Alexandrino Carneiro Leão (depois Visconde de São Salvador de Campo) foi nomeado Enviado Extraordinário e Ministro Plenipotenciário em 15 de setembro de 1826. Observa que, contudo, não chegou a partir para este posto. *Relações Diplomáticas do Brasil de 1808 a 1912*. Rio de Janeiro, *Jornal do Comércio*, 1913, p. 34.

(50) CUEVAS CANCINO, Francisco. *Del Congreso de Panamá a la Conferencia de Caracas 1826-1954*. Caracas, Editorial Ragón, 1955, Tomo I, p. 88.

(51) CUEVAS CANCINO, Francisco. Ob. cit., p. 95.

Como Argentina, Bolívia, Chile e Paraguai, o Brasil não compareceu ao Congresso. Isto se atribui a diversas razões. O governo imperial era contrário à inclusão na agenda de temas como formas de governo, conflito cisplatino, plano de hostilidade à Espanha, presença de Grã-Bretanha como membro constituinte. Havia rumores no sentido de que tais temas viriam a entrar na pauta de discussões⁽⁵²⁾. Não se podem, por outro lado, olvidar os problemas de uma viagem longa e difícil. Pedro Gual, um dos representantes da Colômbia, demorou dois meses só de Bogotá a Cartagena.

O Brasil conserva as únicas restantes atas originais do Congresso de Panamá. Ofereceu-as em 1976 ao governo deste país para serem guardadas em monumento a ser dedicado à memória do Libertador.

Argeu Guimarães, como delegado do Brasil ao Congresso do Panamá de 1926, comemorativo do centenário do primeiro, propôs um voto aprovado por aclamação, segundo o qual a Assembléia "registrou nos seus *Anais* uma lembrança piedosa e tributou homenagem de respeito à memória dos delegados da América que, designados para assistir ao Congresso de BOLÍVAR, por circunstâncias independentes de sua vontade, não puderam comparecer ao istmo, sendo, entretanto, fiéis intérpretes dos sentimentos pan-americanistas dos Governos que corresponderam ao convite de SIMÓN BOLÍVAR"⁽⁵³⁾.

Nos documentos anteriormente citados e na própria vida do Libertador pode-se encontrar o espírito do bolivarismo. Desejava ele que problemas internacionais fossem discutidos por todas as partes neles envolvidas. As decisões seriam tomadas com a participação, em pé de igualdade, de todos. As nações devem ser sujeitos de sua história e não meros objetos de decisões alheias. Não há lugar para paternalismos ou unilateralismos. Neste contexto ANTONIO GOMEZ ROBLEDO traça percuciente contraste entre BOLÍVAR e Monroe. Independentemente de alguns aspectos positivos, a Doutrina Monroe é criticável por seu caráter unilateral e paternalista. Foi enunciada por um só país que se reservou o direito de interpretá-la e aplicá-la. Propositamente ela não incluiu um compromisso de não expansionismo territorial. A Casa Branca nunca aceitou propostas no sentido de torná-la doutrina comum a dois ou mais Estados porque neste caso perderia o monopólio de sua interpretação que sabidamente levou aos extremos do Corolário Roosevelt de 1904, de ingratas recordações, sobretudo no Caribe. Com razão protestou o Presidente mexicano Venustiano Carranza contra o artigo 21 da Liga das Nações. Carecendo de reciprocidade, a Doutrina Monroe não pode ter valor internacional.

É interessante notar, com LUIS QUINTANILHA, que, no período de relações particularmente amistosas entre os Estados Unidos e a América Latina, de 1933 a 1945, o Presidente Franklin Delano Roosevelt não

(52) VIEIRA DE MELLO, Arnaldo. Ob. cit., p. 292.

(53) GUIMARAES, Irineu. Ob. cit., p. 71. Apud VIEIRA DE MELLO, Arnaldo. Ob. cit., p. 291.

mencionou nos seus discursos uma só vez a Doutrina Monroe. Comenta ele:

“O silêncio que se fez em torno da Doutrina Monroe na histórica reunião de Rio (1942) é mais eloqüente que qualquer acusação que jamais se haja levantado a ela” (54).

Os graves problemas atuais na América Central só serão resolvidos dentro do espírito do bolivarianismo. Qualquer invocação à Doutrina Monroe seria grave retrocesso.

IV — *Bolívar e o Brasil*

A) *Brasileiros na epopéia bolivariana*

Na sua epopéia libertadora SIMÓN BOLÍVAR atraiu para junto de si latino-americanos desde o Rio Mississipi até o Cabo de Hornos. Entre eles destaca-se a presença de pelos menos cinco brasileiros: Emiliano Felipe Benício Munducru, Francisco Antonio Barreto, José Inácio de Abreu e Lima, José da Natividade Saldanha e Luís Inácio Ribeiro Roma (55). Todos eram do Estado de Pernambuco, cenário e epicentro das revoluções libertárias de 1817 e 1824, ambas reprimidas com rigor pelo Governo central. Vale recordar que nas primeiras décadas do século XIX numerosos jornais informavam sobre os movimentos revolucionários na América Latina. O *Tiphis Pernambucano*, de Frei Caneca, citava periódicos estrangeiros como o *Times* e o *Chronicle* de Londres, o *Argos* de Buenos Aires, o *Aurora* de Montevideú, o *Guarda Nacional* de Filadélfia. Em Londres, Hipólito José da Costa, brasileiro nascido no território atual do Uruguai, editou o *Correio Braziliense*. Estes jornais, cartas pessoais e viajantes tornaram conhecidos no Brasil os nomes de SIMÓN BOLÍVAR e de seu precursor Francisco de Miranda.

Entre todos os brasileiros chegados a BOLÍVAR foi José Inácio de Abreu e Lima quem mais se notabilizou. Em Recife nasceu em 1794 e faleceu em 1869. Graduou-se em Artilharia, em 1816, na Academia Real Militar. Em 1817 assistiu ao fuzilamento de seu pai que participou da Rebelião do mesmo ano em Pernambuco. Fugindo do Brasil, demanda Filadélfia, centro de conciliábulos em favor de movimentos independentistas na América.

Em 18 de fevereiro de 1819, José Inácio de Abreu e Lima escreveu carta a SIMÓN BOLÍVAR, datada de Angostura, onde relata seus antecedentes e se oferece “a sacrificar-se pela independência e liberdade de Venezuela e de toda a América do Sul” (56).

(54) GOMEZ ROBLEDO, Antonio. Ob. cit., p. 141.

(55) GUIMARAES, Argeu. “Brasileños en la Guerra de la Independencia”. *Revista Cromos*, Bogotá, 18(419): 130, 27-8-1924.

(56) PEREZ VILA, Manuel. *Bolívar y su Época*. Caracas, Publicaciones de la Secretaría General de la Décima Conferencia Interamericana, Colección Historia, n. 10, Tomo I, 1953, p. 535.

Abreu e Lima foi admitido como Capitão e adjunto ao Estado-Maior. Propôs a criação de Academia de Matemáticas. Durante treze anos serviu na Venezuela, Colômbia, Equador e Peru. Participou das campanhas militares de Quesas del Medio, Pântano de Vargas e Boiacá. Foi ferido no Oriente e em Carabobo.

Em carta de 7 de fevereiro de 1828 BOLÍVAR escreve ao General Mariano Montilla:

“Como é necessário repelir a mentira com a verdade e não temos em Maracaibo quem escreva, suplico o Sr. que mande Abreu e Lima refutar tudo naquele lugar, que tanto necessita de opinião e calor” (57).

Coube a Abreu e Lima, a pedido do próprio Libertador, refutar as acusações, propagadas em Paris por Benjamin Constant, de que ele ambicionava para si a Coroa de Imperador. Foi assim escrito o trabalho *Resumen Histórico de la última Dictadura del Libertador Simón Bolívar comprobada con documentos*. Ele foi publicado em 1922 no Rio de Janeiro por iniciativa de Diego Carbonell, Ministro da Venezuela no Brasil. Debaixo do nome do autor encontram-se títulos seus: “General da Grã-Colômbia, condecorado com as Cruzes de Boiacá e de Porto Cabelo e com o busto do Libertador”. O livro está sendo reeditado este ano por iniciativa do “Centro Abreu e Lima de Estudios Brasileños” do Instituto de Altos Estudios de América Latina que integra a Universidade Simón Bolívar, sediada em Caracas.

O General José Antonio Paez, de passagem pelo Rio de Janeiro, perguntou por Abreu e Lima. A carta deste ao ex-Presidente da Venezuela proporciona dados importantes sobre a biografia do autor (58).

DIEGO CARBONELL, referindo-se a Abreu e Lima, assim se exprime, na parte final de seu discurso: “Um herói brasileiro da guerra grã-colombiana de emancipação.” “Nosso herói e vosso compatriota viu nascer a Colômbia, assistiu à sua infância, à sua agonia e à sua morte. Contemplou o semblante radioso do Libertador, e foi o seu secretário em Quesas; combateu a seu lado em Carabobo e admirou-lhe a arrogância sem declínio nos campos de Boiacá; foi denominado “guapo” pelo General Paez, para quem tal qualificativo seria o maior elogio que se poderia fazer a um militar!... Isto é o bastante para que a história da Grã-Colômbia o considere na falange dos libertadores...” (59)

(57) BOLÍVAR, Simón. *Obras Completas*, cit., vol. II, p. 771.

(58) Apareceu a carta no *Diário de Pernambuco*, de 20 e 21 de maio de 1873. Encontra-se também em *Biografias de hombres notables de Hispano-América*, colecionadas por RAMÓN AZPURUA. Caracas, Imprensa Nacional, 1877, Tomo I, pp. 427-34. Trata-se de um capítulo do livro dedicado ao prócer pernambucano.

(59) CARBONELL, Diego. “Um herói brasileiro da guerra grã-colombiana de emancipação”. Parte introdutória ao livro: ABREU E LIMA, José Inácio. *Resumen Histórico de la Última Dictadura del Libertador Simón Bolívar*. Rio de Janeiro, O Norte, 1922, p. XXXV.

Em 1832, já no Brasil, Abreu e Lima teve seu título de General e suas comendas reconhecidas pela Assembléia Legislativa do País.

B) Relações entre o Libertador e o Governo do Brasil

A leitura da correspondência de SIMÓN BOLÍVAR mostra a evolução de seu pensamento em relação a Dom Pedro I e ao Brasil. Progressa ele do desconhecimento e mesmo de certa animosidade até à compreensão cordial e amigável (60). Há naturalmente explicação para isto e constitui uma das muitas qualidades ímpares de BOLÍVAR saber mudar de sentença à luz do melhor conhecimento dos fatos e de fatos novos: "Sapientis est mutare consilium".

Dom Pedro I do Brasil estava ligado por vínculos de parentesco com governantes absolutistas. Sua mãe Carlota Joaquina era irmã do rei espanhol Fernando VII contra quem pugnava BOLÍVAR. Sua primeira esposa, a inteligente Leopoldina de Habsburgo, era filha de Francisco I, imperador da Áustria. BOLÍVAR temeu que o Rio de Janeiro viesse a colaborar com os desígnios da Santa Aliança. Apoiava esta as tentativas de Madri no sentido de manter ou recolocar sob seu domínio a América de língua espanhola.

É importante ter em conta as dificuldades de comunicações nas três primeiras décadas do século XIX. Caracas dista mais de seis mil quilômetros do Rio de Janeiro onde se encontrava a Corte imperial. Só havia contato por cartas ou mensagens orais. Uma viagem do Rio de Janeiro à fronteira entre Mato Grosso e Bolívia exigia mais de sessenta dias. Fácil é entender como poderiam chegar a BOLÍVAR incompletas, simplificadas e até incorretas as informações sobre os acontecimentos da Corte de São Cristóvão, das lutas no Prata etc.

Em carta datada de 23 de janeiro de 1825, dirigida, de Lima, a Francisco de Paula Santander, escreveu BOLÍVAR:

"De Olañeta não sei ainda nada; mas temo que trata de enganar-nos de acordo com o Imperador do Brasil. Soube que os espanhóis se haviam posto de acordo com aquele príncipe para ligar seus interesses sob os auspícios da legitimidade. Ademais, eu sei que ao Brasil chegaram dois mil alemães e que vêm seis mil russos a sustentar o Partido monárquico. Também parece certo que o rei de Portugal chegou a um acordo com seu filho, o príncipe do Brasil; tudo com o fim de legitimar a América Meridional. Por desgraça, o Brasil limita com todos nossos Estados; por conseguinte tem facilidades muitas para fazer-nos a guerra com sucesso, como o queira a Santa Aliança. De fato eu penso que será agradável a toda a aristocracia euro-

(60) É oportuno a respeito o livro de NESTOR DOS SANTOS LIMA, *La Imagen del Brasil en las Cartas de Bolívar*, Rio de Janeiro, Banco do Brasil, 1978.

péa que o poder do príncipe do Brasil se estenda até destruir o germe da revolução...” (61)

O episódio de Chiquitos causou inicialmente apreensões em BOLÍVAR. Como se sabe, após a vitória, em 10 de dezembro de 1824, de Antonio José Sucre no Município peruano de Ayacucho, o governador espanhol Sebastião Ramos quis colocar a província de Chiquitos sob a temporária proteção do Império do Brasil. Alimentava ele a esperança de que Madri voltasse a governar as terras de língua castelhana no Novo Mundo. Neste sentido e a mando seu, em 13 de abril de 1825, o Capitão José Maria Velasco entregou um ofício à Junta local da cidade mato-grossense de Vila Bela. A Junta, em caráter condicional, acatou a proposta, mas solicitou ao Imperador a decisão definitiva. O emissário que saiu de Porto Belo a 30 de abril só chegou ao Rio no dia 12 de agosto.

No dia 15, Dom Pedro I desaprovou a resolução e censurou energicamente as autoridades de Vila Bela. A nota do chanceler brasileiro dizia: “ainda quando S.M. Imperial fora consultado previamente, como convinha, jamais daria seu imperial assenso a esta medida” (62). Contudo, a própria Junta já havia anulado em 13 de maio sua resolução de 13 de abril. Em 25 de dezembro ele acusa recibo da ordem imperial (63).

SIMÓN BOLÍVAR preferiu externar dúvidas sobre a possível responsabilidade de Dom Pedro I na invasão de Chiquitos. De Arequipa escreveu ele, em 25 de maio de 1825, ao Dr. Gregório Funes, sediado em Buenos Aires:

“Suponho que o Sr. estará já informado da invasão que fez um oficial do Brasil à província de Chiquitos, no Alto Peru. Não tenho podido crer que esta medida tão injusta como impolítica haja sido tomada por ordem do Imperador do Brasil; porque isto seria envolver-se assim mesmo em uma imensidade de males que só a custo logramos calcular” (64).

Em 1826 BOLÍVAR já estava ciente de que o Rio de Janeiro desautorizara e censurara a ação precipitada da Junta de Vila Bela. Este procedimento correto de Dom Pedro I contribuiu para um maior entendimento entre ambos.

BOLÍVAR era profundamente contrário aos princípios políticos da Santa Aliança. Combatia tenazmente a monarquia absolutista de Fernando VII. Embora republicano confesso, respeitava a monarquia constitucional. Grande era sua preocupação com a estabilidade e solidez das instituições. Neste sentido incluiu, entre os dispositivos da Magna Carta que preparou para a Bolívia em 1826, a vitaliciedade do presidente e dos

(61) BOLÍVAR, Simón. *Obras Completas*, cit., vol. II, p. 77, “Legitimar” é usado no sentido de colocar sob o controle dos “Legitimistas”, i.é. adeptos de Santa Aliança que apoiava Fernando VII.

(62) VIEIRA DE MELLO, Arnaldo. *Ob. cit.*, p. 83.

(63) LIMA, Nestor dos Santos. *Ob. cit.*, pp. 30-31.

(64) BOLÍVAR, Simón. *Obras Completas*, cit., vol. II, p. 142.

censores (artigos 76 e 60, respectivamente) ⁽⁶⁵⁾ e defendeu a forma unitária de governo. Explica-se, pois, o apreço manifestado por BOLÍVAR pela Constituição do Brasil, de 25 de março de 1824. No seu artigo 12 estava escrito: "Todos estes poderes do Império do Brasil são delegações da nação." E Dom Pedro I se dizia Imperador do Brasil por livre aclamação do povo.

BOLÍVAR desejava que os liberais assumissem o poder na Espanha e em Portugal. A propósito, escreveu de Bogotá, em 14 de outubro de 1827, a M^o de Ezeta:

"Desejaria, sem dúvida, que se realizasse o traslado de Dom Pedro a Portugal, como já se anuncia, para que servisse de apoio aos liberais espanhóis, cuja sorte desejo... : este projeto pode efetuar-se agora, com tanto mais probabilidade quanto que também se diz que o Brasil terminou sua guerra com Buenos Aires. Pelo que respeita à Colômbia, asseguro-lhe que jamais teve qualquer intuito hostil contra o Imperador, pelo contrário, tem procurado manter as relações mais amigáveis com aquela Corte onde reside atualmente um agente nosso ⁽⁶⁶⁾. De minha parte também digo que desejo manter esta mesma harmonia e que enquanto permaneça à cabeça desse governo nada se tentará contra o Brasil" ⁽⁶⁷⁾.

As opiniões e a atuação do governo de Londres, que BOLÍVAR muito auscultava, concorreram para evitar ou agravar atritos entre o Brasil e o Libertador. Ele esperava o apoio do governo de Londres para a consolidação da independência da América de língua espanhola e reconhecia o papel diplomático desempenhado por ele na frustração dos planos de Madri e da Santa Aliança de impedi-la. O Reino Unido não quis o envolvimento de BOLÍVAR nas lutas da Cisplatina e com sua mediação entre Rio de Janeiro e Buenos Aires logrou o reconhecimento por ambos governos da independência da República Oriental do Uruguai. George Canning manifestou seu apoio ao comparecimento do Brasil ao Congresso de Panamá, convocado por SIMÓN BOLÍVAR ⁽⁶⁸⁾.

Vale salientar que em 1821 Portugal foi o primeiro país a reconhecer a independência da Grande Colômbia correspondente hoje às quatro Repúblicas de Colômbia, Equador, Panamá e Venezuela. O então chanceler Silvestre Pinheiro Ferreira propugna para a América hispano-lusitana

(65) Texto completo da Mensagem de Bolívar e da Constituição em: SUBIETA SAGARNAGA, Luis. *Bolívar y Bolívia*. Potosí, Editorial Universitária Tomás Frías, 1975, pp. 117-144.

(66) Tratava-se de Leandro Palacio. Ver CAMPOS, Raul Adalberto de *Relações Diplomáticas do Brasil de 1908 a 1912*. Rio, Jornal do Comércio, 1913, p. 155.

(67) BOLÍVAR, Simón. *Obras Completas*, cit., vol. II, p. 698.

(68) VELARDE, Fabian e ESCOBAR, Felipe J. *El Congreso de Panamá de 1826*. Panamá, s.d., p. 52, citado por TEIXEIRA SOARES, Alvaro, em conferência de 26 de junho de 1976 em Brasília, por ocasião da Sessão Comemorativa do Sesquicentenário do Congresso Anfictiônico de Panamá, texto datilografado, p. 3.

uma "Confederação das Nações". Para tal fim o governo do Rio de Janeiro enviou, em junho de 1822, a seu Agente Schmidt perante o Libertador "para tratar com Sua Excelência, eficazmente, o negócio da Confederação". A credencial, dada ao Tenente-Coronel Veríssimo Antonio Ferreira da Costa, enviado simultaneamente a Buenos Aires, fala de objetivos semelhantes: remover todas as recíprocas animosidades e formar uma só família de Estados. Do mesmo teor era o pensamento de José Bonifácio, patriarca da independência:

"O sentido comum, a política, a razão em que ela se fundamenta, e a crítica situação da América, nos estão dizendo e ensinando a quantos temos ouvido para ouvir e olhos para ver, que uma liga ofensiva e defensiva de todos os Estados que ocupam este vastíssimo Continente é necessária para que todos e cada um deles possa conservar intactas a liberdade e a independência, altamente ameaçadas pelas indignantes cobiças da Europa" (69).

BOLÍVAR, se não antes, certamente nos seus últimos anos de vida, manifestou grande apreço e estima pelo Brasil. Em mensagem de 15 de outubro de 1827, escreve, de Bogotá, a Sucre:

"Aconselho-lhe que por todos os meios decorosos trate de obter e conservar boa harmonia com o governo brasileiro. A política o exige e o exigem os interesses de Bolívia em particular e da América em geral. Nada nos importa sua forma de governo, o que nos importa é sua amizade e esta será mais estável quanto mais concentrado seja seu sistema" (70).

Ao receber Luís Souza Dias, Enviado Extraordinário e Ministro Plenipotenciário do Brasil, em Bogotá, a 30 de abril de 1830, disse o Libertador:

"A missão de que vindes encarregado por parte de S.M. o Imperador do Brasil, junto ao governo de Colômbia, me enche de satisfação, porque ela será um vínculo de amizade entre ambas as nações. O Império do Brasil, recentemente criado por seu ilustre monarca, é uma das garantias mais poderosas que têm recebido as repúblicas da América, no curso de sua independência. Dando vosso soberano o formoso exemplo de submeter-se espontaneamente à constituição mais liberal, fez-se credor do aplauso e da admiração do mundo" (71).

O interesse pela vida e pela obra de BOLÍVAR é uma constante na história do Brasil. Com muita propriedade disse o Prefeito da Cidade do

(69) SALCEDO-BASTARDO, J. L. *Bolívar no Rio de Janeiro*. Caracas, Ministério de Información y Turismo, 1978, p. 4.

(70) SALCEDO-BASTARDO, J. L. Prólogo ao livro de NESTOR DOS SANTOS Lima, *La imagen del Brasil en las Cartas de Bolívar*. Rio de Janeiro, Banco do Brasil, (1978), p. 10.

(71) BOLÍVAR, Simón. *Obras Completas*, cit., vol. III, p. 820.

Rio de Janeiro, Marcos Tamoyo, ao ensejo da inauguração de uma estátua de BOLÍVAR, no Bairro de Botafogo, em 12 de outubro de 1978:

“Ele não chega hoje, sempre esteve aqui... e muito antes da estátua, vivia na memória do povo, juntamente com o endereço escrito no bronze de uma placa de rua, no coração da jovem Copacabana...” (72)

Outras estátuas do Libertador, além das colocadas no Rio e em Boa Vista, avivarão seus ensinamentos em Brasília e em Recife. A Sociedade Bolivariana de longa data existente na antiga Capital surgiu este ano do bicentenário na nova Capital. Nas bibliotecas brasileiras aumenta o número de livros e artigos do Libertador e sobre ele. Tudo isto justifica a esperança de que o conhecimento do exemplo e dos ideais de BOLÍVAR contribuirá crescentemente para estreitar os vínculos de amizade entre os brasileiros e seus irmãos latino-americanos.

V — CONCLUSÃO

BOLÍVAR pelo seu pensamento e pelas suas obras ocupa lugar de grande destaque na história universal. Logrou conquistar e consolidar a independência de enorme extensão da América. Sua epopéia não objetivou mera substituição, no governo, de homens nascidos na Espanha por outros nascidos no Novo Mundo. Não foi apenas um mantuano. Exemplo inequívoco de seus sentimentos humanitários é sua condenação vigorosa da escravidão (73). Lutou por estruturas mais humanas e justas. Preocupou-se com a educação, os transportes e o bem-estar dos governados. Legou raro exemplo de honradez e desprendimento em prol da causa pública (74).

Mas BOLÍVAR distinguiu-se, como vimos, particularmente por sua visão lúcida das relações internacionais e por sua atuação incansável em

(72) TAMOYO, Marcos. “El no llega hoy, siempre estuvo aquí”, in SALCEDO-BASTARDO, J. L. *Venezuela al Brasil. Doble Presencia Histórica para la Fraternidad y la Integración*. Caracas, Ediciones de la Presidencia de la República, 1979, p. 13.

(73) Na mensagem que enviou aos Constituintes da Bolívia, em 25 de maio de 1825, apresentando seu projeto de uma Magna Carta escreveu: “Legisladores: la infracción de todas las leyes es la esclavitud: la que la consagrara sería la mas sacrilega... Transmitir, prorrogar, eternizar este crimen mezclado de suplicios, es el ultraje mas chocante. Fundar un principio de posesión sobre la mas feroz delincuencia no podría concebirse sin el trastorno de los elementos del derecho, y sin la perversión mas absoluta de las nociones del deber. Nadie puede romper el santo dogma de la igualdad...” *Obras Completas*, cit., vol. III, p.p. 768-9.

(74) Em carta a um amigo de Cartagena escreveu ele em 1830: “He sacrificado mi salud y fortuna por asegurar la libertad y felicidad de mi patria... La corona jamás ceñirá la cabeza de Bolívar... *La Posteridad me hará justicia, y esta esperanza es cuanto poseo para mi felicidad...* Rico desde mi nacimiento y lleno de comodidades, en el día no poseo otra cosa más que una salud quebrantada... Todos los recursos y ejércitos vitoriosos de Colombia han estado a mi disposición individual, y la satisfacción interior de no haberle causado el menor daño es mi mayor consuelo.” *Obras Completas*, cit., vol. III, p. 527.

prol do entendimento entre os povos. Coube-lhe a iniciativa de convocar um congresso anfitrião destinado a constituir um Tratado de União, Liga e Confederação Perpétua entre países americanos. Advogou os princípios da igualdade entre as partes, da segurança coletiva e da solução pacífica das controvérsias. Foi precursor dos organismos internacionais como a Sociedade das Nações e a ONU.

BOLÍVAR, sabidamente, sofreu, sobretudo nos últimos anos de sua existência, amargas decepções. Mas sua esperança de que a posteridade lhe fizesse justiça transformou-se em eloqüente realidade. Multiplicaram-se em todos os quadrantes do globo as homenagens à sua memória através de poemas, artigos, livros, estátuas, museus, nomes em logradouros públicos, escolas e universidades. Valha terminar este estudo com versos do poema, do consagrado poeta nicaraguense Ruben Darío, pronunciado em 1873, em São Salvador, por ocasião do primeiro centenário do nascimento de Bolívar.

Para héroe tan gigante,
no puede resonar cítara alguna
que ensalce lo bastante
su valor y fortuna:
pequeñas son la estatua y la columna

La América garrida
hoy levanta un clamor que se dilata
de la vega florida
del Orinoco al Plata
que turbulento su caudad desata

...

Pero; Maldito sea
quién, al pueblo mostrando falsa égida,
lo empuja a la pelea
y le arranca la vida
en medio de la lucha fratricida!

Si; mil veces maldito
quién, turbando la paz de un pueblo honrado,
lanza de guerra el grito
y le quita el arado
para darle un puñal ensangrentado!

...

¡ Bolívar! Las edades
escriben ese nombre, alto y bendito;
llevan las tempestades
ese poema escrito
¡ y se escucha un rumor al infinito! (75)

(75) DARÍO, Ruben. BOLÍVAR. In *Poesias Completas*. Madrid, Aguilar, 1968, pp. 68-75.

BIBLIOGRAFIA

- ABREU E LIMA, José Inácio — *Resumen Histórico de la Última Dictadura del Libertador Simón Bolívar Comprovada con Documentos*. Río de Janeiro, O Norte, 1922.
- BARCIA TRELLES, Camilo — *Doctrina de Monroe y Cooperación Internacional*. Madrid, 1931.
- BOLÍVAR, Simón — *Escritos Políticos*. Madrid, Alianza, 1971.
Ideário Político. Río de Janeiro, Vecchi, s.d.
Obras Completas. Caracas, Ministério de la Educación Nacional, s.d., 3 vols.
- CAMPOS, Raul Adalberto de — *Relações Diplomáticas do Brasil de 1808 a 1912*. Río, Jornal do Comércio, 1913.
- CHACON, Vamireh — *Abreu e Lima. General de Bolívar*. Río, Paz e Terra, 1983.
- CUEVAS Cancino, Francisco — *Del Congreso de Panamá a la Conferencia de Caracas, 1826-1954*. Caracas, 1965.
- DARÍO, Ruben — *Poesías Completas*. Madrid, Aguilar, 1968.
- GARCIA BAUER, Carlos — *Universalismo y Panamericanismo*. Guatemala, Editorial Universitaria, 1968.
- GOMEZ ROBLEDO, Antonio — *Idea y Experiencia de América*. México, Fondo de Cultura, 1958.
- GUIMARAES, Argeu — "Brasileños en la Guerra de la Independencia", *Revista Cromos*, Bogotá, 18(419): 130, 27-8-1924.
- JULIO, Silvio — *Bolívar*. Río de Janeiro, Revista Continente Editora, 1981.
- LIMA, Nestor dos Santos — *La Imagen del Brasil en las Cartas de Bolívar*. Río de Janeiro, Banco do Brasil, (1978).
- MUÑOZ VICUÑA, Elias — "Bolívar en Guayaquil", *Revista Universidad de Guayaquil*, 2(48): 13-49 — abr. jun. 1982.
- PEREZ VILA, Manuel — *Bolívar y su Época*. Caracas, Publicaciones de la Secretaría General de la Décima Conferencia Interamericana, 1953.
- PIDIVAL, Francisco — *Bolívar, Pensamiento Precursor del antimperialismo*. Caracas. Ateneo, 1979, p. 154.
- SALCEDO-BASTARDO, J. L. — *Venezuela al Brasil. Doble Presencia Histórica para la Fraternidad y la Integración*. Caracas, Ediciones de la Presidencia de la República, 1979.
Bolívar no Río de Janeiro. Caracas, Ministério de Información y Turismo (1979).
- SUBLETA, Luis Sagárnata — *Bolívar y Bolivia*. Potosí, Editorial Universitaria Tomás Frías, 1975.
- TREND, J. B. — *Bolívar e a Independência da América Espanhola*. Río de Janeiro, Zahar, 1965.
- VIEIRA DE MELLO, Arnaldo — *Bolívar, o Brasil e os nossos Vizinhos do Prata*. Río de Janeiro, Olímpia, 1963.
- YEPES, José María — *Del Congreso de Panamá a la Conferencia de Caracas 1826-1954*. Caracas, Talleres de Cromotip, 1955.

La Constitución como norma y como ley

JORGE XIFRA-HERAS

Profesor Numerario de Derecho Político de la Universidad de Barcelona. Director del Instituto de Ciencias Sociales de Barcelona. Director del Centro de la Universidad de Educación a Distancia en Gerona

SUMARIO

I — LA CONSTITUCIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA POLÍTICA

- 1 — *Política y derecho*
- 2 — *Función integradora de la Constitución*
- 3 — *La Constitución como norma, como decisión y como ley*

II — TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN MATERIAL

- 1 — *La norma y el ordenamiento jurídico*
 - A) *La norma jurídica*
 - B) *El ordenamiento jurídico*
 - C) *Jerarquía y competencia normativas: heterointegración del derecho*
- 2 — LA CONSTITUCIÓN MATERIAL: CONCEPTO Y CONTENIDO
 - A) *Concepto*
 - B) *Dimensión real*
 - C) *Dimensión ideal*
 - D) *Dimensión política*
 - E) *Contenido de las normas constitucionales*
- 3 — INTERACCIÓN Y CONSENSO CONSTITUCIONAL: EL RÉGIMEN POLÍTICO
 - A) *Interacción entre lo "normal" y lo "normado"*
 - B) *El consenso constitucional: convicción frente a coacción*
 - C) *La Constitución española de 1978 y el consenso*
 - D) *Constitución material y régimen político*
- 4 — ATRIBUTOS DE LA CONSTITUCIÓN MATERIAL
 - A) *La supremacía*
 - B) *La efectividad*

III — TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN FORMAL

1 — LA LEY Y LA CONSTITUCIÓN

- A) *La ley*
- B) *Predicados de la ley: generalidad, estabilidad y superioridad*

2 — LA CONSTITUCIÓN FORMAL: CONCEPTO Y CLASES

- A) *Concepto*
- B) *Constituciones otorgadas, pactadas e impuestas*
- C) *Constituciones rígidas y flexibles*
- D) *Constituciones escritas y consuetudinarias*

3 — CONSTITUCIONES ESCRITAS

- A) *Constituciones codificadas y fragmentadas*
- B) *Estructura y contenido*
- C) *La Constitución española de 1978*

I — LA CONSTITUCIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA POLÍTICA

1 — *Política y derecho*

La denominación "Derecho Político", generalizada desde mediados del siglo pasado, expresa la simbiosis que, en la realidad social, se produce entre el orden jurídico y la actividad política. Aunque conceptualmente distintos, Derecho y Política son conceptos inseparables. Para su comprensión es necesaria una visión de conjunto que abarque a uno y a otra.

El Derecho se manifiesta como un *orden normativo e imperativo de relaciones sociales*. El factor central de la Política es, en cambio, *el poder*. El Derecho pertenece al mundo de las *relaciones*, mientras que la Política se sitúa en el de las *decisiones*. Aquél responde a un esquema de reglas rígidas y generales; ésta, a las exigencias de la oportunidad. No obstante, en los dominios del Derecho concurren factores imperativos e ideológicos, y esto lo aproxima a la Política. Y, al mismo tiempo, la actividad política desarrolla una labor creadora de normas, y esto la aproxima al Derecho.

La relación entre lo jurídico y lo político no se sustenta ni en la absorción del uno por el otro, ni en su fusión, sino en su ensamblaje y en su mutuo condicionamiento. Si en el ámbito de la vida social existiera sólo el Derecho sin la Política, o ésta sin aquél, no habría lugar ni para el Estado ni para la Constitución.

El Derecho es un orden normativo vivido, que se adapta y evoluciona impulsado por la Política. La Política es la actividad que moviliza aquel orden de la realidad social. El Derecho no se basta a sí mismo para satisfacer las exigencias sociales, pues siendo cierto que sin normas no se vive, lo es también que las normas deben ser vividas, y que la fuerza que infunde vitalidad al orden jurídico es, precisamente, la Política. Sin Derecho, la Política no podría actuar; sin Política, el Derecho no podría evolucionar.

En otras palabras, la Política es un concepto dinámico que persigue al Derecho y que dota de eficacia a sus normas; el Derecho es, en cambio, lo establecido, lo ordenado, pero expuesto siempre al impacto de esa fuerza más o menos oculta que da forma al futuro cuando se convierte en presente, que es la Política. Si el Derecho es una situación normada; la Política es una fuerza normante. Pero el contenido del orden jurídico no es un producto surgido al azar, sino que es el efecto de un complejo de factores y procesos de integración social con un sentido político. Estos factores y estos procesos no son Derecho hasta tanto no se han plasmado en reglas positivas e imperativas. Antes de alcanzar esta cristalización en un ordenamiento son sólo fuerzas que crean e impulsan el Derecho, ya sea como una lucha permanente — según creía RUDOLF JHERING —, o como tensiones menos traumáticas, dirigidas a la búsqueda de un laborioso equilibrio entre intereses opuestos o dispares. GEORGES RIPERT, en su libro *Les forces créatrices du Droit* (1955), formuló un logrado balance de los factores sociales determinantes de la estabilidad, la evolución y el progreso del Derecho y de su vinculación a los factores políticos que los animan.

Este punto de partida realista para comprender el Derecho y la Política, válido para descubrir el verdadero alcance de la Constitución, nos conduce a rechazar todas las doctrinas que aíslan total o parcialmente de la realidad social a aquellas dos disciplinas. El Derecho debe concebirse empíricamente como un *orden normativo y coercitivo de relaciones sociales*, orientado por motivaciones de integración colectiva.

Para captar el alcance jurídico-político de la Constitución es necesario comprender el Derecho como una manifestación normativa de la vida social, de toda la vida social, orientado hacia la realización, nunca lograda del todo, de la justicia. No se trata ni de un ordenamiento aséptico ni parcial, sino de un producto histórico, con un gran dosis de sentido político, susceptible de afectar a todas las facetas de la vida social del hombre.

Sólo a modo de ejemplo y sin ánimo exhaustivo, destacamos las siguientes concepciones del Derecho que, por no responder a este criterio de integración social, no consideramos válidas:

a) La teoría formalista del gran jurista checo HANS Kelsen (1881-1973), que concibió el Derecho como un orden coercitivo del comportamiento humano, prescindiendo de los factores tradicionales de justicia, moralidad, razón etc. El elemento constitutivo del Derecho es, según Kelsen, un orden normativo *hipotético*, susceptible de ser impuesto coactivamente, ajeno a todo contenido sociológico o político. La característica de la norma jurídica es el apoyo de la fuerza física.

b) El positivismo del británico JOHN AUSTIN (1790—1859) y sus seguidores, que contempla el Derecho como el conjunto de los mandatos del soberano, sea cual sea su contenido. No hay más Derecho que el producto de la voluntad del gobernante.

c) Las diferentes tesis monistas que, como la de Kelsen, lleguen, por otras vías, a equiparar el Derecho con el Estado (BENTLEY, VINOGRADOFF), o a sustraer a éste el atributo de la soberanía para predicarlo del Derecho (HUGO KRABBE).

d) La tendencia idealista neokantiana que sitúa el Derecho en el ámbito de las categorías puras del pensamiento, ajenas a la vida social, como son, por ejemplo, el espacio y el tiempo. En este sentido, RUDOLF STAMMLER (1856-1938) concibió el Derecho como la ordenación de la conducta (social, autárquica e inviolable) según el criterio universalmente válido de la idea de justicia.

e) La visión del Derecho desde el interior de la norma jurídica, prescindiendo de los factores externos, expuesta por ejemplo en la obra de H. L. A. HART (*The Concept of Law*, 1961), que cifra el objeto del Derecho en el litigio y en la solución de los conflictos jurídicos.

f) El realismo radical que reduce el Derecho a las normas coactivas pronunciadas por el Juez, defendido tanto en los Estados Unidos (LEVELLIN, BINGHAM, FRANK, DOUGLAS) como en Escandinavia (ROSS, OLIVECRONA).

g) Las numerosas tendencias que reducen el Derecho a un orden parcial de la vida del hombre en sociedad, prescindiendo del resto. Así, destacamos como insuficientes, las tendencias que construyen el Derecho unicamente sobre factores o fuerzas del orden siguiente: psicológicos (TARDE, EHRLICH, CARTER), sociológicos (GUMPCLOWICZ), económicos (MARX, ENGELS), de solidaridad social (DUGUIT), morales (ROSMINI), históricos (SAVIGNY, PUCHTA), culturales (HEGEL, SUMMER MAINE, SPENCER), racistas (ROSENBERG) etcétera.

2 - Función integradora de la Constitución

Esta visión integradora de los factores jurídicos y políticos se refleja en el art. 1.1 de la Constitución española de 1978, según el cual, "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político".

En primer lugar, descubrimos en este texto la expresión "España se constituye" y la palabra "propugna", que responden a un acto creador de decisión política y a una visión dinámica que implican una puerta abierta hacia el futuro. De ahí la superioridad de afirmar "se constituye" frente a la generalizada fórmula "es", común en los textos constitucionales: Austria *es*, Italia *es*, la República Federal Alemana *es*, España *es* (1931) etc. En segundo término, el Derecho - ordenamiento jurídico - adquiere en el texto transcrito una doble dimensión: su vinculación al poder político decisorio del Estado - que elimina las teorías idealistas -, y la incorporación en el mismo de unos principios metajurídicos superiores - que excluye todo formalismo legalista. Se parte, en consecuencia, de una concepción del Derecho que lo integra directamente a la realidad sociocultural.

Como consecuencia de este realismo inicial, el ordenamiento jurídico no se limita a garantizar la convivencia de los individuos y de los grupos garantizando la intangibilidad de sus derechos (art. 53.1 de la Constitución), ni a asegurar un orden social (art. 17), sino que completa estas aspiraciones de tradición liberal con unos fines reformistas que expresan una orientación demoesocial y que suponen, como indica PECES-BARBA, "una acción positiva, una acción directa en el plano económico y una función promocional", que se for-

mulan genericamente en el artículo 9.2 y se desarrollan al menos en tres direcciones: potenciando la participación ciudadana más allá de los cauces liberales (arts. 6; 20.3; 23; 27.7; 48; 51; 87.3; 92; 105; 125; 129; 140), definiendo las líneas generales de la política económica (arts. 33.2; 128; 131) y destacando la función promocional de la persona (arts. 39; 40; 41; 43.3; 44; 46; 47; 48; 50; 51.2; 129.2 etc.).

3 — *La Constitución como norma, como decisión y como ley*

Política y Derecho, las dos grandes categorías de la vida social, se dan cita en la Constitución. Ciertamente que la Constitución es, ante todo, Derecho; precisamente por gozar del rango superior en el seno del ordenamiento jurídico, mantiene conexiones e invade, a través de una vasta red de vasos comunicantes, el mundo metajurídico de la realidad social, del que recibe y al que transmite una compleja gama de demandas, de mensajes y de decisiones que son portadores de información y de poder.

En la Constitución aspiran a encontrar un punto de equilibrio los diversos factores y fuerzas que operan en la realidad social. La virtualidad ordenadora del Derecho y la fuerza creadora de la Política confluyen en la Constitución. De ahí que una visión completa de la misma deba abarcar las tres dimensiones básicas en que se manifiesta:

Primero, la Constitución como institución jurídica materializada en un *orden normativo fundamental* (norma normarum), comprensivo de unos factores reales y de unos valores ideales dialécticamente condicionados.

Segundo, la Constitución como *acto de decisión política* que expresa la voluntad soberana.

Tercero, la Constitución como el acto formalizado o *Ley fundamental* que contiene aquel orden normativo básico (lex suprema).

Las dos primeras acepciones equivalen a la llamada *constitución material*, la tercera, a la *constitución formal*.

La significación pluridimensional de la Constitución ha sido destacada por la mayoría de los autores. Veamos algunos ejemplos significativos:

a) MAURICE HAURIOU (1856—1929), desarrollando una distinción que se encuentra en PROUDHON, contrapuso los conceptos *social* y *político* de Constitución. La primera comprende las libertades individuales y las instituciones sociales espontáneas que las protegen. La segunda corresponde a la organización y al funcionamiento de los poderes públicos y a la participación del ciudadano en los mismos.

b) HERMANN HELLER (1891—1933) concibe dos acepciones sociológicas y dos jurídicas de Constitución. En sentido *sociológico amplio* equivale a la estructura característica del poder, o sea, la forma concreta de la existencia y de la voluntad del Estado. En sentido *sociológico restringido* corresponde a la estructura fundamental y relativamente permanente dentro de la unidad estatal (o sea, dentro de la Constitución en sentido sociológico amplio). En sentido *jurídico amplio* abarca la situación jurídica total del Estado, y en sen-

tido *jurídico restringido*, se refiere al ordenamiento jurídico valorado como fundamental.

c) CARLOS RUIZ DEL CASTILLO destaca en la Constitución: una *estructura* o compleción político-social; la expresión de una *voluntad constitutiva*, y una *institución con fuerza constituyente*.

d) PAOLO BISCARETTI DI RUFFÍA menciona las siguientes acepciones de la Constitución: 1) *institucional* (orden, conformación, *status*, estructura esencial de un ente); 2) *sustancial* (complejo de normas jurídicas fundamentales); 3) *formal* (complejo de normas legislativas que se distinguen de las ordinarias por su más arduo y solemne proceso formativo); 4) *instrumental* (acto fundamental en el que se formulan solemnemente las normas constitucionales); 5) *histórico* (relacionado con el contenido de las primeras constituciones americanas y francesas); y 6) *material* (régimen político). PALMERINI añadió a esta relación, la acepción *dinámica*.

e) CARL J. FRIEDRICH diferencia los siguientes significados de la Constitución: *filosófico* o totalitario; *estructural, jurídico, documental, procesal, y funcional*.

f) KARL LOEWENSTEIN formuló la conocida clasificación ontológica basada en la validez y eficacia de las Constituciones, diferenciando tres categorías: *normativas*, si sus normas sirven como controles reales de los gobernantes y como protección efectiva de los gobernados contra el capricho del Gobierno y de la Administración; *nominales*, si poseen validez jurídica, pero carecen de plena realidad existencial, y *semánticas*, si ofrecen la formalización jurídica de una configuración del poder establecida en favor de un determinado gobernante.

g) MANUEL GARCÍA-PELAYO, en fin, generalizó las tres acepciones basadas en la orientación del contenido de la Constitución: *racional-normativa, histórico-tradicional y sociológica*.

II – TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN MATERIAL

1 – La norma y el ordenamiento jurídico

A) La norma jurídica

El Derecho se sitúa íntegramente en el mundo de lo *normativo*. Sus mandatos son proposiciones normativas, es decir, prescriben un deber ser, ordenan una conducta. La norma no se refiere ni a la realidad de unos hechos, ni al modo cómo estos se producen, ni enuncia lo que existe efectivamente, sino que se centra en un comportamiento que debe ser y que puede no ser.

Las normas en general, y, por tanto, las jurídicas, no registran lo que sucede ni fotografían lo que existe. Para ello existen las leyes del mundo físico. Por el contrario, inciden en la voluntad humana prescribiendo, de modo impersonal, cómo se debe actuar, aunque en realidad pueda infringirse su mandato. El sentido auténtico de la norma viene dado por la posibilidad de que sea desobedecida o violada; el deber ser que prescribe persiste incólume aunque sea transgredida. Por esto el Derecho, que es un orden normativo, no sufre menoscabo aunque sus destinatarios se aparten de él en su comportamiento. Sin la posibilidad del entuerto, el Derecho no tendría razón de ser,

pues si las normas que lo integran no pudieran ser quebrantadas, dejarían de ser normas para convertirse en un reflejo de fenómenos naturales, históricos, matemáticos, psicológicos, etc. Su esencia está en el valer, no en el ser, porque tratan de prescribir un comportamiento tal como debe ser, y no de expresar la realidad tal como es.

Las normas sociales, entre las cuales se cuentan tanto las jurídicas como las morales y los usos convencionales, se caracterizan por su *generalidad*: son proposiciones abstractas e impersonales. Pero las jurídicas son, además — y en ello estriba su característica esencial —, normas *imperativas*, es decir, cuentan con el respaldo y la cobertura del poder coactivo del Estado. Son mandatos dotados de efectividad social. El Derecho es, por tanto, un orden normativo y coactivo. Su eficacia viene dada por la posibilidad de recurrir al poder político como medio para asegurar su cumplimiento o sancionar sus transgresiones.

Las normas jurídicas que constituyen el Derecho se refieren a dos grandes sectores que abarcan la realidad social: por un lado regulan las relaciones jurídicas intersubjetivas y los principios que las informan, y por otro, ordenan la estructura y las instituciones de la sociedad política. Trasladada al sector fundamental del ordenamiento del Estado, esta distinción se refleja, respectivamente, en las partes llamadas *dogmática* y *orgánica* de las Constituciones políticas.

B) *El ordenamiento jurídico*

El conjunto de todas las normas que rigen en una comunidad en un determinado momento histórico constituyen el ordenamiento jurídico. Pero precisa subrayar que las normas jurídicas no se presentan aisladamente, sino que forman un todo interrelacionado. El ordenamiento jurídico es algo más que una yuxtaposición de normas. Como afirma DIEZ-PICAZO, exige un concierto interior dentro del conjunto de creencias y la integración dentro de unas estructuras.

Toda norma jurídica, manteniendo su origen, su contenido y su rango, mantiene una serie de conexiones con las restantes, formando con ellas un todo sistemático debidamente coordinado. De ahí que el ordenamiento jurídico, además de las normas que lo forman, presupone la existencia de una organización que las integra, las relaciona y las dota de eficacia. Una vez más, Derecho y Estado se manifiestan como entidades inseparables.

La Constitución española utiliza la expresión "ordenamiento jurídico" (arts. 1, 9.1) y su equivalente "la Constitución y las leyes" (arts. 6, 7, 97) para significar ese sistema o conjunto normativo que tiene su soporte en los valores superiores enunciados en el art. 1.1 y en las decisiones fundamentales formuladas en el Preámbulo. Se trata, pues, no solamente de un "ordenamiento formal" o "positivo", sino de un sistema orgánico e institucional que se extiende a los principios y juicios de valor immanentes en la naturaleza del Derecho.

En el artículo 9 de la Constitución se formulan las bases que presiden el ordenamiento jurídico, a tres niveles: primero, se consagra el principio del imperio del Derecho: "los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico" (9.1); en segundo término, se responsabiliza a los Poderes Públicos en la realización efectiva de los valores

democráticos de la libertad, la igualdad y la participación (9.2), y, finalmente, se enumeran los principios técnico-jurídicos que informan el ordenamiento: "la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos".

La enumeración en el art. 9.3 de estos principios no es ni sistemática ni exhaustiva. Se trata más bien — como afirma GARRIDO FALLA — de "una enumeración de quintaesencias y valores entendidos que se encuentran ya consagrados en otros lugares más propicios de la Constitución". En su conjunto constituyen los presupuestos esenciales del Estado de Derecho y se mueven en torno a dos de ellos, que deben reputarse básicos: el principio de legalidad y el valor de la seguridad jurídica, que se presuponen mutuamente.

La legalidad es un principio genérico que se formula categóricamente en el art. 9.1, se reitera en el 9.3 y se particulariza en el 10.1 (en relación con el respeto a la ley y a los derechos de los demás como fundamento del orden público y de la paz social), en los 103.1 y 106.1 (sobre la sumisión a la ley de la actividad administrativa) y en el 117.1 (sobre la vinculación de los Jueces y Magistrados al imperio de la Ley).

El principio de legalidad, conjugado con el ideal de seguridad, opera a distintos niveles:

a) En primer lugar, en las relaciones entre la Ley y los poderes públicos: todo acto de los órganos del Estado debe ser conforme a Derecho, lo mismo si emana de la Administración, del Gobierno, de la Jefatura del Estado o del Poder Judicial, que si procede de las Cortes Generales o del Tribunal Constitucional, aunque en relación con estas dos últimas instituciones, la vinculación se contrae sólo a la Constitución (y, para el Tribunal Constitucional, a su Ley orgánica).

A este nivel, la legalidad se traduce en la posibilidad de conocer de antemano las consecuencias jurídicas de la propia actividad, en un "saber a qué atenerse", es decir, es una garantía de la *certeza del derecho* y de la propia *seguridad*, a la vez que una barrera frente a la *arbitrariedad de los Poderes Públicos*, que se prohíbe en el art. 9.3 y, de modo más específico, en los arts. 103.1, 106.1 y 117.1.

Por otra parte, el principio de legalidad — juntamente con la seguridad — se diluye en otros principios enunciados también en el art. 9.3, como son: 1) la *publicidad*, no solamente de las normas (arts. 91, 96.1 y Disposición final de la Constitución, y 2.1 del Código Civil), sino también de las sesiones plenarias de las Cámaras (art. 80), de las actuaciones judiciales (art. 120.1) y de los archivos y registros administrativos (art. 105.2); 2) la *irretroactividad* de las normas sancionadoras o restrictivas de derechos individuales, complementada con la retroactividad de las favorables en determinados supuestos (cfr. arts. 25.1, 25.3 y 15); 3) los principios de *jerarquía* y de *competencia* normativa, que permiten situar las reglas del Derecho en el contexto general del orden jurídico.

b) En segundo término, en las relaciones entre los gobernantes y los súbditos, la legalidad exige, primero, respetar el principio de *igualdad real y efectiva*

con expresa prohibición de cualquier privilegio (arts. 1.1, 9.2, 13, 14, 23.2, 24.1, 31.1, 32.1, 35.1, 39.2), y segundo, asegurar el derecho a la *tutela judicial* o principio de *juridicidad* con arreglo a lo dispuesto en los artículos 24.1, 106.1, 118, 119, 123.1 y 161.

C) *Jerarquía y competencia normativas: heterointegración del Derecho*

Las relaciones que existen entre las normas jurídicas son de diversa naturaleza. Pueden ser, ante todo, de orden semántico, y, en este punto plantean la rica problemática de la conexión entre la norma y el lenguaje que la *significa*. Pueden ser, además, de orden temporal (*lex posterior derogat priori*), de orden complementario (*lex specialis derogat generali*) o de orden gradual (*lex superior derogat inferiori*).

Desde la perspectiva jurídico-constitucional nos interesa especialmente la estructura jerárquica del ordenamiento, cuya formulación más acabada se debe a los representantes de la llamada Escuela de Viena (KELSEN, MERKL, VERDROSS). La creación o determinación de unas normas jurídicas, según estos autores, está regulada en otras normas jurídicas de rango superior que contienen su razón de ser, hasta llegar a una *norma fundamental* en la que se apoyan todas las demás, que constituye la cúspide de la pirámide del sistema jurídico. Esta norma básica o fundamental es la Constitución política, y su función esencial es la determinación de los órganos y procedimientos para producir o establecer el Derecho. HANS KELSEN llamó Constitución en sentido *lógico-jurídico* a esta norma fundamental hipotética, la cual, por ocupar el vértice del ordenamiento, encuentra su justificación y fundamento en el mundo metajurídico o trascendente del que emerge un órgano creador de Derecho. Y, en un plano inmediatamente inferior, sitúa KELSEN la Constitución en sentido *jurídico-positivo*, como norma que establece y regula la suprema autoridad del Estado, aplicable a cualquier forma de gobierno, que ya es propiamente Derecho. Guiado por un criterio normativista radical, KELSEN culminó su construcción con la identificación del Derecho con el Estado, en la medida en que éste es la suma de normas coactivas y el Derecho es el orden coactivo formado por esas normas. No puede negarse que la doctrina kelseniana proporciona un valioso método de ordenación lógica del universo jurídico, pero insuficiente cuando se trata de justificar un modelo normativo concreto y determinado.

La estructura jerárquica del ordenamiento jurídico no es, como pretendía KELSEN, un esquema meramente formal, sino que plantea cuestiones de naturaleza política, relacionadas con el ejercicio y la distribución del poder del Estado y con el contenido intrínseco, la eficacia y la rigidez de las normas.

Es indiscutible que el ordenamiento jurídico posee una estructura gradual o jerárquica. El Código Civil, en su artículo 1º establece un orden de prelación basado en la primacía de la ley, seguida de la costumbre y — en tercer lugar — de los principios generales del Derecho. La Constitución respeta este esquema básico, si bien lo amplía introduciendo un complejo pluralismo de fuentes. En el art. 9.3 consagra el principio de la jerarquía normativa de modo genérico y lo desarrolla en otros preceptos, tales como los que condicionan la delegación legislativa por las leyes de bases y las leyes marco (arts. 82.4 y 150.1), subordinan los Reglamentos a la Constitución y a las leyes (art. 97), definen los

Estatutos de Autonomía como normas institucionales básicas de la Comunidad Autónoma (art. 147.1), afirman la superioridad eventual del Derecho civil estatal sobre el foral (art. 149.1. 8º), imponen la prevalencia y la supletoriedad de la legislación estatal sobre la autonómica (art. 149.3), regulan las leyes de principios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas (art. 150.3), se refieren a normas jurídicas con rango de Ley (art. 161.1.a) y encoorsetan los derechos históricos forales en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía (Disp. adicional primera).

Ocurre sin embargo que en aquellos ordenamientos que reconocen una pluralidad de centros productores de normas jurídicas, como pasa en el sistema español actual y más aun en los Estados federales, el principio de la jerarquía normativa debe conjugarse con el de la *competencia*. La presencia de Comunidades Autónomas investidas de poder legislativo para unas materias determinadas, así como la configuración por la Constitución de unos bloques normativos definidos *ratione materiae* (leyes orgánicas, tratados internacionales, reglamentación de las Cámaras), dan entrada a una pluralidad de reglas jurídicas delimitadas por su contenido y eventualmente por su procedencia, que ostentan igual rango y gozan de la misma fuerza de obligar, cuya coherencia no responde a la graduación jerárquica sino a la coordinación competencial. La potestad legislativa se distribuye, según la Constitución, entre varios órganos productores de Derecho y por ello, cuando deba dictarse una norma sobre una materia determinada, corresponde hacerlo al órgano que tenga asignada la competencia sobre dicha materia en el ámbito territorial de su jurisdicción.

Mientras el principio de jerarquía opera cuando una pluralidad de normas heterogéneas y gradualmente superpuestas, regulan materias que son total o parcialmente coincidentes, el principio de competencia entra en juego cuando las materias reguladas son distintas y forman, por ello, subsistemas paralelos. En este caso, los posibles conflictos, en lugar de centrarse en normas incompatibles de diferente rango, se plantean en torno a la debida aplicación de las reglas que distribuyen las competencias, como pueden ser, en nuestra Constitución, las contenidas en los artículos 81.1, 148, 149 y 150, entre otros.

En los sistemas rigidamente centralizados, los órganos estatales asumen en exclusiva la creación del ordenamiento jurídico en su conjunto y eluden toda la problemática de la competencia normativa. Pero cuando surge una pluralidad de centros legiferantes, se impone la necesidad de apelar conjuntamente a los principios de jerarquía y de competencia, debidamente deslindados, y de admitir, en todo caso, que ni la naturaleza del agente creador de la norma — si es competente para dictarla — ni el procedimiento más o menos agravado para su elaboración, son factores determinantes de su rango jerárquico. Siempre que interviene el principio de competencia, el grado o nivel de una norma jurídica no viene necesariamente determinado ni por la mayor o menor representatividad del órgano productor de la norma (mayor o menor proximidad al cuerpo electoral), ni por la extensión territorial o institucional de su jurisdicción, ni, en fin, por la intensidad participativa reflejada en el *quorum* más o menos reforzado que reclama su aprobación. Estos tres criterios, grado de representatividad (superior en las leyes refrendadas), extensión de la representación e intensidad participativa del órgano normante, pueden ser válidos únicamente para los sistemas en los que el Estado, por medio de sus

órganos centrales, asume la función de creador *ad nutum* de todo el ordenamiento jurídico, con el propósito — pretendido secularmente y nunca logrado — de ser señor absoluto del Derecho.

En todo ordenamiento jurídico, aun formando un todo cerrado y completo, es indiscutible que existen zonas vacías de Derecho. El desarrollo acelerado de la sociedad motiva la constante formación de lagunas jurídicas, que corresponden a aquellos intereses o instituciones que no están contemplados apriorísticamente por las normas jurídicas vigentes o que, aun estándolo, no se regulan de la forma políticamente deseada.

Y de la misma manera que existen lagunas jurídicas, en el ordenamiento aparecen normas que, siendo distintas y aun contradictorias, contemplan análogos supuestos, de modo que, obedeciendo a una de ellas, se infringe automáticamente la otra.

Consecuentemente, la aplicación del Derecho ha de enfrentarse con el problema que plantea la existencia de lagunas y también con los conflictos que traen causa de las antinomias, las ambigüedades y las contradicciones que se contienen en todo ordenamiento jurídico.

Y si los criterios de jerarquía y de competencia no proporcionan la solución de estas situaciones o conflictos normativos, y sobre todo cuando se plantea un supuesto de “vacío de Derecho”, se impone la necesidad de adoptar una decisión de naturaleza política — creadora de la norma de Derecho —, primero, porque “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión” (art. 24.1 de la Constitución); y, segundo, porque el juez no puede, en ningún caso, negar justicia: “los jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido” (art. 1.7 del Código Civil). Ante esta prohibición de *non liquet*, corresponde al juez que se encuentra frente a una laguna, una ambigüedad o una contradicción, adoptar una decisión política, que supone una función creadora de *heterointegración* del Derecho ajena a la lógica jurídica. Cuando el juzgador no dispone de una normativa diáfana aplicable, actúa, según frase afortunada del Código civil suizo, “como si él mismo fuera legislador”.

2 — La Constitución material: concepto y contenido

A) Concepto

La Constitución material coincide con el sector jerárquicamente más alto del ordenamiento jurídico. Sin dejar de ser esencialmente Derecho, en la Constitución se anudan, con mayor intensidad que en los demás estratos del ordenamiento, elementos de orden sociológico, histórico, político e ideológico. La normativa constitucional es la que más refleja la interacción entre el orden jurídico-normativo y la realidad político-social.

El objeto central de la Constitución material es la *organización fundamental del Estado*. Es el orden básico que contiene las reglas de Derecho esenciales, portadoras del germen de todas las demás (norma *normarum*). Como afirma

MORTATI, autor de la conocida monografía "La Costituzione in senso materiale" (1940), tal Constitución afecta a todos los elementos necesarios para que el Estado subsista, idóneos para asegurar a la realidad social una actividad política orientada teleológicamente.

La Constitución, en su significación material, tiene la ventaja lógica de abarcar toda la normativa jurídica fundamental, hállese o no contenida en uno o más documentos o códigos políticos. Tiene, en cambio, el inconveniente de la imprecisión debida a la dificultad de establecer una frontera definida entre lo objetivamente constitucional o fundamental y lo derivado.

En la Constitución material confluyen, por un lado, los factores que proceden de la realidad histórico-social; por otro, los principios que orientan la acción política con arreglo a unos valores éticos legitimados por la sociedad y, en fin, las fuerzas que configuran la voluntad unitaria de la sociedad política. Aglutina, por tanto, factores reales, ideológicos y decisorios (políticos) que emergen del orden social: es una *unidad ordenada de decisión y de acción*, que establece y regula unos órganos dotados de *competencia* (atribución de poder) para la realización de unas *funciones* (atribución de fines). El Estado *real*, el Estado *ideal* y el Estado *vital* son las fuentes que informan las tres dimensiones de la Constitución material.

a) La mayor parte de las definiciones de la Constitución material se centran en el contenido organizativo y de contención del poder político. Véamos algunas muestras.

La doctrina española ha considerado la Constitución material como "el sistema de las instituciones políticas fundamentales" (GINER DE LOS RÍOS); "la expresión jurídica del régimen estatal, orgánica de instituciones y poderes, y limitativa frente a la personalidad humana" (POSADA); "el conjunto de normas jurídicas fundamentales y principales organizadoras de la sociedad estatal, sistematizadoras de sus instituciones, limitadoras de la discrecionalidad y arbitrariedad de los gobernantes, garantizadoras de los derechos y libertades de los ciudadanos, y orientadoras o directoras de la política del Estado" (J. A. GONZÁLEZ CASANOVA).

En Francia, MIRABEAU se refirió ya a la Constitución material afirmando que su objeto consiste en "la distribución de la competencia o de la extensión de los poderes concedidos a todos y cada uno de aquellos a quienes la ley ha autorizado para realizar funciones públicas". Tras él, se definió como el "conjunto de reglas relativas al gobierno y a la vida de la comunidad estatal consideradas desde el punto de vista de la existencia fundamental de ésta" (MAURICE HAURIOU); como la "organización o régimen estatal para el ejercicio de la soberanía" (CARRÉ DE MALBERG); como el "conjunto de normas que determinan la naturaleza del Estado, la forma de gobierno y que fijan en sus puntos principales la organización, las atribuciones, el funcionamiento y las relaciones de los grandes poderes públicos" (LAFERRIÈRE); como "la consagración oficial del régimen político, que es el conjunto de las instituciones políticas de un país en un momento concreto" (DUVERGER) como "el conjunto de reglas de Derecho, sea cual sea su naturaleza o su forma, relativas a los principales órganos del Estado, a su construcción, sus competencias, su funcionamiento y sus relaciones" (CADART) etc.

Entre los autores italianos se encuentran acepciones de la Constitución material como las siguientes: "norma impuesta por el pueblo a los gobernantes para protegerse del despotismo" (ROMAGNOSI); "organización concreta y real que define el Estado" (SANTI ROMANO); "aquella parte fundamental del ordenamiento jurídico que confiere al Estado su individualidad, disciplina, sus elementos constitutivos, regula las fuentes creadoras del Derecho y los poderes públicos, determina los órganos supremos, el nombramiento de sus titulares, su competencia y responsabilidad y sus recíprocas relaciones, establece la situación de los ciudadanos y de los grupos sociales dentro del Estado, reconoce sus derechos, fija sus deberes y limita la autoridad estatal con relación a los mismos" (CERETI).

De la doctrina germánica destacamos las siguientes definiciones: "la Constitución contiene las líneas fundamentales de la organización y las competencias estatales, y los principios para el reconocimiento de los derechos de los súbditos" (JELLINEK); "la Constitución es aquella norma que se refiere a los órganos superiores y a las relaciones de los súbditos con el poder estatal", o, más escuetamente, "la norma o normas positivas que regulan la creación de normas jurídicas generales" (KELSEN).

b) Otros autores destacan básicamente el aspecto político o decisorio de la Constitución material. Así aparece de las siguientes definiciones: "suma de los factores reales de poder que rigen un país" (LASSALLE); "forma en que la voluntad plural de un pueblo se configura en voluntad unitaria del Estado" (STEIN); "acto primario de una comunidad que, al constituirse en Estado, organiza un gobierno formulando un cuerpo definido de principios y disposiciones" (WILLOUGHBY); "suprema decisión sobre la unidad política en su forma de existir" (SCHMITT).

c) Acepciones más amplias son las siguientes: "la Constitución es una justificación y un programa al lado de la consagración de un sistema de poder y representación" (FUEYO ALVAREZ); "la sociedad misma, en cuanto está organizada según diversos elementos — fuerzas políticas — tendentes todos ellos a un mismo fin" (MORTATI); "ley vital (norma y realidad integradora) del Estado" o "el orden jurídico del proceso integrador mediante el cual es y se desarrolla el Estado" (SMEND); "conjunto de reglas que se refieren al poder supremo dentro del Estado y que engloban en una totalidad dialéctica la voluntad y el Derecho, lo sociológico y lo jurídico" (SCHINDLER) etc.

B) *Dimensión real*

El hombre debe aceptar su dependencia, tanto de la sociedad como de la naturaleza. A la realidad social sólo se la controla respetando sus leyes. De ahí que no puedan esperarse milagros de las Constituciones; ninguna de ellas, en frase de BARTHÉLEMY, puede anular las cualidades morales e intelectuales de un pueblo. Las normas más eficaces son las que captan el aliento de las instituciones sociales y la potencia creadora de las fuerzas que las animan.

La Constitución, como la propia palabra expresa, debe recoger el modo de ser, la manera de existir de una sociedad o de un pueblo. Este es precisamente el significado que ARISTÓTELES asignaba a la politeia o Constitución de la

polis griega: el orden concreto y las relaciones de poder que existían realmente en la comunidad. Cuanto más fielmente se integren en la Constitución estos factores reales de orden geográfico, demográfico, psicológico, sociológico, económico, histórico, cultural, etc., cuanto más respete y aliente la estructura que informa espontáneamente a la realidad social, mejor cumplirá con sus cometidos esenciales. De todos estos factores fluye un orden o sistema de vida en común que es constitucional en una triple dimensión: existente, trascendente y vivencial (CORDERO TORRES).

La vertiente real de la Constitución comprende, a su vez, dos órdenes normativos, cuya prevalencia configura los modelos que GARCÍA-PELAYO ha denominado *histórico-tradicional* y *sociológico*.

a) El primero, vinculado a la tendencia conservadora que se enfrentó al liberalismo revolucionario del siglo XVIII, valora la Constitución como el resultado de una lenta transformación histórica, en la que intervienen numerosos factores, algunos de ellos casuales e incluso irracionales, que no se pueden concretar en ningún modelo lógicamente estructurado. El sistema constitucional británico es el ejemplo clásico de un esquema elaborado práctica y empíricamente a través del tiempo. "Cada paso en nuestro progreso, afirmaba FREEMAN, ha sido la consecuencia natural de un paso anterior; cada cambio en nuestra ley y en nuestra Constitución no han significado la introducción de algo enteramente nuevo, sino el desarrollo y el perfeccionamiento de aquello que ya es viejo". Respetando el consejo de BACON según el cual "los hombres, en sus innovaciones, deben seguir el ejemplo del tiempo, que realiza sus grandes cambios de una manera silenciosa, gradual y casi imperceptible", los políticos británicos han mantenido un respeto profundo hacia las formas y las estructuras heredadas, en el marco de un sistema político surgido de una larga evolución. El irlandés EDMUNDO BURKE (1729-1797) se refería a la Constitución inglesa como si se tratara de un legado de sus antepasados, que imponía el deber de ser transmitida a la posteridad con los cambios graduales exigidos por el paso del tiempo.

Este mismo criterio tradicionalista sostuvieron en Francia los defensores de la ideología de la Restauración, especialmente DE MAISTRE (1723-1821) y DE BONALD (1754-1840) y acogida en España por los representantes del Doctrinismo decimonónico, desde JOVELLANOS, partidario a ultranza de la Constitución tradicional ("conjunto de leyes fundamentales que fijan el derecho del Soberano y de los súbditos, y los medios saludables de preservar unos y otros"), hasta CÁNOVAS DEL CASTILLO, que veía en la Constitución política (*interna*, la llamaba para distinguirla de la escrita o formal) la obra de la voluntad nacional que emerge de la evolución histórica. Y, entre uno y otro, MARTINEZ DE LA ROSA y DONOSO CORTÉS, cuyos idearios se plasmaron respectivamente en el Estatuto Real de 1834 (que recogió el dualismo estamental *rex-regnum* de raíces medievales) y en la Constitución moderada de 1845, cuyo preámbulo afirmaba la voluntad de "regularizar y poner en consonancia con las necesidades actuales del Estado los antiguos fueros y libertades de estos Reinos".

b) El modelo *sociológico* de Constitución aspira a penetrar en los factores que configuran la realidad social. Contempla la comunidad estatal en su existencia fundamental. La descripción del gobierno de los Estados Unidos que en

1835 realizó TOCQUEVILLE es el ejemplo típico de esta visión. En España, el primer autor que mostró una excepcional preferencia por los problemas sociológicos fue ANTONIO ALCALÁ GALLIANO (*Lecciones de Derecho Político Constitucional*, 1843), que insistió reiteradamente en la necesidad de hallar en las Constituciones “el alma y no la semejanza exterior”, subrayando que gran parte de los males que aquejan a los pueblos derivan de haber centrado su atención en los problemas formales más que en la esencia de la realidad social, coincidiendo con la afirmación de DONOSO CORTÉS según la cual, “como las formas no existen en sí mismas, ni tienen una belleza que les sea propia, las Constituciones no deben examinarse en sí mismas, sino en relación con las sociedades que las adoptan”.

C) Dimensión ideal

Si los realistas aspiran, como pretendía DE MAISTRE, a hallar las leyes que convienen a una nación partiendo de su geografía, su población, sus riquezas etc., los idealistas, por el contrario, reconocen al titular del poder constituyente la facultad de introducir en el ordenamiento político fundamental determinados criterios de valor que reflejan una ideología o una particular concepción del mundo y de la vida. Con este punto de partida, dotan a la Constitución de un sentido que hace de la misma algo más que un instrumento de formas y de estructuras.

El constitucionalismo, como tendencia política, se ha forjado precisamente sobre esta dimensión ideológica. Ya en el siglo XVIII se anudó al concepto de Constitución el propósito de justificar un programa, más que el objetivo de estructurar un sistema de poder. El soporte de este punto de partida se encuentra en la creencia en la inmutabilidad y en la omnipotencia de la razón que los teóricos de la Ilustración convirtieron en dogma filosófico. Surgió así el concepto *racional-normativo* de Constitución, como lo llama GARCÍA PELAYO, adoptado por el liberalismo burgués del siglo XIX y parte del XX, en su ambición de ofrecer un modelo de Estado con pretensiones de universalidad y de permanencia. Con la ayuda de la *luz natural* de la razón, los representantes del racionalismo político en Francia, desde SIÉYÈS a CARRÉ DE MALBERG, describen un modelo constitucional que regula de un modo total, sistemático y de una sola vez, los órganos, las funciones y las competencias del Estado.

Esta visión de la Constitución se expresa lapidariamente en el artículo 16 de la Declaración de los *Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789, obra de los revolucionarios franceses, según el cual: *toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución*. Se especifica aquí un concepto incompatible con los sistemas absolutistas y totalitarios, en la medida en que, por esencia, presupone — además de la exigencia racional de constar en un texto escrito — los dos requisitos siguientes: primero, la protección de los individuos frente a toda injerencia en la esfera de los derechos humanos, que pueda provenir de los gobernantes o de los poderes públicos; segundo, la división o separación del poder político, con el fin que previó MONTESQUIEU — el padre del constitucionalismo — de evitar el abuso del propio poder, por cuanto, al ser atribuido y ejercitado por diferentes órganos, él mismo se convierte en el mejor garante contra el despotismo.

A lo largo de los siglos XIX y XX la orientación ideológica de las Constituciones se ha manifestado a través de diversas tendencias, manteniendo el denominador común, en las democracias pluralistas, de marcar un límite al poder de los gobernantes. Considerada esta vertiente ideal como la que representa los estados de conciencia colectivos — creencias e ideologías —, la Constitución española de 1978 fija su orientación en las decisiones del Preámbulo y en los valores superiores que enumera en su art. 1.1, en el contexto de un Estado social y democrático de Derecho que se configura como Monarquía parlamentaria.

La vertiente ideológica de las Constituciones se acentúa especialmente en aquellas que responden a una estructura marxista. Mientras en los países pluralistas los textos constitucionales son, básicamente, un instrumento para gobernar adaptable a diferentes programas y tendencias políticas, en los Estados comunistas la organización constitucional tiene una finalidad específica: la realización del socialismo. "La misión de la Constitución — decía STALIN — consiste en establecer el orden social más adecuado y útil para las clases trabajadoras". De ahí que la estructura y funcionamiento de los poderes, en lugar de someterse a unos mecanismos formales ideológicamente neutros, se adopte una estructura flexible que facilita tanto la frecuencia de las revisiones constitucionales, paralelas a las transformaciones socioeconómicas, como la continuada práctica de la delegación de competencias propia de un régimen de concentración de poder. La Constitución es un arma al servicio de la ideología oficial. De ahí las frecuentes contradicciones existentes entre los textos jurídicos básicos y la estructura real de la sociedad.

a) En lo atinente a la *titularidad del poder político*, durante el siglo XIX, el constitucionalismo se adaptó a las exigencias del liberalismo doctrinario, para justificar el pacto entre la nación, a través de sus representantes, y el soberano. Se impuso así la monarquía limitada en Francia con la Carta de 1830, que tuvo especial eco en España en las Constituciones de 1845 y 1876, obra de un pacto entre el Rey y las Cortes.

En el otro extremo, se afirmó el dogma de la soberanía nacional, que no reconoce más titular del poder que el pueblo, tal como se expresó ya en las primeras palabras de la Constitución norteamericana de 1787: "Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, ordenamos y establecemos esta Constitución", y también en los textos revolucionarios franceses de 1791 (soberanía nacional) y de 1793 (soberanía popular). En España, el principio de la soberanía nacional se afirma de modo programático en todas las Constituciones progresistas, o sea, las de 1812, 1837, 1869, 1931 y 1978. En esta última, se consagra en el Preámbulo y en el art. 1.1: *La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado*, y se desarrolla especialmente en la consagración de los principios de participación y del pluralismo político-social, soportes insustituibles del Estado democrático de Derecho.

b) Por lo que se refiere a las *funciones* y a la *intensidad del poder*, la matización ideológica de los textos constitucionales ha seguido una doble evolución, según se trate de los regímenes pluralistas o comunistas. Sobre estos últimos nos remitimos a lo dicho anteriormente. En los primeros, la herencia del individualismo liberal que inspiró las Constituciones burguesas, ha cedido ante la presión

del moderno Estado social, que se perfila por primera vez en Europa en el texto alemán de Weimar (1919), y cuyo denominador común es la solidaridad democrática. En España, la Constitución de 1931 abrió la puerta a esta nueva orientación intervencionista que amplió las obligaciones y las prestaciones de los poderes públicos. La Constitución de 1978 se mantiene en esta tendencia, consecuente con la concepción del Estado social y democrático de Derecho (art. 1), que asume la obligación de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas (art. 9.2), y desarrolla los "principios rectores de la política social y económica" (Tit. I, cap. III), que son la base de una política intervencionista y planificadora que se refleja en diversos preceptos del texto constitucional (arts. 37, 38, 40, 51, 128, 131 etc.).

c) También la problemática que gira en torno a la *localización del poder* ofrece una gama de soluciones que responden a variadas tendencias enmarcadas entre el Estado firmemente centralizado y el Estado federal, con tipologías intermedias como las del Estado regional y las típicamente españolas del Estado integral (1931) y el Estado autonómico (1978).

Interesa destacar que en nuestros días las Constituciones suelen dar cabida a corrientes universales, con las que siempre caben enlaces armónicos, especialmente en materia de derechos y libertades (arts. 10.1 y 39.4 de la Constitución de 1978) y de relaciones pacíficas de cooperación (Preámbulo).

D) *Dimensión política*

Toda norma jurídica tiene su origen en un acto de decisión. Es no solo una manifestación de la razón, sino también de la voluntad. Y esto mismo ocurre con la Constitución, que es precisamente la norma fundamental del Estado. Ya a mediados del siglo pasado, LORENZ VON STEIN desde una óptica conservadora vio en la Constitución "la forma en que la voluntad plural del pueblo se manifiesta como voluntad unitaria del Estado", y el socialista FERDINAND LASSALLE la definió como "la suma de los factores reales de poder que gobiernan un país".

La decisión es el acto político por excelencia. Es, además, un acto esencialmente humano. "Ser hombre, decía SCHMITT, sigue siendo una decisión". Pero las decisiones políticas adquieren un relieve especial porque responden a una actividad creadora y encierran una proyección colectiva. Solo cuando una decisión tiene alcance *general y creador*, sea cual sea su contenido, es una decisión propiamente política.

La Constitución, como acto político de primera magnitud, es, en consecuencia, un acto de voluntad colectiva, es decir, "una decisión de conjunto sobre el modo y forma de la unidad política" (SCHMITT). Es una decisión, traducida en ordenación, sobre la estructura y los principios orientadores de la sociedad política. En la Constitución española de 1978, las grandes decisiones políticas se contienen, básicamente, en el Preámbulo.

El constitucionalismo actual, de base pluralista, relaciona el acto de decisión constituyente con la actividad participativa de los ciudadanos, pues si no se hace esta salvedad y se admite, sin más, que toda decisión sobre la organización y funcionamiento del Estado es una Constitución (como hacen, entre otros,

KAGI, MAC IVER, WILLOUGHBY y SCHMITT), corremos el riesgo de considerar constitucional cualquier golpe de estado autoritario, con olvido de que es misión típica de toda Constitución encauzar y limitar el ejercicio del poder para salvaguardar los derechos y libertades fundamentales.

La vertiente política de la Constitución material pone al desnudo la *fuerza normativa de la voluntad colectiva*. Es la fuente que asegura la unidad del ordenamiento jurídico, que sirve de parámetro o punto de referencia para salvar sus lagunas e interpretar coordinadamente todo el conjunto normativo. Su manifestación más típica es la que se produce en el momento constituyente inicial, pero no hay que desconocer que perdura a lo largo de su vigencia. El acto de mayor carga política es el que resulta del ejercicio del poder constituyente originario, pero se complementa ininterrumpidamente con aquellas decisiones que impulsan el desarrollo y las innovaciones del ordenamiento constitucional.

a) La doctrina del *poder constituyente* se formuló por EMMANUEL JOSEPH SIÉYÈS durante la Revolución francesa. Sólo la nación, a través de sus representantes extraordinarios, tiene poder para darse una Constitución, es decir, una organización fundamental. Pero la nación, afirma SIÉYÈS, es una formación de Derecho natural, anterior a toda ley positiva. De ahí que el poder constituyente de la nación sea inagotable e ilimitado, porque la nación sigue siendo en todo momento el único titular de este poder, que la autoriza para modificar y para cambiar su Constitución. Una nación no abandona nunca su estado de naturaleza; su voluntad es siempre ley suprema, es siempre *potestas constituens*. nunca *potestas constituta*.

Pero no siempre el poder constituyente se ha atribuido a la nación o al pueblo. Hasta finales del siglo XVIII no se generalizó el dogma de la *soberanía nacional*. Anteriormente había sido el príncipe el titular legítimo de este acto de decisión fundamental, actuando unas veces como autoridad autónoma y otras investido de representación.

En todo caso, el origen de toda Constitución se encuentra en un acto de decisión política, que consiste en el ejercicio del poder constituyente originario tras la ruptura — revolucionaria o no — del orden anterior para la instauración de un orden nuevo. Es un acto creador, excepcional, capaz de transformar en Derecho una determinada concepción política. Como decía DONOSO CORTES, es una acción que “no puede localizarse por el legislador, ni formularse por el filósofo; porque no cabe en los libros y rompe el cuadro de las Constituciones; si aparece alguna vez, aparece como el rayo que rasga el seno de la nube, inflama la atmósfera, hiere la víctima y se extingue”.

b) Junto al poder constituyente originario, que es completamente libre en la elección de sus fines, opera el poder de revisión, llamado también *constituyente constituido* en oposición al *constituyente originario*, previsto y regulado en el texto constitucional, que se halla vinculado en sus determinaciones por un sistema jurídico consolidado. Aunque suponga una actividad política de primera magnitud, la reforma o revisión de la Constitución por la vía de la legalidad establecida, se lleva a cabo desde el interior del orden jurídico preexistente: se funda en la propia Constitución, aunque sea para alterar su contenido y aun para sustituirla.

En un plano estrictamente teórico resulta difícil la conciliación de la permanencia del poder constituyente originario — externo al ordenamiento jurídico — con la existencia de un poder de revisión constituido. Solamente la contingencia de los principios y la oportunidad de las decisiones políticas pueden ofrecer una solución que armonice satisfactoriamente la compatibilidad entre uno y otro.

c) Pero la vertiente política de la Constitución no se sitúa únicamente en este acto fundacional, sino que sigue presente a lo largo de toda su vigencia. Mientras mantiene su eficacia, la Constitución no es un producto fósil ni un ordenamiento estático, sino un mecanismo en movimiento que va innovando y reformando alguna de sus partes y creando nuevas formas.

Las Constituciones políticas no pueden ser perpétuas. Sin desconocer que, como expresión de los elementos fundamentales de un orden, aspiran a una continuidad y a una permanencia relativas, lo cierto es que, como organización de realidades históricas, las Constituciones están sujetas al ritmo de los acontecimientos políticos y a las alteraciones de las fuerzas sociales. La Constitución francesa de 1793 estableció claramente que “una nación no puede sujetar con sus leyes a las generaciones futuras” (art. 28), y un tradicionalista tan significativo como EDMUND BURKE no se cansaba de afirmar que un Estado que no pudiera cambiar nada, no tenía posibilidades de subsistir.

La Constitución no es sólo un *producto*, sino un *proceso*, un instrumento de transformación que canaliza las decisiones políticas, sociales y económicas en una orientación determinada. Es, como decía HELLER, “una forma abierta a través de la cual pasa la vida; vida en forma y forma nacida de la vida”. Frente a la concepción liberal burguesa que veía en la Constitución un texto venerable, dotado incluso de virtudes taumatúrgicas, que consagraba *a posteriori* o *ex-post-facto* un determinado dogmatismo político con pretensiones de perpetuidad; hoy descubrimos en la Constitución un auténtico *instrumento de gobierno* (denominación que se conserva oficialmente en Suecia) que despliega una función transformadora al servicio del desarrollo y que, no sólo es la expresión normativa de un orden social, sino también el punto de partida de un programa a realizar que marca, *a priori*, *ab-ante-facto*, la orientación de la política futura.

Las formulaciones constitucionales desarrollan una vida propia y, en consecuencia, deben valorarse como espacios abiertos a diferentes alternativas y a nuevas esperanzas. Son, en todo caso, anticipos del futuro, jamás una momificación del presente. Fué GASTÓN JÈZE quien, a principios de siglo, afirmó ya que “es políticamente absurdo, quimérico y hasta delictivo pretender encadenar las generaciones venideras con las instituciones actuales”, recordando la frase de JEFFERSON según la cual “la tierra pertenece a los que viven, sólo en usufructo: los muertos no tienen ningún poder y ningún derecho sobre la misma”. El principio *constitutio respicit futura, et non praeterita* que recogió el Código de Justiniano, mantiene toda su fuerza.

En los textos constitucionales modernos se destaca esta *función transformadora* que asumen para orientar las decisiones políticas sin romper con la legalidad establecida. El texto alemán de Weimar (1919) fue ya significativo a este respecto, iniciando una corriente seguida y ampliada en las Constituciones ulte-

riores. Sólo a modo de ejemplo recordamos la española de 1931 (art. 44), las francesas de 1946 y 1968 (Preámbulo), la italiana de 1947 (art. 3), la alemana federal de 1949 (arts. 14, 15, 20, 28) etc. La española de 1978 acentúa esta orientación en la medida en que tiene puesta la mirada en una meta irrealizada que se expresa en su preámbulo cuando menciona los ideales de "un orden económico y social justo", "una digna calidad de vida" y una "sociedad democrática avanzada", definiendo con estos fines los "principios rectores de la política social y económica" (tít. I, cap. III) y marcando el camino para conseguir para el futuro una estructura territorial autónoma.

d) Finalmente, la Constitución, como norma jurídica, está condicionada por las circunstancias históricas que pueden flexibilizar el significado y el alcance de sus preceptos. Se trata de la manifestación del llamado "valor de fondo de las normas" que, al margen de cualquier revisión formal, motiva un proceso paralelo a la vida de las instituciones, que contribuye a alterar o a adaptar el contenido de la Constitución sin modificar su texto escrito.

La Constitución, arropada por las costumbres, las prácticas, la jurisprudencia, la legislación y la vida política en general, se renueva, se adapta, evoluciona y, sin embargo, su forma permanece. En las Constituciones que surgen de un pacto, este fenómeno que L. Rossi denominó *elasticidad* constitucional y la doctrina alemana califica de *Verfassungswandlung*, es mucho más visible. Al excluir de su contenido aquellas zonas irreconciliables, la Constitución se asimila a la envoltura flexible del cuerpo social, en contraste con los textos dogmáticos que aspiran a inmovilizar ortopédicamente un orden: "como nuestra piel", decía ORTEGA, "la norma aprieta y ciñe músculos, pero con una presión de tal manera coincidente con los alabeos de aquéllos, que puede decirse del cuerpo social que vive tan libre como dentro de su piel".

Se explica así como en los Estados Unidos sigue vigente la Constitución de 1787, tras haberse convertido el sistema político de "congresional" en presidencialista; como el Estatuto italiano de 1848 mantuvo su vigencia bajo un gobierno constitucional puro, uno parlamentario y, en fin, uno autoritario; como la Constitución francesa de 1875 sirvió de soporte a un gobierno parlamentario de base presidencialista que la práctica transformó en un régimen de asamblea, y, en fin, como las modernas Constituciones de orientación pluralista — como la alemana de 1949, la francesa de 1958 y la española de 1978 — sirven de marco a un enfrentamiento entre las fuerzas demoliberales y las socialistas.

E) Contenido de las normas constitucionales

El contenido pluralente de las normas constitucionales permite formular una rica tipología centrada esencialmente en el objeto del mandato jurídico que expresan. Prescindiendo aquí de la clasificación de las normas por el grado de su eficacia (imperativas — preceptivas o prohibitivas — y permisivas — interpretativas o integrativas —) y ciñéndonos a su alcance objetivo, distinguimos las siguientes categorías normativas:

a) Normas *definidoras*, frecuentes en las Constituciones, pues, aunque no sea propio de la ley la misión de definir, a nivel constitucional es inevitable en materias que requieren una precisión conceptual o significativa, como pueden

ser la forma de Estado, el sistema político, la bandera, determinados órganos estatales o autonómicos etc. Como ejemplos, citamos los artículos 1.1, 1.3, 4.1, 81.1, 141 etc., de la Constitución española.

b) Normas *programáticas*, que enuncian los principios fundamentales y los valores que informan la estructura (orden) y la dinámica (fines) del régimen político. En la Constitución española abundan con profusión las normas programáticas, desde las grandes decisiones contenidas en el Preámbulo, y la mención de los valores superiores del ordenamiento jurídico y del orden político (arts. 1.1, 9.2 y 10.1) hasta la prolija regulación de los "principios rectores de la política social y económica" (arts. 39 a 52 y 128 y ss.).

c) Normas *declarativas de derechos*, que constituyen el núcleo de la parte dogmática de las Constituciones, en la medida en que definen las libertades fundamentales que amparan al hombre frente a los poderes públicos, y en que concretan su *status*, reconociéndole unas prestaciones y unos servicios esenciales. En el Título I, la Constitución de 1978 incorpora estas normas con una extensión poco común, con la particularidad de que todos los derechos y libertades que consagra son objeto de reserva de ley, reforzada tanto formalmente — exigencia de una ley orgánica para su desarrollo — como en el aspecto material — respeto de su contenido esencial (arts. 53.1 y 81.1).

d) Normas sobre *garantías institucionales* que, como indica SCHNEIDER, tienen por objeto el aseguramiento de determinadas instituciones jurídicas, ya sea afirmando su autonomía (familia — art. 39 —, municipios y provincias — art. 137 —, universidades — art. 27.10), o garantizando el pluralismo político y social (arts. 6, 7, 28, 36) etc.

e) Normas *orgánicas y atributivas de competencias*. Son las que se refieren a la "arquitectura institucional" del sistema, respetando normalmente el esquema, más o menos actualizado, de los tres "poderes", devenidos funciones estatales superiores. En España abre este capítulo la regulación de la Corona, cuyo titular simboliza la unidad y permanencia del Estado al tiempo que arbitra y modera el funcionamiento de sus instituciones.

f) Normas *directivas* cuyo objeto es el de condicionar la futura actividad legislativa — mandatos al legislador — por medio de las cláusulas de *reserva de ley* que presuponen un *reenvío* a la norma de desarrollo expresamente prevista. En la Constitución española se contienen numerosas reservas de ley, unas veces normal o de ley ordinaria, y en ocasiones reforzada, ya sea por la naturaleza orgánica de la futura ley (art. 81.1) o por las condiciones vinculantes que se imponen al legislador (art. 53.1).

g) Normas de *excepción* o de orden en sentido estricto, orientadas a afrontar los estados de anormalidad política. De ahí que se denominen también normas de defensa de la Constitución, que presuponen la posibilidad de reforzar los poderes públicos y de suspender los derechos y libertades. La regulación de los estados de excepción y sus consecuencias (arts. 55, 116, 117.5 y 169), la legislación de urgencia (art. 86) y las facultades excepcionales sobre las Comunidades Autónomas (art. 155), constituyen los ejemplos típicos de esta normativa, siempre provisional y subsidiaria.

h) Normas rígidas (o de derecho estricto) y normas elásticas. Las primeras contienen una regla taxativa, que no admite matizaciones ni interpretaciones dispares. Por ejemplo: "los españoles son mayores de edad a los 18 años" (art. 12), o "la circunscripción electoral es la provincia" (art. 68.2). Las elásticas, en cambio, contienen preceptos flexibles o indicativos, de contenido variable en función de las circunstancias del momento. Por ejemplo: "el Congreso se compone de un mínimo de 300 y un máximo de 400 Diputados" (art. 68.1); o las normas que reconocen funciones potestativas (arts. 92.1, 93) y que contienen expresiones indeterminadas (art. 55.2).

i) Desde otra perspectiva se puede hablar de normas generales o universales, que rigen en todo el territorio del Estado y vinculan a todos los individuos que se encuentran en el mismo, frente a las normas particulares, ya sea en razón al territorio (arts. 151, 152, Disp. transitorias 1ª, 2ª, 4ª, 5ª), o a las personas (arts. 13, 25, 42, 48, 49, 50, 70, 71, 117). Las primeras son normas locales, las segundas, especiales.

3 - Interacción y consenso constitucional. El régimen político

A) Interacción entre lo "normal" y lo "normado"

Las vertientes real e ideal de la Constitución, impulsadas por su fuerza política, se integran dialécticamente, aunque en distinta proporción en cada uno de los ejemplos históricos. Se establece una red de vasos comunicantes, un circuito de entradas y salidas, que se traduce en un influjo y un control mutuos entre las dimensiones "normal" y "normada" de la Constitución. La terminología utilizada para significar este proceso es distinta, pero el substracto es similar: se mencionan a este respecto, como conceptos que entran en contacto, el "Estado real" y el "Estado oficial" (ORTEGA); lo institucional y lo jurídico (SANTI ROMANO); lo legítimo y lo legal (HAURIOU); la voluntad y el Derecho (SCHÖNDLER); la decisión y el orden (HUBER); lo normal y lo normado (HELLER); lo social y lo jurídico-político (BURDEAU), el "ser" y el "deber ser" (KELSEN) etc.

Una de las características del ordenamiento jurídico consiste en la aspiración a lograr un equilibrio entre el orden establecido por las normas vigentes y la orientación política marcada por la dinámica de las fuerzas sociales. Se produce así una aproximación entre el Estado-sociedad y el Estado-aparato.

En todo caso, la Constitución es un fenómeno político y jurídico al mismo tiempo; es un lugar común en el que se dan cita los hechos reales de integración social y los principios ideológicos que se concretan en un orden jurídico fundamental. El poder se legitima a través de una ideología. El orden constitucional cobra eficacia cuando entra en contacto con los factores y los acontecimientos de la vida histórico-social; su fuerza - como la del gigante Anteo - depende de su contacto con la tierra. Pero, al propio tiempo, aquella eficacia se alimenta de la savia vigorizante de unos principios ideológicos. Por un lado, la Constitución abarca la totalidad de las instituciones sociales debidamente coordinadas en la unidad del Estado; por otro lado, las equilibra y orienta en la proporción precisa para impedir que opriman la libertad y para que aseguren la eficacia de los principios fundamentales que proclama. Para lograr este propósito operan en la

realidad política dos fuerzas complementarias: la de los hechos sobre las normas, y la de éstas sobre aquéllos.

a) En primer lugar, la *fuerza normativa de lo fáctico* y de lo ideológico. *Ex facto oritur ius*, el Derecho nace del hecho. La validez del Derecho, decía GEORGE JELLINEK (1851-1911), se basa en un elemento psicológico, en un contenido de conciencia: la convicción de su fuerza de obligar, justificada por el hábito y la tradición. La realidad social, configurada por los usos y por las prácticas costumbradas, tiene la virtud de engendrar normas, y esta fuerza normativa de lo fáctico o de lo real es la fuente más profunda del Derecho, y explica, por tanto, la existencia del orden jurídico. En la vida social, sobre todo en las comunidades primitivas, los hechos tienden a convertirse en normas, en formas jurídicas eficaces. De modo análogo, otros juristas y sociólogos han destacado el papel decisivo de las costumbres y de los hábitos en la creación y el desarrollo del Derecho (TARDE, EHRLICH, CARTER). Se trata de descubrir la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones y, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos recaída en el caso *Trop contra Dulles* (1958), dejó sentado que "las declaraciones de la Constitución no son adagios gastados por el tiempo ni contraseñas vacías de sentido; son, por el contrario, principios vitales vivos, que otorgan y limitan los poderes del Gobierno de nuestra Nación".

Pero sería un error considerar que esta "fuerza normativa de lo real" es el único factor que contribuye a la evolución del orden jurídico. No hay que confundir el origen exclusivamente psico-sociológico del Derecho (supervivencia de la idea romántica del *Volksggeist*), con el *sentido* que cobran las normas jurídicas al entrar en contacto con la realidad social. Ciertamente, el ordenamiento jurídico — y, por tanto, su sector constitucional — es eficaz en la medida en que se traduce en reglas empíricas de la sociedad política, pero ello no presupone que las fuerzas creadoras del Derecho se agoten en los usos y en las tradiciones.

b) En segundo término, la *fuerza de la norma* para integrarse en la realidad. Las reglas jurídicas se convierten en Derecho eficaz cuando salen de su existencia formal para penetrar en la realidad como poder. El mismo Derecho y los principios metajurídicos que lo informan ejercen una influencia decisiva en la modelación de la realidad social. Las leyes, decía GRACIANO en el siglo XII, "se instituyen con su promulgación y se afirman con su recepción en las costumbres". Cuando quiebra esta recepción, la norma pierde su razón de ser. En el siglo XVIII y *more británico*, BOLINGBROKE se refirió a la Constitución como "conjunto de leyes, instituciones y costumbres derivadas de ciertos principios racionales fijos que constituyen el sistema general, a los que la comunidad presta su *consentimiento* para ser gobernada".

Este mismo fundamento se encuentra en la teoría de MAURICE Hauriou (1856-1929) sobre la *institución*, entendida como "la idea de una obra o empresa que se realiza y perdura en un medio social". Las instituciones con que el hombre se encuentra en la sociedad son sedimentos dinámicos con pretensiones de duración, cuyo origen se centra en una idea-fuerza proyectada por uno o varios sujetos (fundadores) para que se realice en la sociedad. Si la idea consigue el respaldo de una autoridad que la dota de organización, se incorpora y

arraiga sin desvanecerse, queda transformada en una institución, es decir, en "la comunión de los hombres en una idea" (RENARD).

La idea que soporta la institución perdura después de la desaparición de sus fundadores y se transforma en una entidad impersonal dotada de una ordenación racionalmente estatuida. Esta ordenación tiene su expresión más sobresaliente en el Derecho, y la manifestación más eminente del fenómeno institucional es el Estado.

Sin embargo, de la misma manera que no procede exagerar el influjo normativo de los factores fácticos y tradicionales, creyendo que el Derecho nace desde abajo, tampoco hay que caer en el extremo opuesto y ver en el ordenamiento jurídico nada más que una imposición desde arriba, por parte de los órganos del Estado, como afirmaban los representantes de la Escuela analítica, fundada en Inglaterra por JOHN AUSTIN (1790-1859), para quienes el Derecho no es sino un mandato del Estado, es decir, un cuerpo de normas establecidas, reconocidas y aplicadas coactivamente por la voluntad soberana del Estado. Después de AUSTIN mantuvieron esta tendencia numerosos autores ingleses (HOLLAND, AMOS, SALMOND), alemanes (BERGBOHM, BIERLING), húngaros (SOMLÓ), franceses (LÉVY-ULLMAN, ROGUIN), norteamericanos (GRAY, HOHFELD), soviéticos (KORKUNOV) etc.

Las dos potencias forjadoras del Derecho a que acabamos de referirnos, o sea, la fuerza de lo real y el poder de los gobernantes al servicio de unas ideas, no pueden aislarse. Por un lado, opera la realidad social como una energía creadora de normas jurídicas; por otro, las decisiones políticas y judiciales que formalizan el orden jurídico que conviene a aquella realidad. Y el Derecho surge precisamente de las tensiones, luchas y compromisos entre la sociedad y sus gobernantes, de modo que, como dice BODENHEIMER, "la sociedad sin gobernantes no produciría el Derecho, sino la anarquía; y los gobernantes, sin los frenos que impone la sociedad, producirían, no el Derecho, sino el despotismo".

Con frecuencia se produce un desequilibrio entre las normas constitucionales y la realidad social. Ello ocurre sobretudo en los momentos críticos, en que se pretende dotar de eficacia a Constituciones ideales o dogmáticas que prescinden voluntaria o involuntariamente de la estructura existencial de la realidad, o bien, a aquellas otras que se proponen configurar un sistema político en favor de un determinado gobernante o grupo político. LOEWENSTEIN llama a las primeras, Constituciones *nominales*, que viven a espaldas de la realidad y son frecuentes en los países en vías de desarrollo; y a las segundas, *semánticas*, propias de los países autoritarios y comunistas, normalmente con propósitos hegemónicos, y las contraponen a las Constituciones *normativas*, aplicadas y cumplidas por todos los grupos interesados en el proceso político, y cuyas normas actúan como controles reales de los gobernantes y como protección efectiva de los gobernados.

Cuando las normas constitucionales entran en colisión con el orden real y pierden, por tanto, su efectividad, ya sea por inútiles, inaplicadas o rechazadas, la Constitución queda *falseada*, es decir, convertida en un mero orden formal cuyos principios son incapaces de vertebrar una sociedad. Es incuestio-

nable que en todos los ordenamientos jurídicos y en todas las Constituciones se encuentran preceptos carentes de aplicabilidad porque en el mundo real no se dan los hechos que corresponden a los supuestos previstos en la propia norma, ya sea por su carácter obsoleto (Leyes Fundamentales franquistas durante la transición de 1975 a 1978, normas de Derecho marítimo contenidas en el Código de Comercio de 1885, todavía vigente), o por regular situaciones utópicas e irrealizadas (normativa sobre la higiene y seguridad del trabajo, sobre el medio ambiente etc.). Decía a este respecto EHRLICH, tras el resultado de una encuesta, que la tercera parte de los artículos del Código Civil austriaco han pasado sin dejar rastro y que podrían derogarse sin que ello tuviera importancia alguna.

La gravedad surge, en cambio, cuando la norma jurídica, además inaplicable, encierra una contradicción con el sistema de valores vigente. En estos casos se plantea el problema de la existencia de un Derecho constitucional *anticonstitucional*, como ocurrió en España en relación con el Código político de 1876 bajo la Dictadura de Primo de Rivera, en Italia con el Estatuto Albertino durante el Fascismo y en Alemania con el texto de Weimar durante el mandato de Hitler.

B) *El consenso constitucional: convicción frente a coacción*

Toda Constitución propiamente *normativa* expresa un consenso, es decir, un acuerdo mayoritario sobre los valores políticos fundamentales y sobre las normas que los aplican.

El consenso es, sin embargo, un concepto *relativo*. No cabe duda de que sería perfecto si fuera total y absoluto, pero entonces dejaría de ser consenso para convertirse en una vigencia social permanente, que diría ORTEGA. En política no cabe hablar ni de un consenso unánime ni tampoco de la falta absoluta de consenso, sino de un determinado *grado* de consenso referido siempre a una sociedad concreta. Es un concepto que presupone su contrario, el disenso, indispensable para valorar su intensidad.

En el ámbito político el consenso recae sobre los principios básicos de convivencia, sobre la organización de la sociedad y del Estado y sobre las reglas esenciales del juego político.

El consenso político es una manifestación específica del consenso social que se produce cuando existe la aceptación compartida de las creencias, los valores y las reglas que definen una cultura y constituyen el factor esencial de la cohesión de una determinada sociedad. El acuerdo sobre estos valores y normas es la base del *contrato social* que reconduce a la voluntad de los ciudadanos la justificación del poder y del Derecho. Con esta base, la escuela funcionalista de PARSONS considera que el consenso es la *aceptación socializada del orden social vigente*.

En el consenso se funden los elementos más valiosos de la integración comunitaria, que se apartan en todo caso del elemento coactivo, y que responden a la idea de cultura socio-política, entendida como el sistema de creencias, de valores y de normas que definen la situación dentro de la cual

se desarrolla la acción política. A través de un continuado proceso de socialización, el hombre incorpora y asimila aquellos valores, creencias y normas que considera positivos para sus intereses, y consolida con ello unas pautas de conducta duraderas.

La Constitución de los Estados Unidos, de 1787, es el mejor exponente de ese consenso o pacto rousseauiano tácito concertado entre los Estados y los ciudadanos que se sometieron a una autoridad común, que simboliza un cuádruple compromiso, entre federalistas y antifederalistas, entre los pequeños y los grandes Estados, entre los liberales del Norte y los esclavistas del Sur, y entre la democracia y los intereses de las clases poderosas.

En el constitucionalismo europeo del pasado siglo y principios del actual, el principio que imperó fue, en cambio, el de la ruptura del consenso, como consecuencia de la confrontación de una pluralidad de ideologías que se apoyaban en diferentes criterios de legitimidad, totalmente incompatibles unos con otros. Y cuando se conseguía un acuerdo entre los grandes partidos, se apoyaba únicamente en los principios del liberalismo burgués. En este sentido, la Constitución canovista de 1876 nació como un texto abierto y transaccional para servir de instrumento de concordia y de reconciliación nacional, que hizo decir a SILVELA que "bajo esta Constitución pueden realizarse todas las políticas posibles dentro del sistema monárquico constitucional". Y ello fue cierto mientras los partidos institucionales eran grupos de notables adictos al esquema monárquico centralista. Pero cuando, a raíz de la gran crisis de 1917, se impuso el protagonismo de las fuerzas obreristas, autonomistas y republicanas, el consenso se desvaneció y el texto de CÁNOVAS perdió su arraigo normativo.

Cuando las principales fuerzas políticas del Estado no están de acuerdo en mantener la legalidad de los valores y las instituciones vigentes, se produce la ruptura del consenso y el consiguiente enfrentamiento al modelo "oficial" de sociedad política por parte de la oposición. En este caso, los textos constitucionales que precinden de la cobertura del consenso tienden a imponer preceptos que repugnan a una parte considerable del país, a modo de *trágalas* generadores de tensiones y de discordias (como, por ejemplo, el art. 26 de la Constitución de 1931).

Durante el siglo XIX, lo mismo en España que en Francia, se suceden los textos programáticos al servicio de los intereses exclusivos, ya sea de las tendencias progresistas partidarias del dogma de la soberanía nacional y de la progresiva participación popular (Constituciones de 1812, 1837, 1869 y proyectos de 1856 y 1973 y, en Francia, Constituciones de 1791, 1793 y 1848), o bien de los grupos conservadores y moderados partidarios del poder real o de la soberanía compartida (Constituciones españolas de 1808, 1834, 1845 y 1876 y francesas de 1799, 1802, 1804 y 1852). DIEZ DEL CORRAL explica como de la misma manera que el autor de un pronunciamiento se preocupaba básicamente por el hecho ideológico de *pronunciar* "su verdad" con un acto de fuerza, así también la Constitución era un texto dotado de poderes mágicos y taumatúrgicos al margen de la estructura del país, siempre al servicio de quienes logran adueñarse del aparato coactivo del Estado.

C) *La Constitución española de 1978 y el consenso*

El consenso que reclama el modelo de sociedad actual debe rebasar los estrechos límites marcados por el liberalismo burgués y adentrarse en los dominios del Estado social y democrático. Tratándose de la Constitución española de 1978, el consenso o contenido mínimo compartido por las fuerzas políticas dotadas de peso específico, se cifra en el modelo de *sociedad democrática avanzada* descrito en el Preámbulo y en el Título preliminar e impulsado por los dos propósitos que se enuncian en el art. 9.2: "promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas" y "facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural".

Las expresiones *Constitución del consenso, de la convivencia, de la concordia*, utilizadas para designar la de 1978, son válidas en la medida en que expresan el esfuerzo desplegado por las fuerzas protagonistas del proceso constituyente para sustituir, la "estructura de la dominación" por la "estructura de la integración". Sólo aquellas fuerzas que se sitúan fuera de los límites del marco transaccional del sistema, manteniendo su intransigencia frente a la legalidad constitucional (antidemócratas, imperialistas, separatistas, centralistas, dogmáticas), permanecen apartados del juego político pluralista.

Pero, por otra parte, precisa fijar los límites precisos al llamado consenso constitucional. No se olvide que existe una vasta zona ideológica e institucional en la que el acuerdo no ha sido posible, y que sigue siendo escenario de las confrontaciones políticas entre el Gobierno y la oposición. Toda Constitución basada en el consenso, sobre todo si los valores democráticos han sido históricamente interrumpidos, tiende a eludir las materias polémicas y a subrayar, en cambio, todo cuanto suponga emotividad. No sin razón TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, al referirse al consenso constitucional de 1978, escribe que "no fue, ni mucho menos, un acuerdo sincero sobre las bases del nuevo Estado democrático, sino, más bien, una mera transacción en la que las partes, dando, prometiendo o reteniendo (sobre todo reteniendo) cada una alguna cosa, como dice gráficamente el art. 1809 del Código Civil, evitaron la provocación de un pleito que ninguna de ellas podía ganar en aquel momento... No hubo, pues, verdadero consenso, sino simple *acuerdo coyuntural* libremente revocable".

Ante la imposibilidad de armonizar opciones antagónicas y de llegar a un acuerdo sólido sobre principios constitucionales básicos, el consenso coyuntural conduce necesariamente a la inmoderada técnica de sustituir la norma fundamental por una norma de segundo grado limitada a ordenar al legislador futuro que llene el vacío constitucional. Se prolonga así el proceso constituyente a la discusión y aprobación de numerosas leyes, orgánicas y ordinarias, necesarias para dotar de plenitud al ordenamiento jurídico fundamental.

D) *Constitución material y régimen político*

La Constitución material, concebida como el complejo normativo que regula y orienta la organización y los fines del Estado, se aproxima al concepto de régimen político.

Desde la Edad Media, la palabra régimen se empleó en numerosos tratados: *De Regimine Principum* (TOMÁS DE AQUINO, EGIDIO COLLONA), *De Re-*

gimine Civitatis (BARTOLO), *De Regimine Christiano* (VITERBO), *De Regimine Mundi* (UCURRUNO), *De Regimine Reipublicae* (CAPUTO) etc. En Francia, sobre todo desde MONTESQUIEU, se generalizó la expresión *ancien régime* para designar el conjunto de principios e instituciones de la sociedad prerrevolucionaria. Y, por lo común, la palabra *régimen* se anudaba a una ruptura o transformación de la situación social y política, para contraponer el *nuevo régime* al *antiguo*. Ejemplos evidentes de este hecho los ofrecen los regímenes bolchevique y fascista.

Depurado de esta carga crítica, el concepto de régimen es el más general de cuantos se refieren a la configuración de la realidad política. Engloba un medio social, unos valores, unas instituciones, unas fuerzas políticas, unos fines y unas técnicas jurídicas. El régimen abarca la realidad política en su totalidad, y se traduce en la síntesis integradora de las estructuras, las ideas y los poderes que operan en la sociedad. Es la configuración del ejercicio y la organización del poder político en el marco de una estructura social y de una orientación ideológica determinadas.

No falta quien, para diferenciar al régimen de la Constitución material, apela a la naturaleza dinámica y estática, respectivamente, de uno y otra. La Constitución — escribe OSCAR ALZAGA — representa la realidad política de la nación “casi en la misma forma en que una fotografía instantánea representa a un caballo galopando”; mientras que el régimen “busca ofrecernos una imagen a la vez cinematográfica y de rayos X de la realidad política”. Pero esta diferencia, válida quizás para los esquemas racionalistas del liberalismo que imperó hasta el periodo de entreguerras, no resiste el concepto actual de Constitución material, portador de una dimensión política cuya esencia dinámica hemos estudiado líneas atrás.

En el concepto de régimen, como en el de su expresión normativa, se integran los diversos factores que dan ser y sentido a la realidad política:

a) Expresa, ante todo, una estructura o medio social que, como indica BURDEAU, no es sólo la sociedad tal como aparece de la organización que adopta, sino también, toda la atmósfera espiritual que refleja la originalidad del grupo. Debido a la configuración típica del medio social, ocurre que, cuando se quieren transplantar formas o sistemas de gobierno similares a regímenes diferentes, aquéllos son vividos de forma distinta.

b) El régimen se refiere asimismo a las instituciones que disponan de los mecanismos de decisión y que funcionan en una determinada sociedad, contemplando a esas instituciones, no desde una perspectiva técnico-formal o aséptica, sino en la medida en que sirven a una determinada ideología. En este sentido, GIUSEPPE CHIARELLI, en 1932, definía el régimen como el conjunto coordinado de instituciones jurídicas con el propósito de actuar una determinada concepción política del Estado y de la sociedad.

c) Finalmente, el régimen presupone unos valores que inspiran el programa político. Esencial al concepto de régimen es la orientación política que informa y canaliza la actividad del Estado. Esta vertiente programática del régimen suele tener eco preferente en los Preámbulos de las Constituciones, de los que es buen ejemplo el de la española de 1978 al proclamar las seis

grandes decisiones que configuran el régimen: 1) garantizar la convivencia democrática conforme a un orden económico y social justo; 2) consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular; 3) proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones; 4) promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida; 5) establecer una sociedad democrática avanzada; y 6) colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra.

El régimen es la expresión más amplia de la forma política: integra todo el complejo social, institucional e ideológico. En un mismo régimen se pueden englobar distintos sistemas de gobierno (presidencialismo, parlamentarismo) y aun diferentes formas de Estado (monarquías, repúblicas, formas federales, unitarias etc.). La clasificación de los regímenes políticos actuales puede abordarse desde una perspectiva socio-política o desde un punto de vista socioeconómico.

En el primer sentido, se contraponen básicamente los regímenes pluralistas a los monocráticos. En los primeros, la competición política es libre y abierta a una diversidad de fuerzas, y la estructura constitucional responde a un sistema de equilibrio de poderes y de legalidad de la oposición. En las monocracias o regímenes unitarios la actividad política se monopoliza por una fuerza única o por una tendencia encarnada en un hombre o en un partido, y las instituciones se basan en la concentración o confusión de poderes y en la prohibición de toda oposición. Los regímenes monocráticos se subdividen a su vez entre los que responden a un propósito autoritario dirigido a asegurar el poder (fascismo, dictaduras afroasiáticas y latinoamericanas) y los que se proponen llevar a cabo una transformación revolucionaria de la sociedad (regímenes comunistas).

Las clasificaciones socioeconómicas ponen de relieve la interrelación entre el régimen político y la estructura económica, lo que permite diferenciar, por un lado, los sistemas capitalistas de los socialistas y, por otro, los subdesarrollados, los desarrollados y — como hace ANDRÉ HAURIOU — los superdesarrollados.

4 — *Atributos de la Constitución material*

A) *La supremacía*

“Las leyes constitucionales — afirmaba SALAS en 1821 — se llaman también fundamentales porque son el apoyo, el cimiento, el fundamento del edificio social que sin ellas no puede existir firme por largo tiempo”. La totalidad del ordenamiento jurídico se halla condicionado por las normas constitucionales, y ninguna autoridad estatal tiene más poderes legítimos que los que la Constitución le reconoce. Es común afirmar que las reglas constitucionales son a modo de premisas mayores cuyas consecuencias son desarrolladas por las leyes ordinarias.

Esta supremacía vale tanto para la Constitución material como para la formal en la medida en que el ordenamiento primario del Estado tiende a concretarse formalmente en uno o varios textos jurídicos dotados de un rango

privilegiado que, normalmente, conllevan la existencia de un procedimiento especialmente agravado para su reforma. La formulación del principio de la supremacía de la Constitución cuenta con notables precedentes en la historia de las doctrinas y de las instituciones jurídico-políticas, si bien su expresión más acabada se localiza en los orígenes del constitucionalismo norteamericano, vinculado a la lucha contra la Corona británica. La propia Constitución de 1787 se irrogó la condición de "Derecho supremo sobre la Tierra". Otras Constituciones ordenan expresamente la nulidad de las leyes que la contradicen. Valgan, como ejemplos, el art. 15.4. 2º de la irlandesa de 1937 y el 98 de la japonesa de 1946. En la española de 1978 se contienen varios preceptos que formalizan esta supremacía, muy particularmente el art. 9.1 — "los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico" — y, en aspectos más concretos, los artículos 53.1, 117.5, 161.1, 164 y la Disposición derogatoria 3, además del patrón de rigidez constitucional regulado a dos niveles en los artículos 167 y 168.

Esta superioridad de la Constitución frente al resto del ordenamiento jurídico estatal se anuda necesariamente a la compatibilidad de todas las reglas jurídicas secundarias o derivadas con las normas primarias o constitucionales. La Constitución expresa un orden unitario y positivizado de valores, a partir del cual, y en un orden jerárquico descendente, se sitúan escalonadamente las restantes fuentes del ordenamiento jurídico. Ni las leyes — orgánicas u ordinarias —, ni los tratados internacionales, ni los reglamentos y actos administrativos, ni, en fin, las decisiones judiciales, pueden, en pura lógica, oponerse al orden fundamental — *higher law* — encarnado en la Constitución. Para asegurar la subordinación de las leyes y demás fuentes jurídicas a la norma fundamental e, indirectamente, para frenar posibles abusos del Parlamento, se ha impuesto la necesidad de instituir una autoridad encargada de garantizar el control de la constitucionalidad de aquellas fuentes. Fue también en los Estados Unidos donde, por primera vez, se decretó la nulidad de una ley contraria a la Constitución por parte de un órgano jurisdiccional: se trata de la Sentencia de 24 de febrero de 1803, dictada por el Juez JOHN MARSHALL en el caso *Marbury contra Madison*, que impuso a los jueces la obligación de inaplicar cualquier ley que contradiga la Constitución, porque "siendo ésta la Ley fundamental y suprema de la Nación", toda disposición que repugne a la misma está viciada de radical nulidad.

A partir de las Constituciones alemana de 1919 y austríaca de 1920, el control de la constitucionalidad de las leyes se generalizó en Europa, confiándose por norma general a los tribunales constitucionales de naturaleza jurídico-política, de los que son ejemplos el "Tribunal de Garantías Constitucionales" que instituyó la Constitución española de 1931 y el "Tribunal Constitucional" creado por la de 1978.

La supremacía material de la Constitución frente a todas las normas jurídicas, debidamente conjugada con el principio de la armonización de los ordenamientos jurídicos subordinados, supone el deber de interpretar la totalidad de aquellas normas con arreglo a los valores y los preceptos constitucionales. Implícitamente, este principio de la interpretación conforme a la Constitución se expresa en el art. 3 del Código Civil, según el cual, "las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto,

los antecedentes históricos y legislativos, y *la realidad social* del tiempo en que han de ser aplicadas". La Constitución forma precisamente aquel contexto y refleja la realidad social con arreglo a los cuales deben interpretarse las reglas jurídicas.

En todo caso, las normas constitucionales operan como *dominantes* y, a consecuencia de su fuerza vinculante sobre el ordenamiento jurídico, adquiere también valor preeminente la doctrina legal e interpretativa de las sentencias del Tribunal Constitucional frente a la de cualesquiera órganos jurisdiccionales, como se expresa en el art. 161.1.a de la Constitución (la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta), y resulta de la alta misión que asume aquel Tribunal en su condición de "intérprete supremo de la Constitución", con el monopolio de decidir sobre la inconstitucionalidad de los actos normativos con rango de ley.

Sin embargo, antes de pensar en la inconstitucionalidad de una ley, los jueces o tribunales deben agotar todas las posibilidades de hallar una vía interpretativa congruente con la Constitución, para evitar el vacío normativo motivado por la anulación de la ley y respetar la presunción de constitucionalidad de las normas.

El encuadramiento de los órganos constitucionales y sus funciones dentro del marco de la Constitución presupone, primero, que ninguno puede usurpar lo que, constitucionalmente, es propio de otro, y, segundo, que está vetado a todos estos órganos delegar aquellas competencias que la norma fundamental le asigna expresamente. La práctica ha suavizado y aun quebrantado estos principios, pero, en todo caso, es necesario prever la existencia de una autoridad habilitada para decidir los conflictos de competencia que puedan plantearse entre los distintos *poderes* del Estado o entre entes investidos de autonomía. En ocasiones ha asumido esta competencia el poder judicial (Italia, República Federal Alemana), otras veces se ha confiado a tribunales mixtos (Tribunal de conflictos francés) o al Jefe del Estado (Real Decreto de 1887 y Ley de 17 de julio de 1948 en España). Tanto la Constitución de 1931 como la de 1978 han asignado al Tribunal Constitucional la decisión de los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades autónomas y los de éstas entre sí, ampliada a la de los que puedan plantearse entre los distintos órganos constitucionales del Estado.

B) *La efectividad*

Toda norma jurídica persigue un propósito concreto en el marco de la vida social. Pero, además de perseguir esta meta, debe ser capaz de conseguirla, es decir, debe ser *eficaz*. La eficacia es un atributo que pertenece a la misma esencia del Derecho, pues si una norma deja de ser obedecida por todos, aun manteniendo su vigencia formal, pasa a ser una regla inútil o perturbadora. Pierde su eficacia. Nuestro Código Civil contempla el principio de la eficacia de las normas jurídicas en su Título Preliminar (arts. 6 y 7).

Pero la eficacia no es suficiente; debe completarse con la efectividad. La primera es la capacidad para alcanzar el fin propuesto, mientras que la efecti-

vidad es la eficacia respaldada por el poder coactivo del Estado. Una norma es efectiva cuando, a su aceptación por la sociedad, añade la nota de imposibilidad inexorable o coercibilidad. Un ordenamiento jurídico exento de coercibilidad sería un contrasentido, porque es función esencial del Derecho establecer un mínimo de certidumbre y de estabilidad en las relaciones sociales y, por eso, como decía RECASENS SICHES, excluye ineludiblemente el azar y la inseguridad. La coercibilidad pertenece a la misma esencia del Derecho.

En la Constitución de 1978 la efectividad se consagra en el mandato del art. 9.1, que sujeta tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. En consecuencia, todas las normas constitucionales, sin excepción, incluidos los principios rectores de la política social y económica, huérfanos del amparo judicial directo (art. 53.2), vinculan a todos los jueces y tribunales, sea cual sea su grado y jurisdicción, y a todos los poderes públicos. En este sentido, el Tribunal Constitucional tiene declarado que "la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la *norma suprema de nuestro ordenamiento*, y en cuanto tal, tanto los ciudadanos como todos los Poderes Públicos, y por consiguiente, también los jueces y magistrados integrantes del poder judicial, están sujetos a ella (arts. 9.1 y 117.1). Por ello es indudable que sus preceptos son alegables ante los Tribunales" (Sent. de 28 abril de 1982).

Ahora bien, la coercibilidad o posibilidad de apelar a la coacción, en ocasiones se manifiesta como una fuerza más espiritual o psicológica que física. Algunas reglas jurídicas, incluso constitucionales, expresan en forma de normas jurídicas preceptos morales, usos y creencias sociales que están en la conciencia de muchos y que aceptamos espontáneamente como vinculantes y como deseables. No resulta difícil encontrar en las Constituciones y en las leyes preceptos que, sin dejar de ser Derecho, invaden el ámbito de la Política, de la Moral, de la Economía, etc. cuya eficacia no precisa de los resortes de la coacción. Piénsese, por ejemplo, en las normas organizativas, en las que tienen un contenido abstracto o impreciso, o en aquellas que en lugar de contemplar relaciones intersubjetivas, formulan aspiraciones cuya eficacia se apoya en motivaciones alejadas de la coacción. Recordamos a este respecto algunos preceptos de la extensa Constitución de 1812, como el que conmina a todos los españoles a ser justos y benéficos (art. 6), o el que centra el objetivo del Gobierno en la felicidad de la Nación y el bienestar de los individuos que la componen (art. 13), o el que manda proteger la religión católica con "leyes sabias y justas" (art. 12). Con razón dijo MERKL que "los más importantes preceptos del Derecho constitucional carecen de sanción y nadie duda, en cambio, de su carácter jurídico".

Ocurre sin embargo que la efectividad de las normas jurídicas y su presupuesto, la coercibilidad, son predicados que se dan en una intensidad variable, motivando una gama gradual de normas, desde aquellas que son altamente coercitivas hasta las que apoyan su eficacia en motivos alejados de la fuerza. Resulta, por tanto, aventurado, disponer — como hace el art. 105 de la Constitución de la República Democrática Alemana de 1968 — que la Constitución es derecho de "aplicación directa".

a) Existen, ciertamente, numerosas normas constitucionales que son de aplicación directa y primaria, no obstante cualquier ley contraria que debe entenderse derogada automáticamente sin necesidad de esperar a que sea anulada formalmente por el Tribunal Constitucional. Tal es el caso, según GARCÍA DE ENTERRÍA, de las normas sobre el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, y de las que se refieren a la organización y habilitación de los Poderes Públicos.

La Constitución de 1978 atribuye una efectividad reforzada o preferente — siguiendo las huellas de la Ley Fundamental de Bonn — a los derechos fundamentales y a las libertades públicas. Según el texto alemán (art. 1.3), las libertades que menciona se consideran “derecho inmediatamente válido”, y según el español (art. 53.1), “vinculan a todos los Poderes Públicos”, contando además con la cobertura especial de un procedimiento preferente y sumario y del amparo ante el Tribunal Constitucional (arts. 53.2 y 161.1.b).

Con ello, la Constitución española, siguiendo la pauta marcada por la progresista de 1869, establece un estatuto completo de la libertad, efectivo por sí mismo, que no necesita del complemento de leyes de desarrollo, para ser operativo inmediatamente, con la garantía, además, de que cuantas leyes — preceptivamente orgánicas (art. 81.1) — se dicten en este sentido, deberán respetar el *contenido esencial* de los derechos y libertades (art. 53.1).

La primera consecuencia de este punto de partida es la obligación que tienen todos los jueces y tribunales que conozcan de un proceso que afecte directamente a los derechos o libertades especialmente protegidos por la Constitución, de aplicar directamente ésta prescindiendo de cualquier norma anterior limitativa, que debe considerarse automáticamente derogada por oponerse a lo establecido por la Constitución (Disposición derogatoria 3). Esta conclusión es válida no solamente para las normas contenidas en leyes anteriores a la Constitución, sino también para las posteriores.

Los preceptos que forman la parte orgánica de la Constitución son también, en su mayor parte, de aplicación inmediata y directa por parte de los Poderes Públicos, independientemente de que existan o no normas ordinarias de desarrollo, y lo mismo si atañen a la estructura como si regulan el funcionamiento de los órganos constitucionales. En consecuencia, “todas las normas constitucionales que habiliten determinadas actuaciones a los órganos por ellas regulados son normas de aplicación inmediata, no obstante eventuales leyes anteriores contrarias, que han de entenderse derogadas” (GARCÍA DE ENTERRÍA).

b) En un segundo grado o nivel de efectividad están las otras normas constitucionales dotadas de menor carga política. Ante la eventual presencia de leyes anteriores a la Constitución opuestas o incompatibles con estas normas, el Tribunal Constitucional apela a las dicotomías *vigencia-derogación* y *constitucionalidad-inconstitucionalidad*, y afirma que “la inconstitucionalidad de las leyes anteriores conduce a unas consecuencias que pueden ser concurrentemente la derogación y la nulidad” (Sentencias de 2 de febrero y 8 de abril de 1981), admitiendo que los jueces y tribunales ordinarios pueden decidir por sí solos la derogación de las leyes preconstitucionales — aunque sólo con efectos ceñidos al caso concreto, con la inseguridad que ello comporta —, si

bien, cuando la solución del problema se les plantea dudosa, pueden someterla al Tribunal Constitucional (cuestión de inconstitucionalidad, con eficacia *erga omnes*). Este sistema intermedio contrasta tanto con el italiano que, separando los conceptos de derogación e inconstitucionalidad sobrevenida, asigna el monopolio de ésta al Tribunal Constitucional, como con el alemán, que reconoce a los tribunales ordinarios competencia para decidir sobre la derogación del derecho preconstitucional puesto a la Ley Fundamental de Bonn.

c) En otro nivel se encuentran aquellos preceptos que, aunque vinculantes para los tribunales y para todos los Poderes Públicos, no son de aplicación directa, porque precisan necesariamente de desarrollo legislativo para generar auténticos derechos subjetivos. Tal ocurre, en la Constitución española, con los "principios rectores de la política social y económica" del Capítulo III del Título I (arts. 39 a 52), así como los del Título VII (Economía y Hacienda). Acerca de los primeros, dispone el art. 53.3 que "sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen". En consecuencia, la eficacia de estas normas tiene un alcance esencialmente interpretativo de la legislación vigente, no sólo para garantizar el "mínimo existente", sino incluso para provocar la inconstitucionalidad de las disposiciones contrarias, y al mismo tiempo, se manifiesta como una fuerza que encauza la actividad legislativa en el sentido del Estado social de Derecho querido por la Constitución.

d) Finalmente, ocupan una posición especial las normas contenidas en leyes ordinarias — orgánicas o no — de contenido materialmente constitucional, desprovistas de todo rango jerárquico formal, aunque objetivamente integradas en el orden jurídico fundamental que sirve de soporte al sistema jurídico global.

III — TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN FORMAL

1 — La ley y la Constitución

A) La Ley

Mientras la norma jurídica es una proposición que prescribe un comportamiento y que cuenta con el respaldo de la coercibilidad, la ley es un acto elaborado por el hombre; es una decisión emanada regular y formalmente de los órganos que detentan el poder soberano del Estado. En otros términos, es el *acto dictado constitucionalmente por los titulares del poder legislativo*. La norma, según vimos, es un mandato jurídico, mientras que la ley, o disposición legal, es "la señal o el signo sensible mediante el cual se expresa aquel mandato" (FREDERICO DE CASTRO).

La esencia formal de la ley presupone, como nota esencial a la misma, que sea dictada con arreglo a la Constitución, esto es, que sea "suficientemente promulgada" — como se afirmaba en la clásica definición de FRANCISCO SUÁREZ — o "promulgada por aquel que tiene a su cargo el cuidado de la comunidad" — en expresión de TOMÁS DE AQUINO. De este requisito depende la validez de la ley.

La ley es, ante todo, la fuente más importante del Derecho. Es el continente más sólido de la norma jurídica. Pero conviene aclarar que ni todas las

normas jurídicas se hallan contenidas en leyes, ni todas las leyes significan o expresan necesariamente normas jurídicas. La coincidencia de ambos conceptos en el binomio *norma jurídica* – *ley* configura las llamadas leyes perfectas o propias, frente a las imperfectas o impropias, que son las leyes no normativas, como por ejemplo las que contienen definiciones o preceptos hipotéticos.

La Constitución de 1978, en el Preámbulo, considera la ley como “expresión de la voluntad popular”. Consecuentemente, se dictan por el órgano que ostenta la representación del pueblo español, o sea, por las Cortes Generales (art. 66). La perfección formal de la ley se consigue con el último acto del proceso legislativo, que es el de su publicación, dispuesta por el Rey (art. 91).

Hasta ahora hemos contemplado la Constitución desde su ángulo normativo o formal. Nos corresponde ahora detenernos en su vertiente formal o legal, por cuanto la Constitución como norma se complementa con la Constitución como ley, como la *Ley Fundamental* emanada del órgano dotado de poder legislativo constituyente. No obstante su origen político, la Constitución es, básicamente, una ley y, como tal, participa de los atributos propios de todo acto legislativo.

En el lenguaje jurídico y muy especialmente en los textos constitucionales, la palabra ley se utiliza para significar impropriamente otros conceptos, como pueden ser:

a) La norma jurídica contenida en la propia ley, confundiendo el contenido (mandato) con el continente (acto formal emanado del Estado). No es correcto, por tanto, afirmar que “no es lícito violar la ley”, pues lo que se viola, en todo caso, es la norma jurídica significada por ella. En el lenguaje clásico era frecuente esta confusión. Valga como ejemplo la conocida definición ciceroniana: “la ley es un principio recto e inspirado por los dioses, que nos manda aquello que es honesto y nos prohíbe hacer lo contrario”. Y la doctrina moderna aumenta el confusionismo cuando pretende diferenciar la ley formal (propriadamente dicha) de la ley material (mandato normativo). Las leyes son vehículos de expresión de la norma jurídica y, como tales, establecen, regulan, determinan, disponen, consagran, pero no deciden, ni limitan, ni garantizan, ni posibilitan. La fuerza no reside en la ley, sino en el mandato. En consecuencia, es correcto afirmar “los preceptos de las leyes” (art. 20.4 de la Constitución), “cuando así lo disponga la ley” (art. 119) etc. Es, en cambio, impropio, decir “la ley limitará” (arts. 18.4, 28), “la ley garantizará” o “posibilitará” (arts. 37, 39.2) etc. Sí, en cambio, deben predicarse de la ley las cualidades que se refieren a la forma: brevedad, claridad etc.

b) El ordenamiento jurídico en general, es decir, el propio Derecho constituido por la totalidad de los preceptos jurídicos vigentes. A este respecto, la terminología inglesa utiliza la expresión *common law*, que se extiende incluso a las costumbres, frente al *statute law* emanado del Parlamento. La Constitución utiliza correctamente la denominación “ordenamiento jurídico” en el art. 9, pero, en cambio, incurre en desviación al referirse repetidamente al “respeto a la ley” (arts. 6, 7, 10), a la “igualdad ante la ley” (art. 14.39), etc. En la Constitución italiana el uso de la palabra ley como sinónima de ordenamiento jurídico se utiliza continuamente: arts. 3, 8, 15, 33, 35, 36, 46, 54, 126, etc.

c) La autoridad del Estado se designa asimismo con la palabra ley en expresiones como "en nombre de la ley", "el peso inflexible de la ley", *dura lex sed lex*. En la propia Constitución se habla del "imperio de la ley" (Preámbulo y art. 117.1).

B) *Predicados de la ley: generalidad, estabilidad y superioridad*

a) La ley es, esencialmente, un acto general, es decir, un acto abstracto e impersonal. Su rango le impide contemplar situaciones concretas e individualizadas. "La ley — decía FRANCISCO SUÁREZ — pretende beneficiar a todos y por todos deberá ser acatada; nunca se preocupa de una persona singular". Sin embargo, esta generalidad no debe interpretarse de un modo radical, sino como una categoría opuesta a la individualidad. El número de sujetos a los que la ley se aplica carece de trascendencia, y bien puede suceder que, en el momento de publicarse exista sólo una o pocas personas que reúnan las condiciones precisas para aplicar la norma expresada en la ley. La generalidad no se mide cuantitativa, sino cualitativamente. Lo que opone las normas particulares a las legales es que, en aquéllas, los individuos se consideran *uti singuli* y, en estas, *uti universitas*.

Lo que ocurre es que en la sociedad actual, sujeta a la presión de una compleja gama de grupos, la generalidad de la ley sucumbe con frecuencia a la tentación del legislador de sancionar disposiciones especiales que generan desigualdades y conflictos en la medida en que crean discriminaciones camufladas bajo una apariencia de generalidad. Se cita a este respecto la ley francesa de 14 de septiembre de 1941, que reformó el art. 331 del Código Civil, con el único fin de que una persona concreta pudiera adoptar un hijo ilegítimo.

Es indudable que el fabuloso incremento de las funciones públicas incide en la esencia de la ley, que corre el peligro de convertirse en un vehículo de formalización o registro de normas que sirven a unas ideologías o a unos intereses concretos, con la secuela de una incesante proliferación de actos legislativos y el consiguiente desprestigio que ello entraña (*corruptissima respublica plurimae leges*). Ello explica que la doctrina de la generalidad de la ley, que fue dogma para los filósofos y juristas de la Antigüedad (ARISTÓTELES, PAPINIANO, CELSO, ULPIANO), principio indiscutido por ROUSSEAU y la generalidad de los autores modernos, haya sido negado por juristas contemporáneos de la talla de LABAND, JELLINEK y CARRÉ DE MALBERG, entre otros.

b) Junto a la generalidad, se predica de la ley la vocación de permanencia o de duración indeterminada del mandato que contiene, que, obviamente, no implica ni perpetuidad ni rechaza la elasticidad, sino simplemente, durabilidad o, por lo menos, ausencia de derogación anticipada. La esencia de la ley está reñida con todo acto contingente o "de temporada".

La *vigencia* de la ley tiene un alcance no solo personal (generalidad), sino también temporal (estabilidad). En el ámbito del Derecho Constitucional se ha planteado el problema de las normas dotadas formalmente de vigencia permanente (normas inmutables), que responden a un dogmatismo jurídico de escaso valor práctico y una invitación a la ruptura constitucional o al golpe

de Estado. Por regla general, estas normas *inmutables* se han centrado en aquellos preceptos que definen “el espíritu de la Constitución”, su esencia, sus principios fundamentales, etc. (Constitución noruega — art. 112 —, egipcia de 1930 — art. 145 —, etc.). La Ley española de 17 de mayo de 1958 promulgó los “Principios del Movimiento Nacional”, síntesis de los que inspiraban las leyes fundamentales, como *permanentes e inalterables*. La Constitución griega de 1952 no solo excluyó para siempre la revisión total de la misma, sino que también sustrajo a perpetuidad la reforma de las disposiciones que configuran a Grecia como una “democracia coronada” y todas las demás disposiciones reputadas como “fundamentales” (con ello, sin embargo, no se evitó el pronunciamiento militar de 1967).

Con mayor frecuencia estos límites sustanciales *permanentes* o prohibiciones absolutas de modificación tienen un ámbito más limitado. Así, todas las Constituciones francesas, desde 1875, prohíben modificar o revisar la forma republicana de gobierno, cláusula que se repite en otros textos políticos, como la Constitución italiana de 1947 (art. 139), la brasileña de 1967, etc. En otras ocasiones ha sido la forma monárquica la declarada irreformable, como ocurre en Marruecos y también las Constituciones griega de 1952, camboyana de 1956 etc. También la Ley Fundamental de Bonn (art. 79.3) considera ilícita toda modificación que afecte “a la división de la Federación en Estados, a los fundamentos de la cooperación de los Estados en la potestad legislativa o a los principios” relativos a la dignidad humana, al Estado de derecho democrático y social, a la soberanía del pueblo y a la división de poderes, consagrando además — art. 19.2 — la inmutabilidad del contenido esencial de los derechos fundamentales.

c) Entre todos los actos que emanan de la voluntad del Estado, la ley ostenta una *superioridad o preeminencia* indiscutidas. Ningún acto del Estado puede ser superior a la ley. Es la primera entre todas las fuentes del Derecho, y por ello prevalece y se impone frente a cualquier otra. BLUNTSCHLI llamó a la ley el “verbo perfecto del Derecho”, y DEL VECCHIO la calificó de “pronunciamiento solemne del Derecho y expresión racional del mismo”, que es “conjuntamente pensamiento y voluntad, porque comprende una determinación lógica y un acto de imperio”.

La tradición británica resume esta primacía jerárquica de la ley en la bien conocida frase atribuida a LOLME, según la cual el legislador (Parlamento) puede hacerlo todo menos convertir a un hombre en mujer y a una mujer en hombre. Y los revolucionarios franceses, tras hablar de la santidad de las leyes y de erigirles un templo, veían en ellas la personificación viviente de la suprema razón fundada en la naturaleza de las cosas, de la misma manera que el rey había supuesto otrora la personificación de un poder investido por Dios.

Hoy, la supremacía de la ley se justifica en la medida en que es *expresión de la voluntad popular*, como indica el Preámbulo de la Constitución, renovando la tradición del *consensus populi* de origen germánico que fue revitalizada por ROUSSEAU y los revolucionarios americanos y franceses. Ahora bien, para expresar esta voluntad, el pueblo se vale de los órganos que tienen atribuida su representación. Por ello, el art. 66 de la Constitución establece que “las Cortes ejercen

la potestad legislativa del Estado" tras afirmar que "representan al pueblo español".

En todo caso, el proceso legislativo canaliza la función soberana de expresar aquella voluntad popular, lo mismo cuando se limita a descubrir o declarar el derecho que preexistía en la conciencia popular (misión destacada especialmente por la Escuela histórica) que cuando lo crea o elabora con gran dosis de discrecionalidad. Ciertamente que todos los actos estatales — políticos, administrativos, jurisdiccionales — crean derecho y pueden encerrar normas jurídicas, pero en todo caso deben actuar dentro de los cauces previamente determinados por la ley y con sujeción a las normas contenidas en la misma, es decir, con sujeción "a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico", como se afirma en el art. 9.1 del código político fundamental.

2 — *La Constitución formal: concepto y clases*

A) *Concepto*

Si las normas que regulan el orden jurídico-político fundamental forman, en su conjunto, la Constitución material, la formalización de estas normas en uno o más textos legales, a los que se reconoce rango jerárquico superior, se traduce en la Constitución formal. Aquélla se define por su contenido; ésta, por la técnica jurídica de su elaboración y de su reforma. La Constitución formal es, por tanto, el documento (o documentos) legal elaborado por el órgano que ejerce la potestad constituyente, con arreglo al procedimiento adecuado, que reúne sistemáticamente las normas fundamentales del régimen político.

La Constitución formal se contiene en un instrumento legal o, excepcionalmente en varios, que se suele identificar con la referencia del año de su promulgación — Constituciones de 1876, de 1931, de 1978 — o de un lugar o persona significativos en relación con su origen — Constituciones de Bayona, de Cádiz, de Weimar, de Querétaro, de Bonn, canovista, Estatuto albertino. Su contenido aspira a sistematizar las normas que integran la Constitución material, aunque sin lograrlo nunca, tanto porque no incluye todas las reglas materialmente constitucionales, como porque regula con frecuencia materias derivadas o secundarias alejadas de la órbita fundamental del ordenamiento jurídico.

Por una parte, un buen sector de materias objetivamente constitucionales se contienen en las leyes orgánicas y ordinarias, especialmente en las electorales, en los reglamentos parlamentarios, en los Estatutos de autonomía etc. Por otra parte, son frecuentes los ejemplos de normas de detalle contenidas impropia-mente en las Constituciones formales: la de Cádiz regulaba con profusión las misas solemnes "de Espíritu Santo" y los sermones que en ellas debían pronunciar los eclesiásticos de turno durante el proceso electoral (arts. 47, 71, 86); la india de 1950 prohíbe a los funcionarios recibir honores y regalos de Estados extranjeros (art. 18); la suiza de 1874 se refiere a la matanza de animales y al transporte de combustibles (arts. 25 bis y 26 bis) etc., etc., Deberían evitarse los

textos excesivamente detallistas, que regulan con precisión materias mudables y de detalle, procurando, en cambio, consolidar Constituciones comprensivas, de contenido preciso y abiertas al futuro, huyendo de expresiones retóricas y de promesas utópicas que coadyuvan a su inoperancia.

Entre las definiciones significativas de Constitución formal, destacamos las siguientes:

Para JOVELLANOS, es “el conjunto de leyes fundamentales que fijan los derechos del soberano y sus súbditos, y los medios saludables de preservar unos y otros”.

CARRÉ DE MALBERG la definía como “la ley de organización o régimen estatal para el ejercicio de la soberanía”; BURDEAU, como el “conjunto de normas emanadas del poder constituyente y dictadas según el procedimiento especial previsto para establecer o modificar la Constitución”, y más recientemente — entre los autores franceses — JACQUES CADART escribe que “es el documento escrito que contiene las reglas de derecho que poseen un valor jurídico superior a las demás, normalmente elaborado y siempre revisado según un procedimiento especial”.

Para KARL LOEWENSTEIN, se define como “uno o varios documentos formulados por escrito que, con ilación lógica, fijan las normas más importantes por las que se realiza el proceso de decisión política de una comunidad”.

B) *Constituciones otorgadas, pactadas e impuestas*

Atendiendo a la naturaleza del órgano que tiene atribuido el poder constituyente, se ha generalizado la clasificación de las *Constituciones formales en otorgadas, pactadas e impuestas*, coincidente, por otra parte, con tres momentos históricos sucesivos.

a) Las Constituciones otorgadas responden a una concesión unilateral del soberano o del titular del poder político a favor del pueblo, al que concede determinadas garantías jurídico-políticas, pero prescindiendo de su participación. Aunque, históricamente, estas Constituciones surgieron como consecuencia de las presiones políticas ejercidas sobre el monarca — visibles ya en las *Cartas medievales* — y marcan el tránsito de la *monarquía absoluta* a la *monarquía limitada*, jurídicamente son todavía fruto de la liberalidad del soberano, quien, en el ejercicio de sus facultades, decide autolimitar su poder absoluto por medio de una Constitución. Fueron otorgados algunos textos germánicos posteriores al Congreso de Viena, como las Constituciones de Baden y Baviera (vigente ésta hasta 1919); las promulgadas por Napoleón en los países conquistados con el propósito de institucionalizar el “bonapartismo”, como las que dió en los Países Bajos, en Westfalia, en Nápoles y en España (Constitución de 1808 llamada de Bayona). Asimismo fueron Códigos otorgados, la Carta francesa de 1814, el *Estatuto Real español de 1834*, el *Estatuto albertino italiano de 1848*, las Constituciones monegasca de 1911 y abisinia de 1931 y de hecho, las Leyes Fundamentales del régimen franquista.

b) Las Constituciones pactadas reflejan el periodo de transición entre la soberanía regia y la popular, teorizada por el liberalismo doctrinario. Emanan de un acuerdo entre el monarca o el jefe del Estado y la representación popular expresada en el Parlamento. El peligro de las Constituciones pactadas estriba en la desigualdad que existe entre las partes, que puede convertirlas en unas estipulaciones unilaterales camufladas, como ocurrió con los textos ingleses clásicos y con la Carta francesa de 1830. En España fueron pactadas las Constituciones de 1845 y 1876, decretadas y sancionadas por Isabel II y por Alfonso XII, respectivamente, "en unión y de acuerdo con las Cortes". Otros ejemplos son la francesa de 1791, la de Wurtemberg de 1819, la griega de 1844, la rumana de 1864 y la búlgara de 1879.

c) Finalmente, las Constituciones impuestas se apoyan en el principio de la soberanía nacional, y emanan por tanto de una asamblea constituyente que representa al pueblo. En ocasiones, una vez elaboradas y aprobadas por la asamblea, se someten a referéndum popular para convalidar su legitimidad. No se requirió esta intervención directa del pueblo, por ejemplo, para promulgar las primeras Constituciones de las ex-colonias inglesas de América del Norte, ni para la federal de 1787, las francesas de 1848 y 1875, las españolas de 1812, 1837, 1869 y 1931, y la mayoría de las europeas de la primera postguerra. En cambio se exige el referéndum popular en Suiza, en algunos Estados norteamericanos federados y se aplicó para la aprobación de las Constituciones de Austria de 1920, de Irlanda de 1937, de Francia de 1946 y 1958, de Italia de 1947 y de España de 1978, entre otras.

C) *Constituciones rígidas y flexibles*

El vizconde escocés JAMES BRYCE, autor del primero y uno de los mejores tratados de Derecho constitucional norteamericano, *The American Commonwealth* (1888), clasificó las Constituciones en dos grandes grupos atendiendo al mecanismo de su reforma: rígidas y flexibles. Las flexibles son aquellas que pueden ser revisadas en cualquier momento con arreglo al procedimiento legislativo ordinario. Las rígidas — o firmes — sólo pueden ser revisadas con sujeción a un mecanismo especial que dificulta la reforma, ya sea: 1) porque requiere la intervención de órganos legislativos especiales que actúan a modo de superlegisladores (asamblea constituyente, participación directa del pueblo); 2) porque se prevé un procedimiento legislativo más complejo que el ordinario (mayoría cualificada, votación reiterada, actuación conjunta de ambas cámaras); 3) porque se prohíbe la reforma durante un tiempo determinado (rigidez eventual), o 4) porque se combinan algunas de estas técnicas.

La idea de Constitución flexible es, en la actualidad, muy discutida, y pone en juego el mismo concepto de Constitución formal. Como ley que vincula a todos los Poderes Públicos, resulta difícil admitir su flexibilidad. Lo que ocurre es que pueden existir instituciones políticas que carecen de Constitución formal que las regule, como ocurría en las monarquías absolutas y pasa aun en Gran Bretaña.

Las instituciones políticas británicas, no exentas, por otra parte, de leyes que las regulan, se han ido consolidando a lo largo de una lenta evolución histórica, y el Parlamento las ha ido normalizando mediante leyes ordinarias de contenido materialmente constitucional. Así, por ejemplo, la *Parliamentary Act* de 1949, no obstante su contenido propiamente constitucional, fue votada como cualquier otra ley ordinaria. Y es que, en el Reino Unido, jurídicamente, nada puede prohibir al Parlamento ni siquiera que elimine el sistema parlamentario o que lesione los derechos fundamentales. Las fuerzas que aseguran el fundamento del régimen británico y que canalizan la acción del Parlamento tienen un alcance mucho más sólido y eficaz que las simples técnicas jurídico-formales. Por esta razón, ya TOCQUEVILLE afirmó que Inglaterra carecía de Constitución. Y ello es cierto si se parte del principio jurídico de la primacía de la forma sobre el contenido.

Con este punto de partida no falta quien niegue la posibilidad de que existan Constituciones flexibles propiamente dichas. No obstante, los políticos conservadores — BURKE, DE MAISTRE, DE BONALD — defendieron con ahinco la ausencia de rigidez constitucional, en la medida en que corre el riesgo de convertirse en un instrumento al servicio de la razón o de los intereses políticos que frena la natural evolución de las instituciones. CÁNOVAS DEL CASTILLO, para justificar la flexibilidad de la Constitución de 1876 afirmaba que “no es sino una ley como otra cualquiera que puede interpretarse y aun modificarse por otra ley, porque ninguno más que los atributos de las leyes ordinarias tiene la ley que es hoy Constitución del Estado”.

Ejemplos de Constituciones escritas que eluden toda rigidez, equiparándose formalmente a leyes ordinarias, los ofrecen las españolas de 1834, 1837, 1845 y 1876; las Cartas francesas de 1799, 1814 y 1930; el Estatuto italiano de 1848; las Constituciones rusa de 1918, irlandesa de 1922, neozelandesa de 1852 (aun vigente), entre otras. Los revolucionarios reaccionaron sin embargo contra esta orientación tradicionalista y destacaron, en cambio, la importancia decisiva de la ley que se impone a los Poderes Públicos y que limita la autoridad de los gobernantes y, con este punto de partida, el constitucionalismo contemporáneo defiende la rigidez constitucional en la medida en que: 1) asegura la relativa continuidad de los elementos esenciales del orden jurídico fundamental; 2) representa una garantía del pacto social concluido entre los ciudadanos en el momento de ejercitar el poder constituyente; 3) es una barrera frente a las luchas entre los Partidos y a las divisiones sociales, que frena las consecuencias de la inestabilidad política; 4) contribuye a que las reformas que se planteen sean fruto de una reflexión madura y cuenten con el respaldo del pueblo.

El principio de la rigidez constitucional se impuso en las primeras Constituciones escritas de los diversos Estados norteamericanos a partir de 1776 y en la federal de 1787. En Europa, los textos franceses de 1791, 1793 y 1795 lo acogieron por primera vez y hoy se ha convertido en principio aceptado de una manera general y en ocasiones, como ocurre en la Constitución española de 1978, en grado excesivo.

D) *Constituciones escritas y consuetudinarias*

Las Constituciones formales se concretan en uno o varios textos escritos. En consecuencia, desde una perspectiva técnico-jurídica, no puede hablarse de Constituciones consuetudinarias, sin perjuicio de que, junto al texto formal o positivo, coexista una *praxis* política que no solo lo completa e interpreta, sino que le imprime una orientación característica y explica que textos análogos se vivan de manera muy distinta. La expresión Constitución consuetudinaria se centra en este conjunto de usos y de prácticas consagrados por una vigencia continuada.

Hasta finales del siglo XVIII, si se exceptúan algunos textos aislados como los ingleses de 1215, 1689 y 1701, la organización fundamental del Estado venía dada por la tradición y por los usos, y los teóricos del tradicionalismo político insistieron en la superioridad de las Constituciones consuetudinarias sobre las escritas porque recogen el tesoro acumulado de la experiencia histórica y asimilan de modo progresivo y lento las innovaciones que son positivas para la nación. "La Constitución — decía DE BONALD — es existencia y naturaleza, y no se pueden escribir ni la existencia ni la naturaleza". Pero, a partir del movimiento constitucionalista iniciado a finales del siglo XVIII en América y en Francia se impuso la creencia de que la Constitución presupone un contenido racional respaldado por la voluntad de los ciudadanos — "un esfuerzo reflexivo y constructivo del pensamiento" (BURDEAU) — que solamente puede hallar expresión en un texto escrito que recoja de modo permanente y objetivo el orden jurídico fundamental.

Las Constituciones escritas son, por tanto, el resultado de la racionalización del Derecho y del Estado, que presupone, como afirmaba HELLER, dos procesos distintos: uno de análisis de la realidad social y de las situaciones de hecho que la misma ofrece con carácter de generalidad para deducir los preceptos jurídicos que la rigen, y un segundo proceso de sistematización u ordenación lógica de aquellos preceptos jurídicos obtenidos por análisis, en un sistema unitario y congruente de reglas de Derecho.

Y así, desde las revoluciones que sirven de pórtico a la Edad Contemporánea, se impusieron los textos escritos de Derecho constitucional positivo, a modo de cuerpos legales codificados, dotados de especial jerarquía y solemnidad frente a las demás fuentes del Derecho.

Ahora bien, junto a estas leyes constitucionales escritas sigue operando la *praxis* que las interpreta, completa y que incluso puede contradecirlas, no siempre con el propósito de falsearlas. Este fenómeno es visible en los sistemas comunistas y en los países jóvenes en vías de desarrollo, en unos por la presión de los principios revolucionarios y en otros por la inadaptación del texto escrito al orden preexistente.

En la actualidad no puede admitirse la existencia de Constituciones exclusivamente consuetudinarias, pues aun en los países en que la vida política se

rige por usos, prácticas y precedentes, existen numerosos textos fundamentales. El ejemplo típico lo ofrece el Reino Unido, cuya Constitución material es fruto de una larga evolución, contando sin embargo con una larga serie de leyes escritas de rango constitucional, desde la Carta Magna de 1215 a las modernas leyes parlamentarias de 1911 y 1949, aunque ninguna de ellas esté dotada de rigidez formal.

Las Constituciones formales son, en la época actual, rígidas por vocación y escritas por esencia. Son excepcionales las flexibles e inexistentes las consuetudinarias. Solo las escritas, aunque vitalizadas por usos y prácticas, pueden asumir una función política estabilizadora y asegurar el ordenamiento jurídico de la realidad política. Con este propósito, las Constituciones escritas han servido de poderosa arma a los siguientes movimientos políticos: primero a la corriente unificadora de las monarquías modernas frente al pluralismo desintegrador de la Edad Media, después a la tendencia liberal burguesa en lucha con el absolutismo y, en fin, a la ideología de base democrática orientada a asegurar un orden social y económico justo.

En términos precisos no cabe, por tanto, hablar de costumbres constitucionales como genuinas fuentes del Derecho. Existen, eso sí, unos usos y prácticas de naturaleza política, en los que concurren incluso las notas de repetición, de constancia, de aceptación (consensus) y de precisión, pero carecen en cambio de las garantías de coercibilidad y de obligatoriedad esenciales a las normas jurídicas. Tales usos cumplen una esencial función de integración, de adaptación y de interpretación, pero, por un lado, pueden ser derogados o modificados en cualquier momento por el Poder Legislativo ordinario y, por otro — como decía DICEY —, no son ni reconocidos ni aplicados por los Tribunales.

La existencia de estas prácticas, convenciones o usos es perfectamente compatible con la vigencia de las Constituciones escritas, y no puede negarse que encierran el germen de un derecho en gestación, aun no formalizado, con gran potencialidad creadora. En ellos se encuentra el origen de numerosas instituciones y mecanismos que han adquirido fuerza jurídico-constitucional, como la colegialidad del gobierno, la responsabilidad política, la presidencia del Consejo de Ministros, la práctica de los decretos-leyes etc. Pero, en todo caso, constituyen un área no jurídica, al margen del orden racionalizado por la Constitución escrita. Tienen gran valor político para llenar vacíos legislativos y para adecuar el ordenamiento legal a los supuestos imprevistos que depara la dinámica político-social, pero operan únicamente *praeter* (o *extra*) *legem* y *secundum* (o *propter*) *legem*; en ningún caso *contra legem*, pues las frecuentes prácticas anti-jurídicas — comunes en todas las ramas del Derecho — no pueden integrarse en el ordenamiento jurídico fundamental porque no son sino violaciones de la Constitución, independientemente de sus posibilidades de transformarse en futuras normas jurídicas. El Derecho puede nacer de la violación del Derecho.

Mucho se ha discutido sobre la naturaleza de estas prácticas constitucionales designadas con una pluralidad de expresiones: *conventions of the Constitution*

(Gran Bretaña), *usages of the Constitution* (Estados Unidos), normas de cortesía constitucional (Italia) etc. No falta quien les asigne un fundamento jurídico que las aproxima a las costumbres, sobretudo entre los autores franceses (CHEVALLIER, BURDEAU, PRÉLOT, CADART), siguiendo el criterio de HAURIUO, que las consideraba como normas sancionadas por la opinión de los círculos competentes que participan en el juego constitucional. Para JENNINGS son "la carne que recubre el hueso seco de la ley". Y el propio GARCÍA-PELAYO entiende que son una "creación social del Derecho, del poder normativo de lo fáctico; son normas coactivas, no porque sean jurídicas, sino porque son esenciales a la estructura constitucional, y porque su cumplimiento puede ser exigido por órganos concretos". Excepcionalmente, R. CAPITANT — y en una línea próxima LÉVY y CHANTEBOUT — reconocen incluso valor jurídico a los usos constitucionales *contra legem*.

Admitimos incluso que la ley constitucional, sin estas prácticas, quedaría desprovista de un apoyo vitalizador esencial (*leges sine moribus vanae proficiunt*), pero, en todo caso, los usos constitucionales carecen de la intención jurídica esencial a las fuentes del Derecho, incluida la costumbre. La costumbre crea Derecho sin la intervención de los órganos estatales: es el consentimiento tácito del pueblo inveterado por el largo uso (ULPIANO). Frente a ella, los usos constitucionales, ni siempre reciben una confirmación temporalmente continuada, ni reúnen de modo obligatorio los requisitos de la generalidad (pueden surgir de una situación concreta o particularizada) o del arraigo social (pueden desaparecer sin dejar rastro). De ahí que, con buen criterio, la doctrina italiana dominante subraye su carácter esencialmente político, huérfano de la convicción de ser Derecho propiamente dicho.

3 — *Las Constituciones escritas*

A) *Constituciones codificadas y fragmentadas*

Las Constituciones escritas pueden ser codificadas o únicas — formuladas en un solo documento sistemáticamente articulado — y fragmentadas o dispersas — si se contienen en varios textos distintos, de promulgación simultánea o sucesiva, dotados de rango constitucional. Las ventajas que resultan de la sistemática, de la congruencia y de la integración de los preceptos constitucionales aconsejan las Constituciones únicas. Sin embargo, son numerosos los ejemplos de Constituciones fragmentadas. Prescindiendo de los casos especiales del Reino Unido, con sus variados textos fundamentales, y de los Estados Unidos, con un sistema de *Enmiendas* añadidas sucesivamente a la Constitución de 1787, son típicos los siguientes ejemplos:

a) Suécia, donde el *Instrumento de Gobierno* de 1809, se completaba con las leyes orgánicas del Parlamento (de 1866, 1900, 1921, 1949 y 1970), de Prensa (1949) y de Sucesión (1810). La actual Constitución de 1974 refunde las primeras, pero mantiene separada esta última con rango constitucional. También

Dinamarca, Japón y Tailandia conservan sus respectivas leyes de sucesión independientes de la Constitución, aunque con idéntico rango.

b) Finlandia cuenta, al lado de su Constitución de 1917, con una Ley Orgánica del Parlamento (de 1928), lo mismo que Nueva Zelanda y Sri Lanka.

c) Otros países tienen codificada la parte orgánica de la Constitución y dispersa la dogmática. Así, la francesa de la III República constaba de tres Leyes constitucionales, sobre el Senado, sobre la organización de los Poderes Públicos y sobre las relaciones entre éstos. Y la de la IV República, de 1946, limitaba la parte dogmática al Preámbulo, cuya vigencia se reitera en la de la V República, de 1958, sin pasar al articulado. Asimismo, la austríaca de 1920 y la finlandesa de 1928, únicas que sobreviven entre las europeas de la primera postguerra, se contraen a la parte orgánica, manteniendo dispersos los preceptos restantes. De ahí la tendencia a considerarlas Constituciones *atípicas*, pues sólo cumplen con uno de los requisitos exigidos por el art. 16 de la Declaración francesa de 1879: la división de poderes, prescindiendo de la declaración de derechos.

d) Uno de los ejemplos más significativos de Constitución fragmentada lo ofrecen las siete *Leyes Fundamentales* del régimen franquista, promulgadas entre 1938 y 1967. Es significativa la denominación "leyes fundamentales", utilizada ya en el siglo XV, que se adoptó para alejar la carga ideológica de la palabra Constitución, incompatible con los postulados de la concentración y la personalización del poder. También se ha destacado el carácter de provisionalidad que encierra la denominación "ley fundamental", especialmente en relación con el texto alemán de Bonn, frente a la vocación de permanencia de las Constituciones.

En el siglo XIX, el Proyecto constitucional de BRAVO MURILLO de 1852 comprendía una ley fundamental (Constitución) y ocho orgánicas, "cuyo conjunto ha de componer lo más esencial de las instituciones políticas del Reino, formando un todo cuyas partes se hallan de tal modo enlazadas entre sí, que no podrá acaso alterarse una de ellas sin desconcertar todo el sistema". Igualmente, el texto no promulgado de 1856 mantenía el carácter fragmentado de la Constitución en su art. 92, al establecer que "son parte integrante de la Constitución, considerándose para su reforma y todos sus efectos como artículos constitucionales, las bases de las leyes orgánicas siguientes: 1ª) La Ley electoral. 2ª) La de relaciones entre los Cuerpos Colegisladores. 3ª) La del Consejo de Estado. 4ª) La de gobierno y administración provincial y municipal. 5ª) La de organización de los tribunales. 6ª) La de milicia nacional".

Las Constituciones escritas suelen clasificarse también en breves y extensas, aunque la presencia en ellas de artículos subdivididos en párrafos o apartados, aconseja no apoyarse exclusivamente en el número de aquéllos para enjuiciar la extensión o brevedad de una Constitución. Como ejemplo de Constituciones breves se cuentan, entre las españolas, el Estatuto de 1834 (50 artículos), el Proyecto de 1836 (55 arts.) y las de 1837 (77 arts.), 1845 (80 arts.) y 1976 (89

arts.), y, entre las extranjeras, destacamos las siguientes que no alcanzan los 100 artículos: de Dinamarca, Finlandia, Francia, Hungría, Irlanda, Islandia, Mónaco, Filipinas, Indonesia, Laos, Nueva Zelanda, Sri Lanka, Tailandia etc.

Y, entre las más extensas, la española de 1812, con 384 artículos, la india de 1950, con 393 y la yugoeslava de 1974, con 406.

La Constitución de 1978, con sus 169 artículos (algunos divididos en extensos apartados, como los 148, 149 y 151), más cuatro disposiciones adicionales, nueve transitorias, una derogatoria y una final, es la más extensa de las españolas, después de la de 1812. Las leyes fundamentales franquistas sumaban, en junto, 268 artículos.

B) Estructura y contenido

Las Constituciones codificadas responden generalmente a un esquema que, con las consiguientes variantes, consta de las siguientes partes:

a) El *Preámbulo*, que precede al articulado a modo de introducción solemne, resume las grandes decisiones y los grandes principios políticos que informan el texto constitucional. Suele invocar el sujeto del poder constituyente, así como los valores de la justicia, la libertad, la igualdad, el bien común etc. Se ha discutido el valor jurídico de los preámbulos, que consideramos debe ser reconocido en base a tener su origen en la voluntad del órgano constituyente.

En la Constitución francesa de 1958 el preámbulo contiene todo su fundamento dogmático, en la medida en que mantiene la vigencia de los derechos del hombre y del principio de la soberanía nacional, tal como fueron definidos en la Declaración de 1789 y completados por el Preámbulo de la Constitución de 1946 cuya vigencia se mantiene.

El lenguaje declarativo y programático propio de los textos constitucionales se acentúa en los preámbulos de las Constituciones. PREDIERI habla a este respecto de la "polivalencia semiológica de las palabras y las locuciones usadas" y de un "sistema lingüístico de valores" que permite una gran ductilidad. Piénsese en la evolución y adaptación del alcance conceptual y jurídico de conceptos como los de "propiedad", "mercado", "orden público", "participación", "intervención", y tantos otros que ponen en evidencia la elasticidad — espacial y temporal — de las Constituciones.

A este respecto, es significativo el Preámbulo de la Constitución norteamericana de 1787: "Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una unión más perfecta, establecer la justicia, afianzar la tranquilidad interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general y asegurar para nosotros mismos y para nuestros descendientes los beneficios de la libertad, promulgamos y sancionamos esta Constitución."

La Constitución de 1978 inicia su Preámbulo con estas palabras significativas: "La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, procla-

ma su voluntad de"... y enumera seguidamente las seis grandes decisiones que soportan el sistema político.

b) La parte *preliminar* o *introdutoria* del articulado se centra, básicamente, en la concreción del régimen político o de la forma de Estado, en los principios que lo informan, el sistema de gobierno y los símbolos representativos fundamentales. Con esta orientación, la Constitución española recoge, como punto de partida, la fórmula del Estado social y democrático de Derecho y el principio de la sujeción de los ciudadanos y los Poderes Públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (arts. 1.1 y 9.1), con visible influjo de la Ley Fundamental de Bonn (arts. 20, 23 y 28). Propugna, como valores superiores de ese ordenamiento: la libertad y la igualdad — "reales y efectivas" —, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (arts. 1.1 y 9.2); afirma el principio de la soberanía nacional y el de la indisoluble unidad de la Nación española junto al derecho a la autonomía y nacionalidades que la integran (arts. 1.2 y 2), y define la forma política como una Monarquía parlamentaria (art. 1.3). Particular característica de la Constitución de 1978 es la referencia, en su título preliminar, a los partidos políticos, a los sindicatos y asociaciones empresariales y a las fuerzas armadas, destacando así la importancia que corresponde a estas instituciones en el marco del Estado moderno (arts. 6, 7 y 8).

c) Completa la parte dogmática la regulación de los *derechos y deberes fundamentales* y de sus garantías. Estas declaraciones nacieron como textos separados, de los que son ejemplo — salvando los precedentes medievales — los de Filadelfia (1774), de Virginia (1776) y de los restantes Estados norteamericanos emancipados, la francesa (1789) incorporada luego en la Constitución de 1971 etc. Actualmente, tiene cada vez más adeptos la tendencia a sustituir esta parte dogmática de la Constitución por una remisión a los textos internacionales, es decir, a la Declaración Internacional adoptada por la ONU en 1946 y, muy especialmente al Convenio Europeo de los Derechos del Hombre de 1950 y a la Carta Social Europea de 1961, con lo cual no solamente se supera un escollo polémico, sino que se contribuye eficazmente a la internacionalización de los Derechos del hombre, lograda ya en los países miembros del Consejo de Europa.

Lejos de esta opción, la Constitución española dedica el más extenso de sus títulos, el primero, subdividido en cinco capítulos (arts. 10 al 55) a los derechos y deberes fundamentales y a sus garantías, incluyendo los llamados "principios rectores de la política social y económica", que deben inspirar la acción de los Poderes Públicos, pero que no son alegables directamente ante los Tribunales de justicia (art. 53.3), razón por la cual forman lo que PÉRES-BARBA ha denominado el "elemento utópico" de la Constitución. Numerosos textos contienen esta parte programática y ambigua (Constituciones portuguesas de 1976 y 1982, griega de 1975, búlgara de 1971), pero en todo caso conviene separarla de los derechos y libertades propiamente jurídicos que, como tales, vinculan a todos los Poderes Públicos y son directamente tutelables por los Tribunales (arts. 53 de la Constitución española, 1 y 19 de la alemana de Bonn).

Por otra parte, la Constitución de 1978, a efectos interpretativos apela a la autoridad de la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y

acuerdos internacionales sobre derechos y libertades ratificados por España (arts. 10.2 y 39.4).

d) La parte *orgánica*, que regula la estructura, atribuciones, habilitaciones, funcionamiento y relaciones de las instituciones constitucionales, constituye el núcleo de los códigos políticos. En ocasiones, el articulado de las Constituciones se agota en su parte orgánica, como ocurre en Francia, Austria y Finlandia.

En lo relativo a las instituciones estatales, la estructura de las Constituciones democráticas se adapta al modelo tradicional de los tres Poderes, aunque con sustanciales variantes que, en la Constitución española, responden al sistema monárquico parlamentario. Se explica así que la primera institución que se regula (Título II) es la Corona, pues "el Rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia", titular del poder arbitral y moderador (en las anteriores Constituciones monárquicas, la regulación de las Cortes precedía a la Corona). Las Cortes permanecen como soberanas en el ámbito legislativo y de control del Gobierno, aunque con las limitaciones derivadas del reforzamiento del Poder Ejecutivo y, especialmente, de su Presidente.

Especial atención se presta, sobre todo en los Estados federales, regionales o autonómicos, a la estructura territorial, primero a nivel de los tradicionales municipios y provincias, y, en la Constitución de 1978 — con el precedente de la republicana de 1931 —, al ámbito de las Comunidades autónomas de alcance nacional o regional.

e) Por último, las Constituciones acostumbran a concluir con las disposiciones o cláusulas denominadas *adicionales*, *transitorias*, *derogatoria* y *finales*, que contienen normas sobre la problemática de la entrada en vigor del texto constitucional, en relación con el derecho anterior.

C) La Constitución española de 1978

La Constitución española aprobada por las Cortes el día 31 de octubre de 1978, referendada por el pueblo el 6 de diciembre siguiente y sancionada por el Rey el 27 del mismo mes, responde a las líneas del constitucionalismo moderno nacido en Europa con la Constitución alemana de 1919 y generalizado especialmente tras la última guerra mundial a través de textos que han sido fruto de un pacto político entre las grandes corrientes ideológicas, visible en las Constituciones francesas de 1946 y 1958, italiana de 1947 y alemana de 1949, entre otras.

La Constitución de 1978 es un texto codificado, de estructura *rígida*, que consta de un Preámbulo, 169 artículos distribuidos en once títulos (uno de ellos preliminar); cuatro disposiciones adicionales, nueve transitorias, una derogatoria y una final. Se trata, por tanto, de un texto relativamente extenso — sobre todo si se tiene en cuenta la densidad de algunos de sus artículos —, detallado y detallista, cuya presentación formal ofrece muchos puntos críticos.

La parte dogmática de la Constitución española se encuentra básicamente en el Título preliminar (arts. 1 al 9), relativo al soporte ideológico (complementado con el Preámbulo) y a la organización socio-política del Estado; en el Título I, sobre los derechos y deberes fundamentales (arts. 10 a 55), y en el Título VII sobre "Economía y Hacienda" (arts. 128 a 136).

La parte orgánica se contiene en los siguientes Títulos: II, de la Corona; III, de las Cortes Generales; IV, del Gobierno y de la Administración; V, de las Relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales; VI, del Poder Judicial; VIII, de la Organización Territorial del Estado, y IX, del Tribunal Constitucional.

El Título X, sobre la reforma constitucional (arts. 166 a 169), cierra el articulado, sucedido de las disposiciones adicionales, transitorias, derogatoria y final.

La sistemática de la Constitución ofrece ciertas deficiencias. JOAQUÍN TOMÁS VILLARROYA destaca, como más importante: *a)* el Tit. VIII, relativo a la organización territorial, o al menos parte de él, debería preceder a la regulación de los poderes del Estado, como en 1931; *b)* la regulación de las Comunidades autónomas en el interior del Título VIII, en relación con el 2 y con las disposiciones transitorias, es confusa y desordenada; *c)* el Título I, además de excesivamente amplio, carece de una sistemática rigurosa y no recoge algunos derechos regulados fuera del mismo (audiencia a los ciudadanos, acceso a los archivos y registros, indemnización por errores judiciales o por el funcionamiento de servicios públicos); *d)* el Título V, relativo a las relaciones entre el Gobierno y las Cortes, prescinde de lo relativo a la elaboración de leyes, al proceso de formación del Gobierno, a las Comisiones de investigación; y regula, en cambio, los estados de excepción, difícilmente encuadrables en este lugar; *e)* algunos artículos se ofrecen desordenados, como consecuencia de haber adoptado preceptos de otras Constituciones, sin cuidar de integrarlos a una ordenación jurídica de nuevo cuño, como ocurre con el art. 9.

En conclusión, no solamente no se encuentran en la Constitución de 1978 innovaciones como las que se descubren en las de 1812, 1869 y 1931, sino que refleja una ausencia casi total de principios creativos en orden a la nueva dimensión de la sociedad política. *Imprecisión, falta de originalidad y excesiva extensión* (más de 17.000 palabras), son posiblemente los caracteres formales que definen negativamente la Constitución de 1978.

En la Constitución de 1978 se descubre fácilmente el impacto de las anteriores Constituciones españolas y de varios textos políticos europeos de la postguerra.

Entre las primeras deben mencionarse: *a)* en primer lugar y muy especialmente, la Constitución republicana de 1931, con visible influencia en numerosos preceptos, sobre todo en lo relativo a la estructura autonómica del Estado, a la formulación de algunos derechos fundamentales, y a ciertas instituciones como el Tribunal Constitucional, el jurado, la Diputación permanente de las

Cámaras, etc.; *b*) las Constituciones monárquicas que se sucedieron desde 1812 a 1876 — especialmente esta última —, cuya incidencia en la regulación de la Corona es evidente (sucesión en el trono, atribuciones del Rey); y *c*) las *Leyes Fundamentales* franquistas, esporádicamente, influyeron en el art. 8, que constitucionaliza las fuerzas armadas en términos análogos a los de la Ley Orgánica de 1967, y en otras disposiciones relativas a los decretos-leyes, la Administración, etc.

Las Constituciones extranjeras que más han condicionado la española de 1978 han sido: *a*) La *Ley Fundamental de Bonn* de 1949, sobre todo en lo relativo a la formulación del Estado social y democrático de Derecho, al principio de legalidad, a la inviolabilidad de los derechos inherentes a la dignidad de la persona y al reforzamiento del Poder Ejecutivo y de su Presidente (investidura, moción de censura constructiva etc.); *b*) La Constitución italiana de 1947, no sólo en la configuración del Estado autonómico, inspirado en gran parte por el regional italiano, sino también en la afirmación de la democracia progresista definida en el art. 9.2 (copiado del art. 3.2 del texto italiano) y en determinadas normas relativas al proceso legislativo y al Poder Judicial; *c*) Las Constituciones de las monarquías europeas, especialmente la sueca de 1974 (posibilidad de que el Monarca asiste a los Consejos de Ministros, intervención del Presidente de la Cámara baja en el nombramiento del Presidente del Gobierno, institución del Defensor del Pueblo); *d*) La Constitución portuguesa — ya derogada — de 1976, en la formulación de los principios rectores de la política social y económica; *e*) La Constitución francesa de 1958, aunque en menor medida, tiene eco en la regulación de la legislación delegada, de la moción de investidura, de la función arbitral del Jefe del Estado y de la figura jurídica de las leyes orgánicas.

Sin embargo, como dato positivo, no debe olvidarse que la Constitución de 1978 culminó un proceso político inédito, original e imprevisible. Y, sin desconocer la parquedad de sus aportaciones originales y sus deficiencias estilísticas, merecen ser destacadas, como más importantes, las siguientes innovaciones genuinas: *a*) la constitucionalización en lugar preferente (Título preliminar) del pluralismo político y de las instituciones que lo expresan (partidos, sindicatos y asociaciones empresariales), así como de las fuerzas armadas; *b*) el carácter *inacabado* de la propia Constitución, expresado en los constantes reenvíos a futuras leyes (orgánicas y ordinarias) que deberán desarrollar las materias más conflictivas, y en el imprevisto proceso de consolidación del Estado de las autonomías; *c*) la regulación de un original sistema de garantías de los derechos y libertades a tres niveles (art. 53), así como de su suspensión previendo incluso supuestos de terrorismo (art. 55); *d*) la constitucionalización de la palabra *nacionalidades* (art. 2) compatibilizada con la "indisoluble unidad de la Nación española"; *e*) la regulación de la problemática planteada por el Derecho internacional en orden a la protección de los derechos y libertades (art. 10.2) y a la validez y rango de los tratados (art. 96); y *f*) la fijación de criterios de equidad y eficiencia en materia financiera, especialmente en relación con el gasto público (art. 31 y Título VII).

A solução parlamentarista

PAULO BONAVIDES

*Professor da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Ceará*

Tem havido, neste País, da parte de sociólogos e políticos confessadamente pragmáticos e realistas, um certo menosprezo às virtudes que se apregoam em relação a certas formas de governo ou de Estado.

Com respeito à organização constitucional, prevalece, no ânimo dos que debatem com os olhos fitos na realidade concreta da vida social e econômica, uma preocupação de ter sempre à mão soluções emergenciais e flexíveis, ou seja, instrumentos cômodos que permitam com facilidade saídas oportunistas ou casuísticas para as menores crises e obstáculos políticos com que o Estado ordinariamente se defronta.

Disso há resultado uma certa indiferença ou apatia com referência ao problema da melhor maneira de traçar a estrutura política fundamental da sociedade. Como se essa questão fosse irrelevante ou pudesse comodamente transferir-se para a esfera do diletantismo e das pugnas acadêmicas e teóricas de doutrinários ociosos ou utopistas. No entanto, desde PLATÃO e ARISTÓTELES, desde os gregos e os romanos, desde CÍCERO e POLÍBIO na Antigüidade, passando pela Idade Média, até chegar aos tempos modernos, com MAQUIAVEL, ROUSSEAU e MONTESQUIEU, que a melhor forma de organizar o poder e dirigir a sociedade entra na reflexão

de pensadores e estadistas, pois disso depende em larga parte a felicidade dos povos e das nações.

Houve já quem amparasse a tese segundo a qual as revoluções mais ferozes e sanguinolentas transcorreram em períodos de prosperidade material, não decorrendo as grandes tragédias sociais unicamente da fome e da miséria que afligem as nações.

Seria rematada insensatez cuidar que as injustiças sociais não constituem o fermento da rebelião ideológica. No entanto, circunscrever toda a questão de governo a modelos econômicos e financeiros é dos erros mais crassos que se têm cometido com relação à crise brasileira.

Quando Getúlio Vargas se suicidou, HERMES LIMA, um dos melhores juristas e publicistas que já tivemos, com largo tirocínio parlamentar, tendo até exercido as funções de Primeiro-Ministro, apontou para a importância essencial do modelo político, ou seja, a forma de governo, ainda nos moldes da democracia representativa.

Em reflexões de extrema acuidade, empregando poderosa argumentação, aquele jurista e escritor demonstrou sobejamente como o presidencialismo no Brasil alimentava as crises e perpetuava as tragédias do poder. A morte de Vargas, lembrando o destino trágico de Balmaceda, era testemunho por ele invocado contra a forma presidencial de governo, que redundava já na supremacia ditatorial do Executivo, já no conflito deste com o Legislativo, a saber, com o poder desarmado, cujo argumento é a legitimidade de suas nascentes democráticas e populares.

A classe política brasileira nada aprendeu com a lição da morte de Vargas, não percebendo as proporções do conflito entre os dois Poderes. Mas a experiência amarga se reproduziu durante a renúncia de Jânio. Introduziu-se, na Constituição, com cerca de dez anos de atraso, uma emenda parlamentarista de constitucionalidade duvidosa, mutilando as lições da doutrina que exprime a verdadeira essência da técnica parlamentar. Ninguém acreditava que o parlamentarismo, como se fez, desse certo; nem os seus autores, nem os seus beneficiários, nem os políticos, nem os eleitores, nem o povo.

A Nação, mergulhada no trauma da crise sucessória, gerada pelo próprio presidencialismo, estava em 1961 inteiramente despreparada para o exercício da forma parlamentar. Sabia-se de antemão que o recurso a uma organização parlamentarista de governo era expediente emergencial, com que procrastinar o desfecho de uma crise presidencialista, de princípio crônica, mas logo a seguir aguda e irremediável.

O que aconteceu então e depois se acha arquivado na História, com o perecimento e o descrédito daquele parlamentarismo de fachada, substancialmente falso, que instituímos no desespero da crise. Mas a História não arquivou o presidencialismo, ressuscitado numa consulta plebiscitária maliciosa, precursora do desastre institucional de 1964. Continua ele vivo, com seu rosário de erros e ambigüidades, mostrando que somos maus aprendizes da arte e da teoria política. Enquanto o

mantiverem por técnica de governo, ninguém se surpreenda com golpes de Estado, atos institucionais e recessos forçados das Casas do Congresso. Conflitos entre o Executivo e o Legislativo serão inevitáveis com morte, renúncia ou deposição de presidentes.

Nunca esqueçamos que o general Mourão, quando desceu de Juiz de Fora com suas tropas, era parlamentarista confesso. Parlamentarista também — e dos mais fervorosos — teria sido, segundo já se afirmou, o Duque de Caxias. A elite militar do Império não conheceu outra forma de governo, à sombra da monarquia constitucional.

Presidencialismo e ditadura andaram sempre de mãos dadas. RAUL PILLA, na sessão da Câmara dos Deputados, celebrada a 7 de maio de 1959, proferiu as seguintes palavras:

“O que temos realmente no País é a ditadura do Presidente da República. Ditadura constitucional, sem embargo das frequentes violações da Constituição. É a pior das ditaduras, justamente porque se escuda na lei. Em face da onipotência presidencial, os demais Poderes da República amesquinham-se, anulam-se. Perdem até o conceito de si mesmos.”

Naquela ocasião exercia o poder um dos Presidentes mais brandos e liberais da larga fase presidencialista da Constituição de 1946, o Sr. Juscelino Kubitschek. Não logrou, porém, o conhecido estadista mineiro, com todas aquelas qualidades, apagar a imagem defeituosa e autoritária, peculiar ao sistema, cujas arestas a magnanimidade do chefe virtuoso não tem força para remover.

A teoria das formas de governo, voltamos a insistir, não é tão abstrata quanto apregoam os pragmatistas do poder político, abraçados unicamente à análise casuística dos elementos conjunturais oferecidos por realidades humanas cambiantes e rebeldes a uma previsão de base lógica no plano institucional, tributário da esfera mais alta e mais plena de sentido que é o comportamento dos dirigentes.

No presidencialismo o estadista é exceção. Raríssimos os que tiveram em toda a história americana a dimensão de um Jefferson, um Lincoln ou um Roosevelt, sendo porém normais os Trumans, os Nixons, os Gerald Fords e os Carters dos últimos cinquenta anos, para não mencionarmos os obscurantíssimos presidentes que não entraram na memória do povo durante os duzentos anos de existência da União Americana.

No Brasil não tem sido diferente: para um Rodrigues Alves ou um Epitácio contam-se em profusão os Hermes da Fonseca e os Venceslaus Braz, aliás de mediocridade menos nociva ao País que a ambição dos ditadores gerados no ventre do presidencialismo.

A técnica presidencialista é radicalmente anti-seletiva. RUI BARBOSA jamais se elegeu Presidente da República, mas é de presumir que no Império parlamentarista sua carreira política transcorresse de forma a conduzi-lo pelo menos à chefia de um gabinete, conjectura de todo

plausível, apoiada aliás em sólidos antecedentes relativos à ação parlamentar por ele desempenhada já durante o período monárquico.

Não padece dúvida que o parlamentarismo representa a via mais segura para um governo aberto à participação dos grandes valores da inteligência nacional. Com ele, os homens de talento político se exercitam primeiro nos acesos debates da tribuna ou no profundo exame dos métodos de governo antes que tomem as responsabilidades do poder. A política do gabinete não se acha sujeita, como na forma presidencial, a uma só vontade, senão que resulta de um concurso de opiniões formadas legitimamente no selo da representação nacional, onipotente para manter ou afastar os governantes, de acordo com os sentimentos democráticos da maioria. Um presidente inepto poderá sustentar-se no poder por todo o prazo de seu mandato, causando graves danos ao país. No parlamentarismo, sabemos que isso não acontece: a incapacidade não lograria nunca persuadir o Parlamento a conservar ministérios divorciados da opinião pública.

Daquele presidencialismo em que os ministros atuam sem responsabilidade, como simples amanuenses, no dito irônico de Agamenon Magalhães, afirmou RAUL PILLA, o velho e admirável teorista do governo parlamentar, a cuja memória rendemos nossas homenagens:

“Em suma, Sr. Presidente, caracteriza-se este sistema pela hipertrofia do Poder Executivo; tal hipertrofia conduz à ditadura mais ou menos acentuada; a ditadura, não admitindo, por si mesma, soluções normais e democráticas, gera fatalmente revoluções.”

* * *

Passamos agora à esfera doutrinária para refutar o argumento presidencialista de que o sistema parlamentar não deve ser acolhido, em razão de atentar contra um dos princípios clássicos de conservação da liberdade política dos cidadãos — o chamado princípio da separação de poderes.

Em verdade, no governo parlamentar, em suas distintas modalidades, o axioma de MONTESQUIEU sempre se apresentou atenuado, flexível, de pouca ou nenhuma serventia. Aplicado ao pé da letra, traria mais embaraço do que proveito. A alguns aspectos contrapõe-se ele à natureza mesma daquele sistema: é da índole do parlamentarismo acentuar a preponderância do Parlamento, fonte de onde emana a autoridade governativa.

Se não chega a haver uma fusão de poderes como sói acontecer no chamado governo de assembléia, há com efeito no parlamentarismo manifesta conexão do Executivo com o Legislativo, mediante laços que vinculam intimamente os dois órgãos. Pode até estabelecer-se uma hierarquia valorativa, em que o Executivo — o ministério — é o órgão da vontade parlamentar e o Parlamento o órgão da vontade nacional.

Como se vê, ocorre conexidade e dependência, posto que os publicistas procurem assinalar, por uma teorização, que a prática nem sempre corrobora a igualdade dos dois Poderes, contrariando assim a tese da hegemonia do Parlamento.

Mas essa hegemonia é indiscutível, tendo-se em vista que o governo, o ministério, o gabinete, a autoridade executiva só funcionam e se conservam no poder enquanto merecem a confiança do Parlamento, expressa pela maioria parlamentar.

Na realidade, maioria parlamentar, governo e Partido Político formam, em virtude da democracia de massas do Estado social contemporâneo, uma sólida e granítica unidade, um vasto e solidário conjunto de forças. Aí é difícil destacar, salvo acompanhando as peculiaridades de cada sistema, a ação e influência daquelas correntes de poder, o papel político de cada um daqueles elementos. A íntima associação de todos eles no jogo e exercício da autoridade dificulta um juízo a esse respeito ou impede um reconhecimento válido e duradouro da posição atribuída a cada um deles em razão de fatores históricos oscilantes.

O Parlamento do parlamentarismo contemporâneo é a instituição onde o princípio da separação de poderes mais se apresenta com a nota de um anacronismo, em virtude dos imperativos que comandam a estreita relação ou colaboração do Legislativo com o Executivo.

Caso não houvesse tal colaboração, o governo se condenaria à impotência ou paralisia, produzindo-se uma crise entre a sociedade e o poder, exatamente aquilo que dificilmente acontece no parlamentarismo, sendo, porém, de ocorrência deveras freqüente sob a forma presidencial de governo.

* * *

Chegamos enfim ao ponto crucial das presentes considerações, a saber, que rumos nos aguardam em face da realidade partidária e dos destinos da abertura que intenta restaurar no País o consenso democrático em bases duradouras.

Se ficássemos cingidos unicamente a palavras e programas, aos aspectos de conteúdo e finalidade, não nos causaria surpresa verificar que os dois maiores Partidos com possibilidades efetivas de ascender ao poder prometem satisfazer os anseios democráticos da sociedade brasileira.

Observa-se, do ponto de vista programático, um equilíbrio material e doutrinário das distintas posições partidárias. As variações existentes são superficiais e se prendem unicamente às promessas na adoção do estilo de governo, no método de conduzir a política econômica e financeira, gerir o *deficit*, a inflação e a dívida externa do País, subjugar os fatores e as adversidades da crise, fazer, enfim, o Brasil apto a realizar a trajetória desenvolvimentista de um grande projeto nacional, mais

humano e solidário, enfreado em parte pelos efeitos da conjuntura castrófica que o capitalismo ora atravessa.

Enquanto a abertura prossegue, acumulam-se os riscos manifestos de uma retroação moral abrangendo a ordem política, os costumes e os escrúpulos de quantos se empenham em promover a corrida maquiavélica ao poder, ou seja, obter o poder a qualquer preço.

É de observar como velhas práticas que pareciam definitivamente banidas do comportamento político e da ética das campanhas e das lutas eleitorais retornam com desfaçatez e ímpeto desagregador, fazendo temer o futuro do processo, isto é, o destino da abertura, que todos sabemos, levada a cabo com dolorosa lentidão e à custa de tão conhecidos sacrifícios. O mergulho do País em 1969 nas trevas do AI-5 e nas leis repressivas da ditadura é ainda hoje uma lição ignorada.

A abertura não se fez para reconduzir a Nação a um presidencialismo que restaure vícios mais graves que os da república constitucional de 1946. Não se fez tampouco para consolidar um regime representativo esteado em interferências oligárquicas e pressões ilegítimas do poder econômico.

Caso venha a recair em erros antecedentes, como tudo indica, o modelo presidencial de governo demonstrará uma vez por todas que é incompatível com o futuro deste País e com a regeneração do modelo representativo e democrático.

Urge, pois, salvar a abertura. Como fazê-lo? Não há outro remédio, a nosso ver, senão a implantação do parlamentarismo como forma de governo.

É de pasmar que nenhuma das agremiações políticas tenha feito desse artigo reformista um dos pontos básicos do proselitismo eleitoral. Na oratória dos comícios, nos debates, nas entrevistas não tiveram ingresso até agora as grandes teses institucionais: o parlamentarismo, o regionalismo e o federalismo.

As observações da campanha de 15 de novembro de 82 nos mostraram candidaturas divorciadas dos conceitos e abraçadas às promessas de uma remoção fácil da crise, quando em verdade o sistema, como funciona, dificilmente permitirá que se chegue a formar um lastro de legitimidade para a representação.

Um Congresso fraco, sem o poder constituinte pleno, não terá condições políticas de definir o modelo institucional e debelar a crise. É de temer se abra novamente o caminho às aventuras da sedição e do golpe de Estado, conforme já aconteceu tantas vezes com o presidencialismo brasileiro e acontece com igual freqüência aos sistemas presidenciais da América Latina.

Com a estrada do governo presidencialista mais deteriorada e esburacada do que na fase constitucional de 46, só a fórmula parlamentarista fará renascerem esperanças, podendo constituir um novo começo, ao contrário do presidencialismo, que é velhice e retorno ao passado.

Calamidade: seu regime constitucional

MOACYR DE OLIVEIRA

Professor Titular da Universidade
Federal de Santa Catarina

I — Das medidas de emergência

A calamidade tem seu regime político expresso na Constituição da República, dentro do que se diz, hoje, teoria das emergências constitucionais, ou sistema constitucional das crises, ou mesmo, direito das crises. É prevista, como inovação da Emenda nº 11, de 13 de outubro de 1978, no art. 81, inciso XVI, que dá competência privativa ao Presidente da República, no sentido de “determinar medidas de emergência e decretar o estado de sítio e o estado de emergência”. A norma específica a respeito de cada uma dessas três instituições vem no art. 155 do Capítulo V, integrante do Título II, “Da Declaração de Direitos”. Operam elas como salvaguardas da própria ordem constitucional, sendo que a primeira — “medidas de emergência” — tipifica-se no caso de calamidade e no de “graves perturbações”. Um e outro desses dois fenômenos nivelam-se no tratamento político, justificando a adoção de medidas coercitivas, com o fim de “preservar ou, prontamente, restabelecer, em locais determinados e restritos, a ordem pública ou a paz social”, por eles “ameaçadas ou atingidas”.

A constitucionalização das circunstâncias excepcionais, por qualquer dos sistemas de preferência do legislador, demonstra a influência que alcança, no moderno direito constitucional, a teoria mais ampla e profunda do estado de necessidade, elaborada pela doutrina penal e em expansão também no direito civil. Ante situações especiais, adversas, que lhe criam riscos, o Estado deve exercer um direito de exceção, manipulando poderes com a necessária urgência e rigor exigidos pelos acontecimentos. Na concepção dos doutrinadores da emergência, a previsão das normas de autodefesa do Estado de Direito compõem a legalidade extraordinária, concorrente com a legalidade normal.

Embora não se confundindo com o estado de sítio e o estado de emergência, o instituto das medidas de emergência indica a aplicação das mesmas limitações de garantias individuais próprias daqueles dois estados, e constantes do § 2º do art. 156. Enfrenta-se politicamente a calamidade como uma das crises geradoras de intranquilidade pública; os cidadãos, conforme o desenrolar dos fatos, podem vir a ser obrigados a manter residência em determinada localidade; ou serem detidos em edifícios não destinados aos réus de crimes comuns; ou sofrerem busca e apreensão em domicílio; ou ficarem proibidos de reunião e de associação etc.

Independente da decretação de um "estado" especial e prescindindo da convocação do Legislativo, e bem assim da audiência de qualquer órgão, a emergência desse tipo, em vista de sua menor gravidade, está confiada ao arbítrio do Chefe da Nação. Ao determinar as medidas extraordinárias, ele o faz numa livre apreciação das circunstâncias e da conveniência dos atos, que poderão vigorar pelo prazo máximo de sessenta dias, prorrogável uma vez e por igual período. Dará, dentro de quarenta horas, ciência deles à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, esclarecendo as razões que o levaram a agir.

Ao exame do quadro evolutivo nacional das emergências, ressalta o fato significativo de que nunca se cuidou, antes, de especificar a calamidade como causa imediata da suspensão das garantias constitucionais. Nos regimes passados ela seria, quando muito, fator indireto, na eventualidade de converter-se em perigo interno caracterizado, segundo as expressões usuais, como "iminência de perturbações internas", "comoção intestina", "insurreição armada".

No direito comparado encontram-se fórmulas de maior conteúdo subjetivo, sendo a mais discutida a do art. 16 da Constituição francesa (1958) que autoriza medidas reclamadas pelas circunstâncias, inclusive quando da interrupção do funcionamento regular dos Poderes Públicos constitucionais. A Carta política do México (1917) permite a sustação, em todo o país, ou em lugar determinado, das garantias que constituam obstáculo para o Governo fazer frente rápida e facilmente à situação, diante, por exemplo, de "perturbação grave da paz pública", ou "qualquer outro fato que ponha a sociedade em grande perigo ou conflito (art. 29)". Normas constitucionais de algumas nações coagem o indivíduo, em momentos críticos, à prestação de serviços. Neste sentido, o art. 57 do estatuto venezuelano (1961), para o qual as obrigações de assistência, educação e bem-estar do povo, que competem ao Estado, não excluem as que, em virtude da solidariedade social, incumbam aos particulares. A lei, sempre que necessário, poderá impor-lhes o cumprimento. Na Iugoslávia, "todos têm o dever de prestar assistência e apoio a qualquer pessoa em perigo e de participar solidariamente com os outros na eliminação do perigo geral" (art. 196, Const. 1974). Na Espanha, "os deveres dos cidadãos em

circunstâncias de grave risco, catástrofe ou calamidade pública, poderão ser regulados por lei” (art. 30, 4, Const. 1978).

A institucionalização, em nosso sistema, dos instrumentos excepcionais de defesa da sociedade, manutenção da segurança e ordem, tem suas virtudes em alguns pontos que foram bem justificados na Mensagem nº 62/78, referente à proposta da Emenda Constitucional que tomaria o nº 11. Não segue o modelo dos Estados que prescrevem plenos poderes para emergências. Distingue “situações, limitando o espaço sob ameaça ou atingido por perturbações, para evitar-se estendam restrições de garantias constitucionais”. Mostra-se, ao contrário, inconvincente na fundamentação das medidas de emergência com base na calamidade. Esta, aliás, não vem expressa em nenhuma linha da justificação presidencial, senão subentendida nesta passagem: “Julgava, como ainda julgo, indispensável prover o Estado de instrumentos indiscutivelmente ágeis e eficientes contra a ação subversiva, onipresente e sempre apta a manifestar-se **por todos os meios.**” É de crer que a calamidade, coincidindo com fases socialmente agitadas, possa ser um meio, para eclosão de revolta popular, conquanto seja hipótese remota. Durante as desgraças públicas a maior ansiedade do povo é de salvar-se. O próprio autor da Mensagem parece cômico dessa verdade, e tanto é assim que suas mais fortes razões se concentram noutra causa de distúrbio coletivo, que não a calamidade:

“De nossa parte, é firme convicção a de que somente nos casos de graves perturbações da ordem cabem providências coercitivas, determinadas pelo Presidente da República, e limitadas ao espaço físico atingido, com o pleno e permanente conhecimento do poder fiscalizador — o Legislativo.”

Calamidade e graves perturbações, a Lei Maior as considera indistintamente fatos criadores de perigo para o regime político. Confundem-se sob o aspecto da anormalidade, da crise, desordem, tumulto, se bem que no primeiro deles longe esteja a intenção de conflito. Dentro da doutrina da segurança nacional merecem ambos as mesmas preocupações, como ficou evidente no Decreto nº 88.540, de 20 de julho de 1983. Coerente com o sistema constitucional das emergências, estende a possibilidade de convocação da Polícia Militar durante a ocorrência de calamidade, pois que generaliza, no art. 3º, § 2º, o ato mobilizatório aos “casos de adoção de medidas de emergência ou decretação dos estados de sítio ou de emergência”. Já no art. 1º, incisos I e II, está claro o objetivo principal do decreto, como seja, a convocação em caso de guerra externa e “para prevenir ou reprimir grave perturbação da ordem ou ameaça de sua irrupção”.

Em decorrência das inovações trazidas pela Emenda nº 11/78, as expressões “medidas de emergência” e “estado de emergência” — esta

última, aliás, não constituindo novidade, porque experimentada na Carta de 1937 — ganharam sentido próprio, restrito à função coercitiva. Seu emprego fora do âmbito de competência privativa do Presidente da República, tornou-se antitécnico, sendo aconselhável a alteração de preceitos como os do art. 13 do Decreto nº 66.204/74 e art. 22 do Decreto nº 67.347/70, que fazem alusão ao “estado de emergência”, cujo reconhecimento oficial pelo Governo da União deve ser solicitado pelo Governador do Estado ou Território atingido por calamidades. Da mesma sorte cumpre atualizarem-se Constituições estaduais em conflito com o novo princípio. A do Paraná, promulgada em 1967 e com adaptações da Emenda nº 3, de 29 de maio de 1971, diz no art. 134:

“Observada a lei federal, o Estado e os Municípios poderão adotar medidas de emergência, a fim de garantir ao consumidor as utilidades indispensáveis à sua subsistência, nas ocasiões de crises ou desequilíbrio econômico.”

Até então, o regime de controle constitucional das crises internas e externas resumia-se no “estado de sítio”, decretável em casos de grave perturbação da ordem ou ameaça de sua irrupção, e de guerra. A partir da modificação do sistema, aos chefes dos Poderes Executivos estaduais e municipais compete declararem, para efeito de providências urgentes e excepcionais, sem ferir as prerrogativas do Legislativo, o “estado de calamidade” ou “situação de emergência”, que se equivalem.

Visando a este campo específico, e que deveria ser exclusivo, do estado de calamidade, onde as medidas só se justificam na ordem administrativa, com caráter preventivo, recuperativo e assistencial, poucas disposições se vêem dispersas no texto da Constituição do País: o art. 8º, XIII, dá competência à União para “organizar a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente a seca e as inundações”; na Seção dedicada ao Orçamento, o art. 61, § 2º, faculta a abertura de crédito extraordinário, “para atender despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, subversão interna ou calamidade pública”; na Ordem Econômica e Social, o art. 172 recomenda que “a lei regulará mediante prévio levantamento ecológico, o aproveitamento agrícola de terras sujeitas a intempéries e calamidades. O mau uso da terra impedirá o proprietário de receber incentivos e auxílios do Governo”.

Indiretamente relacionados com as emergências em geral, temos: o art. 10, V, a, sobre a ressalva do motivo de força maior, impeditiva da intervenção nos Estados que suspendem o pagamento de sua dívida fundada; o art. 19, § 2º, concernente a isenções de impostos estaduais e municipais, pela União, “atendendo a relevante interesse social ou econômico nacional”; o art. 153, § 22, pelo qual as autoridades competentes, em caso de perigo iminente, podem fazer uso da propriedade particular, sob ulterior indenização.

Somos dos que entendem deva suprimir-se do corpo do art. 155 da Constituição a figura da calamidade, porquanto o pressuposto fático das medidas restritivas das liberdades fundamentais, nessa parte, reduz-se a um só, o das graves perturbações. Em seguida, parece-nos oportuno proceder ao tratamento sistemático, no plano constitucional, do "estado de calamidade", e à simultânea revisão da legislação ordinária emergencial básica (Dec.-Lei nº 950, de 13-10-69; Dec. nº 66.204, de 13-2-70; Dec. nº 67.347, de 5-10-70; Dec. nº 68.718, de 7-6-71), a fim de que se transmude em realidade o Plano Nacional de Defesa Permanente Contra as Calamidades, ali previsto.

De resto, os fatos calamitosos do Sul, tanto quanto os do Nordeste, provam serem dispensáveis os instrumentos de salvaguarda fundados nos riscos da calamidade. Deles em nenhum momento se cogitou, por maior que tenha sido a desorganização das comunidades sacrificadas. Os incidentes mais graves, no auge das crises dessa natureza, são os furtos famélicos, os saques a estabelecimentos de gêneros alimentícios, reprimíveis por ação rotineira do poder de polícia.

II — Evolução do regime constitucional

Uma restrição importa fazer, ao empreender-se o exame da evolução do regime constitucional da calamidade: a inovação das "medidas de emergência", fundadas nesse fato (art. 155, CF), não nos parece ajustar-se à idéia de evolução, tanto do ponto de vista conceitual da calamidade, quanto das funções do Estado, na matéria a ela referente. Na concepção política e subjetiva em que se coloca o legislador, não só as inundações, a seca, mas também a crise econômica do País, o risco do colapso financeiro e conseqüente mal-estar social, poderão justificar, a qualquer hora, a supressão provisória das garantias constitucionais do cidadão. Sabe-se, entretanto, que o conceito legal de calamidade pública, assente desde muito, cinge-se à situação de emergência provocada por fatores anormais e adversos, tais os flagelos da natureza, os grandes sinistros e epidemias incontroláveis. Assim já se delimitava em Circular de 1897, da União às Unidades federadas, e assim se compreende à luz da própria Constituição vigente (arts. 8º, XIII, e 172), afora o prescrito na legislação ordinária (Dec. nº 67.347, de 5 de outubro de 1970, art. 1º).

Outro argumento em desfavor daquele tratamento de direito excepcional reside nas funções do Estado que, em tal âmbito normativo, hão de ser precipuamente sociais, originadas antes de seus deveres, do que dos direitos. Dele se esperam regras de conteúdo programático, a exemplo das dos arts. 8º, XIII, 61, § 2º, e 172, CF.

O primeiro dos dispositivos citados atribui competência à União para "organizar a defesa permanente contra as calamidades públicas, especial-

mente a seca e as inundações". Tem sua razão histórica nas condições ambientais em que se processou o desenvolvimento populacional brasileiro: de um lado, a persistência sertaneja no vencer a adversidade climática do Nordeste; e de outro, a freqüência dos surtos de moléstias tropicais, grassando em muitas regiões, desde os tempos do Brasil-Colônia. O princípio evolui a partir de uma fórmula mais ampla, a dos "socorros públicos", garantidos expressamente na Constituição do Império (art. 179, XXXI), jurada a 1824. Nota-se, a princípio, nesse tipo de auxílio, o comportamento fatalista religioso diante dos males da natureza, castigos de Deus para porem à prova o espírito de solidariedade e liberalidade. A Carta de Lei Imperial é mandada observar "em nome da Santíssima Trindade" e, nas Falas do Trono, Dom Pedro II dá graças à Divina Providência, pela volta da tranqüilidade, após as secas, e por não haverem sido "das mais mortíferas" as epidemias. Na Fala de 1873, o Imperador, reiterando sua fé na caridade nacional e estrangeira, relata:

"O Governo e seus delegados nas Províncias cumpriram o dever que a lei e a humanidade prescreviam em tais casos, unindo prontos socorros do Estado aos da beneficência particular."

Por meio de decretos nominais e diplomas, foram concedidas pelo soberano medalhas a súditos, a título de prestação de serviços humanitários em ocasião de sinistros e calamidades públicas. E entre 1878 a 1889 diversos decretos e leis abriram crédito extraordinário ou autorizaram emissão, para acudir a despesas urgentes com a seca devastadora do Norte, inundações e epidemias em outras Províncias, ou para fins de "medida preventiva" contra invasão do cólera-morbo no Império.

Na transição do regime, para o republicano, o Governo Provisório edita, através do Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, a Constituição, cujo art. 4º é deste teor:

"Compete a cada Estado prover, a expensas próprias, às necessidades do seu governo e administração, podendo a União substituí-lo somente nos casos excepcionais de calamidade pública."

O período final da frase viria a ser modificado na Carta decretada e promulgada pelo Congresso Constituinte, em 1891 (art. 5º): "... a União, porém, prestará socorros ao Estado que, em caso de calamidade pública, os solicitar".

Em virtude de insistentes e infundados pedidos de auxílio financeiro, o Governo federal, para dirimir dúvidas, expede em 22 de março de 1897, circular aos Governadores estaduais:

"Como calamidade pública só pode ser considerada, em tese, além das secas prolongadas e devastadoras, dos grandes

incêndios e inundações e de outros flagelos semelhantes, a invasão súbita do território de um Estado por moléstia contagiosa ou pestilencial, suscetível de grande expansão epidêmica, de disseminação rápida e de alta letalidade, diversa daquelas que só se desenvolvem ao favor da ausência de providências adequadas e do descuido no emprego dos meios conhecidos de profilaxia usual.”

Após essas restrições, o comunicado faz ver do caráter relativo do conceito. Qualquer dos acontecimentos indicados deixará de ser calamitoso se ocorrer “em território de Estado cuja administração esteja aparelhada com os meios necessários para socorrer eficazmente à população”. Os governantes interessados terão que previamente demonstrar a efetivação, de sua parte e da administração local, se o serviço for de natureza municipal, de todas as providências que a situação exigia, e de se haverem “exaurido todos os recursos disponíveis sem que se conseguisse debelar o mal”.

Mais decisiva do que a precedente, a Constituição de 1934, no art. 7º, II, destaca, em lugar do “prestará”, o “devendo prestar”, e embute outras importantes normas diretivas. O art. 5º, XV, sobre a competência federal “para organizar defesa permanente contra os efeitos da seca nos Estados do Norte”. O art. 140, pelo qual a União, ditando a ordem econômica e social, toma a seu cargo a organização do “serviço nacional de combate às grandes endemias do País, cabendo-lhe o custeio, a direção técnica e administrativa nas zonas onde a execução do mesmo exceder as possibilidades dos governos locais”. E, finalmente, o art. 177 e seus parágrafos, em que se propõe um plano sistemático e permanente para solução do problema da seca. A União despenderá, “com as obras e os serviços de assistência, quantia nunca inferior a quatro por cento da sua receita tributária sem aplicação especial. Dessa percentagem, três quartas partes serão gastas em obras normais do plano estabelecido, e o restante será depositado em caixa especial, a fim de serem socorridas, nos termos do art. 7º, nº II, as populações atingidas pela calamidade”. É determinado o controle, pelo Poder Legislativo, do desempenho do Executivo, no setor, através de relatórios anuais acerca de cada etapa dos trabalhos e dos gastos gerais. Obrigam-se os Estados e Municípios compreendidos na área assolada pelas secas a empregar “quatro por cento da sua receita tributária, sem aplicação especial, na assistência econômica à população respectiva. Decorridos dez anos, será por lei ordinária revista a percentagem acima estipulada”.

Pelo estatuto político outorgado em 1937 (art. 8º) ficara à sorte de cada Estado “organizar os serviços do seu peculiar interesse e custeá-los com seus próprios recursos”. Seriam restabelecidos, em 1946, os preceitos constitucionais da competência, relativamente, primeiro, à organização

da defesa contra a seca, especificadas, agora, as endemias "rurais" e as inundações (art. 5º, XIII, CF); e, segundo, aos socorros públicos devidos pelos Estados, em caso de calamidade (art. 18, § 2º). Voltam-se as atenções do Governo central para o flagelo mais constante no Brasil. As "Disposições Gerais" renovam o programa constitucional de 1934, com algumas alterações: a quantia a ser despendida com obras e serviços assistenciais não será nunca inferior a três por cento da renda tributária nacional (art. 198): um terço será depositado, permitindo-se o empréstimo, a juro módico, dessa reserva ou parte dela, a agricultores e industriais estabelecidos na área abrangida pela seca (§ 1º): a percentagem de aplicação estadual (excluídos os Municípios) diminui também para três por cento da sua renda tributária, e se destina especificamente à "construção de açudes, pelo regime de cooperação", e outros "serviços necessários à assistência das suas populações (§ 2º)".

Referindo-se ao art. 18, § 2º, comenta CLAUDIO PACHECO (1): "É o princípio da solidariedade federativa, que, reconhecendo a União como força totalizadora, presume a superioridade e a amplitude de seus recursos, com margem suficiente de capacidade para ajudas às unidades federadas. O socorro depende exclusivamente da União, que o prestará mesmo sem solicitação e até contra pronunciamento de mal inspirados governantes estaduais." O autor cita JOÃO BARBALHO, revivendo os episódios de intervenção no Distrito Federal e em São Paulo, para o efeito da prestação de socorros públicos, e sem que o art. 6º da Constituição de 1891 autorizasse a medida extrema.

Subsídios de grande interesse e oportunidade presta, em seus comentários ao art. 198, CLAUDIO PACHECO, a quem se proponha conhecer a origem do desvio no plano nacional de defesa permanente contra a seca do Nordeste. Ele nos dá notícia do projeto de lei relatado pelo Deputado André Fernandes e aprovado na Comissão do Polígono das Secas, em 1953, e faz reparos "à grave incoerência na disposição do § 1º do art. 198", que ensejou "a elaboração de duas legislações: a da Lei nº 1.004, que é assistencial, e a da Lei nº 1.649, que é bancária, as quais são aplicadas sem observância do que se contém no espírito do art. 198 da Constituição".

Na orientação constitucional de 1967 e 1969 não mais se enuncia a obrigação dos socorros públicos por motivo de calamidade, mantendo-se, como foi mostrado, o compromisso estatal da defesa permanente contra os eventos dessa natureza. Ao art. 8º, XIII (CF, 1969; art. 8º, XII, CF, 1967), PONTES DE MIRANDA (2) ergue objeções e críticas: "Mas onde a sanção,

(1) PACHECO, Cláudio. *Tratado das Constituições Brasileiras*. Ed. F. Bastos, R.J., 1958, v. II, pp. 376-77, e ed. 1966, v. XIII, pp. 234-241.

(2) MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com Emenda Constitucional n.º 1/1969*, 2.ª ed., Rev. Tribunais, SP, 1973, tomo II, pp. 36-37.

onde o direito público subjetivo e a acionabilidade pelos indivíduos, pelos Municípios, pelos Estados-Membros? Na Constituição de 1946, o art. 198 tratou das secas, quanto à planificação da defesa... o art. 198 não foi obedecido, resultando, do crime contra a Constituição, milhares e milhares de mortes de brasileiros autênticos"... Logo em seguida, o mestre revolve as brasas do seu escrito de 1924, **A Margem da História da República**, onde clama contra a desigualdade da procedência territorial do indivíduo, o estigma da gleba, que carrega consigo o filho dos pequenos Estados, sobretudo os do Norte. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO⁽³⁾, entre os mais modernos intérpretes, confronta o mesmo artigo 8º, XIII, com os precedentes legislativos, e conclui que "o apelo à União para que esta prestasse socorros contra a seca do Nordeste foi um fator importantíssimo que ponderavelmente contribuiu para a centralização no federalismo brasileiro. Foi, até, a repetição das calamidades nessa região que, em grande parte, inspirou o sistema de incentivos e a criação da primeira superintendência de desenvolvimento regional que alterou sobremodo o doentio federalismo brasileiro".

Quando da tramitação da Emenda Constitucional nº 11/78, no Congresso, foi proposta a inserção no Título V da Constituição, do art. 211, determinando:

"A União aplicará, anualmente, no custeio de projetos de irrigação da região nordeste, quantia não inferior a três por cento de sua renda tributária."

Tentou-se restaurar, em parte, o art. 198 da Constituição de 1946, porém, conforme está na justificativa, de um modo mais racional, não por um "tratamento paliativo dos efeitos daquele flagelo cíclico", e sim, visando à "extirpação das causas da pobreza da região".

Não aprovada a moção, nem por isso ficou lacunosa a Lei Magna. Não é por falta de comando legislativo que não se salva o Nordeste. Além do já examinado art. 8º, item XIII, a Constituição vigente é portadora do instrumento providencial do art. 172, inovação da Emenda nº 1/69:

"A lei regulará, mediante prévio levantamento ecológico, o aproveitamento agrícola de terras sujeitas a intempéries e calamidades. O mau uso da terra impedirá o proprietário de receber incentivos e auxílios do Governo."

Transparece, aqui, o espírito da reforma agrária, na promoção da política agrícola, objeto do Estatuto da Terra (Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964). A primeira revolução social, a de 1930, em seu ideário consubstanciado na Carta de 1934, abriu caminho à regulamentação do trabalho agrícola; à fixação do homem no campo; à educação rural; à

(3) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira**, 4.ª ed., Saraiva, SP, 1983, p. 79.

preferência do trabalhador nacional na colonização; ao seu acesso à terra; ao aproveitamento das terras públicas. Sonhou com "a organização de colônias agrícolas, para onde serão encaminhados os habitantes de zonas empobrecidas, que o desejarem, e os sem trabalho (art. 121, §§ 4º e 5º)".

Em matéria orçamentária, modernamente conjugada à técnica do planejamento, aparece na Constituição de 1946 (art. 75, parágrafo único) a operação da abertura de crédito extraordinário, só "admitida por necessidade urgente ou imprevista, em caso de guerra, comoção intestina ou calamidade pública". Na de 1967 (art. 64, § 2º), eliminou-se o "urgente" e substituiu-se "comoção intestina" por "subversão interna". Na de 1969 (art. 61, § 2º), em vez da imprevisão da necessidade, tem-se em vista a das despesas. A redação "para atender despesas imprevisíveis" ganha em tecnicidade, comparada com "destinadas a despesas imprevistas", do art. 41, Item III, da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que institui normas gerais de direito financeiro. J. TEIXEIRA MACHADO JR. e HERALDO DA COSTA REIS (4) explicam:

"A expressão **despesas imprevistas** admite o erro de previsão, ao passo que **despesas imprevisíveis** são aquelas que estão acima ou além da capacidade humana de prever."

Têm razão, porque a calamidade e outros eventos futuros e incertos, conquanto previsíveis em dadas condições, acarretam para o erário gastos que fogem à possibilidade de prévia estimativa. Daí o crédito adicional da classe que tem por fim atender situações não previstas no orçamento.

Em outros tópicos da Constituição, repercute a calamidade, sob diversas configurações: a **força maior** (art. 10, inciso V, alínea a), impeditiva da intervenção da União no Estado que suspende o pagamento de sua dívida fundada, durante dois anos consecutivos; o **relevante interesse social ou econômico nacional** (art. 19, § 2º), para o fim de isenção de impostos estaduais e municipais; a **urgência** e o **interesse público relevante** (art. 55), que faculta a expedição de decretos-leis; e o **perigo público iminente** (art. 153, § 22), ante o qual as autoridades competentes podem usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.

A propósito da primeira — a **força maior** —, atente-se que as Constituições dos três Estados vítimas de inundações omitem a ressalva, ao disciplinarem sua ação interventiva nos Municípios. Santa Catarina (art. 8º, I e II), Paraná (art. 118, I e II) e Rio Grande do Sul (art. 150, a e b) impõem de modo incondicional obrigações de pontualidade no pagamento dos empréstimos municipais por eles garantidos e da dívida fundada. Trata-se de rigorismo criado e extinto com o regime de 1937 (art. 9º, d, CF).

(4) MACHADO JR., J. Teixeira, e REIS, Heraldo da Costa. *A Lei n.º 4.320 Comentada*, 10.ª ed., IBAM, RJ, 1978, p. 81.

O Direito Romano e a noção ocidental de "Direito"

NELSON SALDANHA

Do Instituto Brasileiro de Filosofia;
da Faculdade de Direito da Universi-
dade Federal de Pernambuco

SUMÁRIO

- A noção de direito e os direitos históricos.
- O direito romano e sua exemplaridade histórica.
- O "legado" romano e o "direito" ocidental moderno.

A imagem que se tem do direito, sobretudo em termos acadêmicos, e que serve de base ao seu conceito, corresponde a uma superposição de arquétipos. Com esta afirmação aludimos tanto aos arquétipos mais "remotos", entre os quais se situam as próprias simbolizações míticas (marcos de uma possível época primeva no sentido inclusive de Vico), como os mais "próximos", que se dão na história propriamente dita e que chegam até os fundamentos de nossa experiência jurídica mais concreta.

Evidentemente a existência de arquétipos não se restringe ao campo do direito: eles ocorrem em praticamente todas as áreas do viver social desde os primórdios, e é comum que o direito “receba” moldes arquetípicos vindos de outras áreas. Ou seja: imagens religiosas, constantes linguísticas, tendências sociais basilares, se transferem ao direito na medida em que — tanto quanto é possível vislumbrar as coisas no tocante às origens — isto que se chama *direito* se vai estruturando dentro dos grupos sociais (ou com eles).

Noções como honra (*aidós*), vingança, preço, pena, propriedade, justiça (ou justeza), correntes no tipo de ordem social que deve ter sido o da Grécia arcaica, como deve ter sido o da proto-história de todas as grandes culturas, vão-se consolidando num ordenamento que com o tempo (e sob certas condições) passa a ser tido como “jurídico”, a depender da linguagem vigente (1). As posteriores transformações na ordem social, que em certos casos passa da aristocracia para a democracia, ou passa do feudalismo à monarquia centralizada, ou ainda — como em Roma —, passa da realeza primitiva a uma República transitória, tais transformações alteram com freqüência o valor daquelas noções; mas permanece a noção de uma ordem “jurídica”. Este permanecer corre por conta, em grande medida, da continuidade das alusões a tal ordem, por parte de um saber que se torna posterior em relação à experiência básica. E, com o passar do tempo, o registro histórico das coisas passa a dispor da imagem de várias ordens “jurídicas”, através das quais persiste como uma constante a noção mesma do direito, e que serve de lastro às reelaborações conceituais.

Cabe dizer que o chamado “Ocidente”, sobretudo considerado enquanto padrão cultural a partir da Idade Média, reuniu mais do que as outras culturas o hábito do pensar histórico. Deste modo, aquele registro das coisas se tornou, no Ocidente, muito mais possível e muito mais complexo do que em outros orbes culturais. E é neste registro ocidental que aparecem, superpostas, as imagens referentes à ordem sócio-política de outras culturas. Na verdade a noção de *direito*, cunhada pelos romanos, mas não tratada por eles em termos abstratos, nem trabalhada sob prisma histórico, veio a ser desenvolvida no Ocidente como uma experiência própria, mas também como entidade genérica em extremo grau.

Quando, já no período chamado moderno, se consolidou no Ocidente a idéia de uns tantos direitos “históricos”, passou a ser um problema

(1) FRANCESCO D'AGOSTINO, *Per un'Archeologia del Diritto — Miti Giuridici Greci*, Ed. Giupprè, Milão, 1978.

metodológico o convívio entre esta idéia, sempre enriquecida por novos conhecimentos históricos, e o conceito genérico do direito, necessitado de estabilidade e pretensamente universal. Contudo, o que se acha por trás do conceito é sempre, no caso, uma representação empiricamente alimentada e que corresponde aos ordenamentos passados e presentes, efetivamente conhecidos.

Entre tais direitos, entretanto, se destaca o direito romano. Nem seria preciso arrolar as referências à sua importância histórica, feitas por diversas gerações de estudiosos: basta acentuar o vínculo entre a presença da imagem romana do direito e a base da própria noção ocidental do direito.

O direito romano e o islamismo vêm sendo, talvez, os dois casos de mais extrema duração de um "sistema" jurídico; com a diferença que, enquanto o sistema islâmico perdurou como direito positivo, mas não estendeu maiormente sua influência no plano doutrinário, o direito romano, extinto enquanto ordenamento positivo, vem perdurando através de influências positivas e de desdobramentos doutrinários.

O direito moderno, correlato do Estado moderno, ou antes, dos Estados modernos, soberanos e plurais, se fez secular e racionalizado, estatizado e legalista, contrariando em grande parte o direito medieval. O direito romano, que havia sido estatal mas não de todo nem sempre, racional mas não no sentido restritivo do termo, tinha sido também legalista mas não tanto. A noção de direito, que no medievo guardou conotações teológicas e que integrava e incluía a experiência consuetudinária, sofreu algumas refrações ao passar aos Estados modernos. Para o pensamento jurídico moderno, tendente em forte medida ao formalismo, foi necessário assumir a "superação" dos traços medievais, tornados obsoletos dentro dos moldes modernos e contemporâneos; mas, por outro lado, foi necessário também atribuir ao conceito de direito uma dimensão de "universalidade", que era afim à dos universais-da-cultura dos antropólogos, e que, apesar de certos aparatos conceituais apriorísticos, se plantava sobre uma superposição de arquétipos e de imagens empíricas.

Mas o direito romano conservou, como imagem, uma singular exemplaridade institucional e lingüística. A noção do *jurídico* se ligou à visão de um determinado tipo de experiência, como algo que se atribui a situações, ou a "institutos", com base na imagem total do *direito* provinda do modelo romano.

Aquilo que se chama "direito romano" corresponde historiograficamente a uma síntese de vários elementos, entre os quais se incluem tan-

to o *jus romanum* mais antigo, com seus procedimentos formais e suas *legis actiones*, como o *jus civile* amadurecido do período clássico, e ainda as derivações que abrangem o *jus gentium* e o *jus honorarium*, tudo isto ligado a um conjunto de conceitos e de princípios, tornados modelares pelo trato secular. A facilidade e a ênfase com que os grandes autores (e com eles os pequenos) afirmam o débito da civilização européia para com o direito romano (2) provém da importância assumida pelo próprio legado geral de Roma, como contexto cultural, e da relevância que tem, dentro daquele legado, o próprio direito. O direito romano consagrou o “jurídico” como dimensão institucional específica, aproveitando as construções jurídicas anteriores — a grega inclusive — e dando ao seu próprio direito um desenvolvimento maior do que as civilizações anteriores tinham dado aos seus “direitos”.

É importante aludir às alterações que a imagem do direito romano veio sofrendo, desde a alta Idade Média. Mal sabiam os romanos que as expressões que usaram para designar tipos de ações ou formas de sucessão iriam ser tantas vezes reexaminadas: pelos comentadores que se seguiram a IRNERIUS, pelos bartolistas, pelos humanistas, pelos contemporâneos de POTHIER, pelos pandectistas.

Esta mutação, tocante ao modo de ver e de rever o direito romano através das épocas, é o outro lado da permanência *exemplar* da imagem deste direito, conservado pelo Ocidente desde que, nos primórdios do medievo, o legado cristão e o legado romano se complementaram. A noção cristã de um *Kosmokrator* correspondeu, segundo ULLMANN (3), à concepção do direito romano como estrutura universal (aliás IHERING, na Introdução do *Espírito*, dizia que o dado mais importante para entender a relevância de Roma na história consistia no fato de haver ela representado o triunfo do universalismo sobre as tendências nacionalizantes).

Pode-se aceitar a idéia segundo a qual o “Ocidente” proveio de três fontes: o cristianismo, o legado romano e o mundo germânico, mas o fato é que no tocante ao direito a marca romana predominou. A concepção romana do Estado foi aceita pela própria Igreja e veio a realizar-se no Ocidente com algumas variantes, sempre reconhecíveis.

(2) Cf., por exemplo, as expressões de PIETRO BONFANTE em sua conhecida *Historia del Derecho Romano* (trad. esp. por JOSÉ SANTA CRUZ TEIJEIRO, Madrid, Ed. Rev. de Derecho Privado, 1944), tomo I, capítulo primeiro. Cf. também HANS JULIUS WOLFF, *Roman Law, an Historical Introduction*, Ed. Univ. Oklahoma, 1951, capítulo Iº Sem falar no clássico texto de RICCOBONO, *Roma, Madre de las Leyes*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975.

(3) WALTER ULLMANN, *Law and Politics in the Middle Ages*, Cambridge Univ. Press, 1975, pág. 65.

Todos estes problemas, que se prendem à visão histórica do direito romano, interessam sem dúvida à própria teoria geral do direito, pois a reflexão crítica sobre a questão do conceito do direito necessita de uma revisão dos pressupostos culturais deste conceito. Os juristas romanos não estavam muito preocupados com a conceituação do direito, a não ser em grau mínimo, isto é, no necessário para fixar noções gerais; por outro lado não houve entre os romanos, como é sabido, um tipo de preocupação histórica como o que veio a se desenvolver depois no Ocidente. Por isso não se detiveram, ao tomar por exemplo os dados atinentes ao direito grego, em cogitações teórico-comparativas. Mas os juristas ocidentais sempre tiveram interesse — mormente os modernos — pelos temas gerais, e a própria “Ciência-do-Direito” (que PAUL KOSHAKER chamou de produto *made in Germany*) nasceu, após SAVIGNY, sob o largo signo da história. Daí a necessidade, hoje tão perceptível, de vincular ao exame das fontes históricas a revisão crítica do saber jurídico. Esta revisão, no caso do saber romanístico, vem aliás sendo feita com especial empenho a partir do alerta dado em 1938 por KOSHAKER sobre a “crise” do direito romano (4).

No Brasil, na década de 50, SAN TIAGO DANTAS afirmava que a crise era do próprio direito, já que o que se denomina direito romano não é senão o “direito privado”, herdado do mundo clássico como fundamental técnica de orientação da vida social.

Evidentemente uma maneira eficiente de comprovar a presença histórica do direito romano (em sentido amplo) na vida jurídica do Ocidente consiste em aludir a problemas jurídicos teóricos e práticos colocados pelos romanos e até hoje constantes da realidade jurídica vivida pelos povos ocidentais (e ocidentalizados). Da realidade e do pensamento.

Citemos, por exemplo, o problema da “unidade” do ordenamento, que não foi — ao que parece — vivido pelos gregos nem por outros povos que, entretanto, tiveram legislações e códigos. Os romanos não se detiveram sobre o problema com maiores perquirições teóricas, mas ele se acha latente nas definições do direito da época clássica, bem como na consciência, desenvolvida pelos juriconsultos, de uma sistemática e até hierárquica diferenciação entre fontes, que implicava uma idéia da “unitariedade” da ordem jurídica. Citemos ainda o tema das relações entre direito (*jus*) e lei (*lex*), também praticamente ignorado pelos gregos, entre os quais a experiência do jurídico como tal não chegou a se consolidar nem a se constituir em termos mais ponderáveis. GIUSEPPE

(4) Sobre a crise, URSICINO ALVAREZ SUAREZ, *Horizonte Actual del Derecho Romano*, Madrid, 1946, págs. 99 e seguintes.

Grosso sublinhou o fato de que no esquema romano a intervenção das *leges* pressupunha como quadro prévio as estruturas do *jus*, não ao contrário (5).

Toda uma série de temas pode ser revista, incluindo os dualismos tecnicamente postos pelos romanos, como a distinção entre direito privado e direito público, ou ainda entre direito natural e direito civil (a oposição ao direito "positivo" seria própria do Ocidente na época moderna) e tantos mais. Lembraríamos igualmente a distinção entre *potestas* e *auctoritas*, e também a possível relação entre *ordo* e *prudentia*, que não foi tematizada pelos romanos. Estes, contudo, transformando em *prudentia* a helênica *sofia*, e construindo com a idéia de *ordo* a noção de ordem pública, fundada por sua vez sobre a de *res publica*, deram aos pósteros o tema de relação entre a vivência do espaço "popúlico" e o senso cívico, que correspondeu a um dos lados da prudência e a um dos significados da própria noção de interpretação, em sua acepção mais abrangente.

Recentemente, as transformações dos estudos romanísticos têm revelado a passagem de um tempo em que o conhecimento dos institutos romanos servia para "explicar" (6) o direito contemporâneo, para um outro em que a crítica do direito contemporâneo é feita em conjunto com o próprio reexame da experiência romana (7). O que, com freqüência, ocasiona mal-entendidos e radicalismos.

O que não se pode, de qualquer modo, é desvincular de suas fontes históricas o pensamento jurídico, em cujo atuar o momento mais relevante é a tomada de consciência delas. Isto vale como advertência para as atuais tentativas, que alguns juristas têm feito, de renovar a questão do conceito do direito, colocada entre as *securas* metodológicas da corrente analítica, o ontologismo tradicional, os normativismos residuais e o reducionismo sociológico (8).

(5) GIUSEPPE GROSSO, *Premesse Generali al Corso di Diritto Romano*, Torino, Giappichelli, cap. II, item 6, págs. 99 e seguintes. Veja-se também do mesmo autor, *Problemi Generali del Diritto attraverso il Diritto Romano*, Ed. Giappichelli, Turim, 1967.

(6) Por exemplo, H. F. JOLOWICZ, *Roman Foundations of Modern Law*, Oxford, At the Clarendon Press, 1967 (cf. o Prefácio, de F. H. LAWSON, pág. V).

(7) Veja-se ALDO SCHIAVONE, *Nascita della Giurisprudenza*, 2ª edição, Laterza, Bari, 1977; *Storiografia e Critica del Diritto*, Ed. De Donato, Bari, 1980.

(8) Entre as recentes sugestões para o reexame de certos temas genéricos em conexão com o legado romano, convém citar o artigo de ROLANDO TAMAYO Y SALMORÁN, "Introducción a la ciencia del Derecho y a la interpretación jurídica. La jurisprudencia romana" (em *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 39, ano XII, sept. — dic. 1980), e também o de SANDRO SCHIPANI, "Diritto Romano, Codificazioni e Unificazione del Diritto", em *Rev. de Diritto Civil, Immobiliario Agrario e Empresarial*, ano 4, n. 14, outubro 1980).

O crime de omissão e a responsabilidade penal por omissão

EVERARDO DA CUNHA LUNA

Catedrático de Direito Penal da Faculdade de Direito do Recife — UFPE; Membro do Conselho Nacional de Política Penitenciária e Correspondente Nacional Brasileiro no campo da prevenção do crime e do tratamento de delinqüentes (ONU)

I — A OMISSÃO E O FATO HUMANO

1 — O fato omissivo

O fato, no reino das ciências humanas, difere, essencialmente, do fato das ciências físicas, e a ciência jurídica é uma ciência humana. Como, porém, as ciências físicas e as ciências humanas manifestam uma forma universal que consiste em tratar de **fatos** e empregar **métodos** para tratá-los, existe, entre elas, uma **situação de analogia**. Nesta ordem de idéias, o fato é um aspecto da realidade colhido segundo uma idéia metódica. Sucede, porém, que, enquanto nas ciências físicas, as idéias metódicas mais importantes têm natureza formal, isto é, universal, nas ciências humanas, além das idéias

Trabalho apresentado e discutido no Colóquio de Direito Penal — Rio, preparatório do XIII Congresso Internacional de Direito Penal — Cairo, 1984 —, e promovido pelo Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro — órgão do Conjunto Universitário Cândido Mendes — e Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal.

metódicas de natureza formal, existem as idéias metódicas de natureza material, ou seja, idéias cujo valor geral e necessário é sempre relativo (STEPHAN STRASSER).

Sem tomar em conta a **situação de analogia**, acima referida, uma primeira corrente de pensamento trata fatos do homem como fatos da natureza. Deste modo, ao deparar com a ação e a omissão, procura **universalizar** as duas formas da conduta humana no binômio vontade e manifestação física da vontade, explicando a ação como um movimento corporal, e a omissão como um **nihil facere**, ou um **aliud agere**. Diante da construção artificial do **nihil facere** e do **aliud agere**, e também sem levar em conta a **situação de analogia**, já referida, uma segunda corrente de pensamento, igualmente dominada pelo **fisicismo** monista, explica a omissão como um **juízo de relação**, uma **criação normativa**, uma **ação esperada**. Pela primeira corrente de pensamento, o fato é desnaturado, e, pela segunda, é simplesmente negado. Veja-se: colocando-se, indevidamente, na essência da ação, uma corporeidade, ou se procura, em vão, no fato omissivo, essa corporeidade, ou se nega, na omissão, pela inexistência dessa corporeidade, a sua própria natureza fatural. Primeira conclusão: todas as ações são corporais; ora, a omissão é uma ação; logo, a omissão é corporal. Segunda conclusão: todas as ações são corporais; ora, a omissão não é corporal; logo, a omissão não é uma ação.

As dificuldades insuperáveis, com que defronta a investigação da natureza do fato omissivo, têm origem na colocação equivocada da ação humana. Com efeito. Sendo a ação um fato do homem, a sua essência não pode ser explicada pelas ciências físicas, mas precisamente pelas ciências humanas. Deste modo, colocadas ambas, a ação e a omissão, no campo das ciências humanas, observa-se que ambas, em vez de fatos corporais ou físicos, são fatos psicológicos, manifestações da vontade humana, que tanto podem permanecer no mundo interno do homem — tenha-se em mente o **ato de pensar**, como podem objetivar-se no mundo externo da sociedade. No direito, portanto, que pertence ao mundo externo da sociedade, constituem, a ação e a omissão, uma manifestação externa da vontade. Na ação, um **facere**; na omissão um **non facere** (ALBERTO DALL'ORA). Um fazer alguma coisa; um não fazer alguma coisa.

A concepção do fato omissivo como **realização objetivada da vontade** foi apontada como uma variante da **ação esperada**, o que conduz, sem apelo, a uma variante da concepção normativa da omissão (MARIO SPASARI). A crítica, porém, não atinge o alvo, porque se deparam duas coisas distintas — uma primeira, que é o conhecer em que consiste uma ação, e uma segunda, que é o esperar que uma ação seja praticada (GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO). No ato de conhecer, um **juízo de fato**; no ato de esperar, um **juízo de valor**. Fato, **non facere**, valorizado **quod non debetur**.

Se alguém dispunha, por exemplo, de três caminhos para ir de um lugar a outro, e preferiu o percurso desse ou daquele entre os três caminhos

existentes, pode-se afirmar, com segurança, que o percurso dos dois caminhos restantes, conforme um juízo de fato, foi omitido, simplesmente omitido. No exemplo, além da omissão, observa-se outro fato do homem: uma ação que consistiu em percorrer o caminho escolhido. Deste modo, tanto a ação como a omissão foram praticadas conforme um processo seletivo, que implica uma valorização. Ora, se a ação, embora valorizada não se despoja de seu caráter fatural, por que negar-se à omissão, também valorizada, a existência empírica do fato? Seria porque, na omissão, o valor e o fato são incindíveis, inseparáveis? Rigorosamente **não**, porque a mesma incindibilidade, a mesma inseparabilidade, observa-se na ação. Embora inseparáveis, tanto na ação como na omissão, o fato e o valor são perfeitamente **distintos**. Com a **distinção**, portanto, o **juízo de fato** e o **juízo de valor**.

Uma terceira corrente de pensamento repudia a fisicidade do omitir, porque a omissão, sendo omissão de uma ação, conceito **limitativo** e não meramente **negativo**, não é, em si mesma, uma ação (WELZEL). Acontece que existe, também, para a ação, um conceito **limitativo**, porque cada ação praticada implica a omissão de uma ou várias ações quaisquer: assim, quem escala a ingremidade de um monte, não caminha pelas ruas da cidade. Além disso, quando se afirma que a omissão é omissão de uma ação, penetra-se a esfera normativa e não a faturalidade do omitir. Como fato, a omissão não se refere, rigorosamente, a essa ou àquela ação. E se o conceito de omissão não é meramente negativo, é porque nele existe uma negação que busca uma afirmação. Neste passo, deve-se lembrar que, logicamente, a toda negação corresponde uma posição: a mãe que deixa de alimentar o filho para vê-lo morrer pela inanição, põe uma causa para o resultado morte da vítima, causa que é, realmente, uma ação de matar.

Por último, como a ação e a omissão são, essencial e fundamentalmente, fatos do homem, não sendo a omissão outra coisa senão uma forma ou espécie de ação, o que é fundamental na ação é fundamental na omissão. Assim, ação e omissão, fatos do homem, existem no tempo, ao contrário dos objetos, cujo lugar de existência é o espaço (LOUIS LAVELLE).

2 — O nexó causal

Verifica-se, conforme a causalidade lógica, um processo paralelo de oposição entre a causalidade do agir e a causalidade do omitir, porque em ambas, pelo processo hipotético de eliminação, tanto é condição do resultado o **fazer** como o **não fazer alguma coisa** (MEZGER). Ainda do ponto de vista lógico, que tipo de relação existe entre o **não fazer alguma coisa** e o resultado? Uma simples relação de **não impedimento**? Bastaria, deste modo, à realidade, uma pura relação negativa, ou negativista? Pensamos que não, e, antes de tudo, porque a toda negação corresponde uma posição (JUAN ZARAGÜETA), pensamento este que representa o primeiro passo da causalidade lógica para a causalidade real.

Na ordem da argumentação exposta, **deixar de alimentar o próprio filho** tanto pode corresponder à posição **cuidar da saúde do próprio filho pela dieta**, como ao fato positivo **matar o próprio filho pela fome**. Expressiva corrente da moderna doutrina italiana não concebe o nexos causal, na omissão imprópria, a não ser como um simples **não impedir o resultado** (GRISPIGNI, NUVOLONE). Ainda dentro da doutrina italiana, coerente com a correta doutrina de que, na causalidade jurídica, não se exige uma relação de conexão física, afirma-se que não se deve contrapor, à causalidade física da omissão, o fato de não impedir o resultado (PAGLIARO). A observação está certa, mas incompleta, porque, mesmo pela interpretação do CP italiano, não se trata de encontrar, na causalidade da omissão, uma fisicidade, ou uma muscularidade, mas de descobrir, no fato negativo de **não fazer alguma coisa**, o lógico correspondente positivo **fazer alguma coisa**. Deste modo, no exemplo livresco da mãe que deixa de alimentar o próprio filho, com vontade homicida, além de existir o fato negativo, consistente na falta de evitação do resultado morte, existe, com lógica evidente, o fato de que a mãe matou o próprio filho. A causalidade lógica, agora, apela para a causalidade real: resultado, sim, mas resultado de quê?

Ainda no campo da causalidade lógica, acrescenta-se, fala-se, no que respeita à omissão, de uma **causalidade potencial**, de um **processo intelectual hipotético**, de um **juízo hipotético**, enfim. Por esse caminho de entendimento, além dos dois juízos de conteúdo positivo, consistentes no conhecimento causal do autor e na possibilidade de ação, deve-se ter em conta o juízo de conteúdo negativo, que consiste em que o resultado teria sido evitado se o autor tivesse praticado a ação hipotética (PAGLIARO), exigindo-se, no juízo negativo, uma probabilidade nos limites da certeza de que a execução da ação omitida teria evitado o resultado (MAURACH, HELLMUTH MAYER). Sucede que também existe, na causalidade da ação, um juízo hipotético. Com efeito. Se, na omissão, como vimos, o juízo hipotético refere-se à causalidade potencial da ação, na ação, por sua vez, o juízo hipotético refere-se à causalidade potencial da omissão: no agir, juízo hipotético de negação; no omitir, juízo hipotético de afirmação (GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO). A causalidade lógica, repita-se, também na omissão, apela para uma causalidade real.

Onde, porém, situar a causalidade real da omissão? Certamente que a relação causal, agora em estudo, não pode ser concebida como uma relação física ou mecanicista. Pouco importa, porém, que não o possa, porque, também não se exige, para a causalidade da ação uma conexão física, esse resíduo do velho mecanicismo filosófico e científico do século passado.

Mas, onde situar a causalidade real da omissão? Em primeiro lugar, e isto é fundamental, diga-se que o **físico** não esgota o **empírico**, a realidade **empírica**, o **real** enfim. São empíricos os fenômenos da experiência externa sensível ou imaginativa (cosmológicos), bem como os da experiência interna (psicológicos) e os da experiência externa e interna ou mistos (sociológicos).

Além disso e para além da realidade natural, existe a realidade artificial que é elaborada pelo espírito com elementos tomados da realidade natural. Deste modo, a formação de conceitos como arte, moral e direito, que se realiza como a dos objetos naturais, pertence à realidade artificial (JUAN ZARAGÜETA). Sobre tais fundamentos, pode-se afirmar que a categoria do **não impedir** é uma categoria empírica, embora não seja uma categoria física ou naturalista (SPASARI, MOURULLO). O que importa, fundamentalmente, é que seja uma **categoria do pensamento e do ser**.

Em segundo lugar, diga-se que o **não impedir** o resultado pressupõe, na cadeia causal, uma condição negativa (ANTOLISEI, MOURULLO). Assim, no fato de deixar a mãe de alimentar o próprio filho, para matá-lo, uma condição negativa foi posta para a causação do resultado morte. Condição tão necessária ao resultado como seriam, exemplificando, as condições positivas de atirar com arma de fogo ou de ministrar veneno mortal.

Afirma-se, na doutrina italiana que, no exemplo invocado, causa da morte é o processo orgânico de desnutrição que conduz ao exaurimento das energias vitais, e não o fato da mãe que se conservou inerte (PETROCELLI). Ora, o processo orgânico, a que se refere a doutrina citada, ao invés de causa, é resultado, e precisamente o resultado **morte**, cujo desenvolvimento fisiológico dá lugar, segundo a tanatologia, à morte súbita ou agônica, não se devendo esquecer que, rigorosamente, “toda morte, ainda que repentina, não deixa de ser precedida por agonia, fugaz que seja” (FLAMINIO FAVERO). Afirmar, no exemplo em estudo, que a inércia da mãe não é causa da morte do filho, **sit venia verbo**, é como dizer que a causa da morte, por envenenamento, não é a administração do veneno, mas o processo fisiológico do envenenamento.

Pouco importa se objete não existirem, no campo das ciências naturais, as chamadas condições negativas. E não importa: primeiro, porque os fatos humanos não podem ser concebidos dentro dos precisos quadros da ciência natural; segundo, porque se depara uma questão de natureza também filosófica e, filosoficamente, defensável — **the conditions of phenomena include negative as well as positive circumstances** (BAIN); terceiro, porque, entre as ciências naturais de um lado, e a filosofia de outro, a ciência humana inclina-se, por essência, para a filosofia; e, quarto, porque, na dinâmica causal das condições, as condições negativas correspondem, necessariamente, a determinadas condições positivas.

Todavia, mesmo sem recorrer ao conceito filosófico da condição negativa, para introduzi-lo no campo da omissão, mesmo assim se descobre, à luz de uma apurada reflexão, que o nexa causal do fato omissivo situa-se na esfera da causalidade real, não podendo, conseqüentemente, ser negado sobre o fundamento de que a causalidade não pode ser colocada num **Irrealis Plusquamperfecti** (ARTHUR KAUFMANN). Com efeito vimos, acima, que os fenômenos sociais são fenômenos empíricos e mistos de experiência externa e interna. Sendo fato social, a omissão é um fenômeno empí-

rico, misto de experiência externa e interna. Empírico, reafirma-se, não como conceito estrito de força física (ANIBAL BRUNO), mas como conceito **material**. Com tais argumentos, a omissão não é um **nullum fatual**. Pelo contrário: a não atividade é **conditio sine qua non** do evitamento da ação do resultado abstida, e o evitamento, por sua vez, é a causa da produção do resultado (BAUMANN). No exemplo explorado, da mãe e do filho, a inércia condiciona a não alimentação e a não alimentação causa o resultado morte.

Agora, pergunte-se, por que negar posição ao fato omissivo, na chamada causalidade material? Por que, na omissão, substituir a causalidade pela não evitação do resultado, ou, o que dá no mesmo, por que reduzir essa causalidade a essa não evitação do resultado?

A negação da causalidade da omissão repercute, naturalmente, em toda a estrutura jurídica do crime. Efetivamente. Sem o nexu causal do fato omissivo, crimes de resultado são punidos sem a causação do resultado, surgindo, como conseqüência, a estranha categoria de crimes de simples não atividade (BAUMANN). **Pulchra (?)**, Nova, **Falsa categoria**.

II — A OMISSÃO E A NORMA JURÍDICA

1 — O fato normativo

A omissão, como fato humano real, como ação do homem na sociedade, ao penetrar o mundo dos valores, recebe uma disciplina normativa. E ao ser valorizada por uma ordem normativa, seja de decoro, de moral, de religião, ou de direito, torna-se uma realidade fatual normativa. Deste modo, todas as omissões, como também todas as ações, jurídico-penalmente relevantes, são fatos normativos, ou seja, são ações e omissões disciplinadas no direito penal. As vezes, acrescenta-se, o fato empiricamente único tanto pode ser considerado ação como omissão, tudo dependendo do giro de linguagem em que está normativamente disciplinado. Assim, enquanto nos artigos 150 e 614, respectivamente, do Código Penal brasileiro e do CP italiano, segunda parte do tipo penal da violação de domicílio, o **permanecer** e o **si trattiene** constituem ação em sentido estrito (VANNINI, ANTOLISEI), no § 123 do CP alemão, que corresponde ao mesmo tipo penal de violação de domicílio, segunda parte, o **sich nicht entfernt** constitui omissão (JESCHECK).

Tradicional a classificação da omissão em **própria** e **imprópria**. Como os imperativos jurídicos são negativos e positivos, os fatos praticados por ação violam normas proibitivas, e os fatos praticados por omissão violam normas preceptivas. Enquanto, na omissão própria, viola-se um dever jurídico de atuação, na omissão imprópria, viola-se o dever jurídico de atuação como fonte de um dever jurídico de proibição. Alguns autores (MAURACH) entendem que, na omissão imprópria, os dois deveres são violados, o proibitivo e o preceptivo. Outros autores (JESCHECK) entendem que, na omissão imprópria, assim como acontece na omissão própria, um só dever é violado

— o preceptivo —, pelo que melhor seria classificar a omissão em simples e qualificada. Como foi dito acima, na omissão imprópria, violenta-se a norma proibitiva de causação de um resultado, porque os tipos penais dos crimes de resultado são *construídos sobre os fundamentos do valor do resultado*, quer este seja de dano, quer seja de perigo.

A omissão própria está explicitada na lei, quer num tipo de omissão, quer num tipo misto de comissão e omissão. A omissão imprópria está implícita nos tipos de crimes de resultado, e, algumas vezes, encontra-se explícita num tipo a ela destinado.

Um destaque particular merece a omissão imprópria. É que nos crimes comissivos por omissão, além do *dominium*, o poder sobre o fato, existem deveres jurídicos especiais de não causar o resultado. Tais deveres emanam da posição de *garantidor* do bem jurídico protegido, fazendo com que a omissão imprópria seja um *crime próprio* de determinadas pessoas.

Como os crimes comissivos por omissão, regra geral, não estão explicitados nos tipos penais, surge o problema da constitucionalidade da punição da omissão imprópria. Não haveria, na tipificação desses crimes, considerados implícitos nos tipos penais de resultado, uma ofensa ao princípio da reserva legal? Tendo como conteúdo deveres jurídicos emanados de outras fontes, que não a própria lei penal, não escapariam esses tipos penais ao controle do salutar princípio de legalidade? Quanto à implicitude, deve-se lembrar que, em muitos tipos penais, elementos constitutivos do crime estão implícitos, exigindo, desse modo, uma *investigação especial*. E quanto a outras fontes de deveres jurídicos, que vão além das palavras descritivas da lei penal, exigindo juízos de valorização, deve-se lembrar, igualmente, que existem, em muitos tipos penais, elementos constitutivos do crime de natureza valorativa. A questão básica, fundamental, portanto, não está na própria *essência* da omissão imprópria, mas no *modo* como deve ela ser disciplinada pelo direito penal.

A técnica da construção de tipos penais, na Parte Especial, destinados aos crimes comissivos por omissão, não pode ser escolhida como a única constitucionalmente adequada e praticamente eficaz. Dois defeitos apresenta: ou deixa escapar uma grande quantidade de fatos que merecem punição, ou procurando abarcá-los a todos, tarefa tortuosa, peca contra a economia legal. Tem a virtude, porém, de limitar o número de bens jurídicos e de agrupar, num tipo omissivo, vários crimes da mesma natureza.

A técnica da indicação analítica das fontes do dever jurídico, nos crimes de omissão imprópria, tem a vantagem de oferecer, ao intérprete, meios de investigação. Expõe-se, contudo, ao perigo de alcançar fatos que não deveriam ser alcançados. Haja vista à legitimidade ou ilegitimidade do perigo antecedente e ao contrato nulo ou anulável. Além disso, pode prejudicar a dinâmica da jurisprudência e da doutrina.

A técnica de considerar a omissão, ao lado da ação, como causa do resultado, ou como obrigação de impedi-lo, não se compadece com a natureza do crime próprio. Sendo a omissão imprópria um crime próprio, é preciso, portanto, que a lei diga **próprio de quem**. Deixar o problema para a jurisprudência e a doutrina, excedendo o alcance de doutrina e jurisprudência, gera um perigo para a justiça e para os direitos individuais.

A técnica de indicação sintética do dever jurídico tem força limitativa, mas não é precisa na indicação da posição de garantia nos tipos penais. Nesta técnica, a presença de uma cláusula de equivalência ou correspondência é condenável, porque pode deixar ao juiz um poder discricionário exagerado (BAUMANN).

Procurando-se fazer uma comparação entre as quatro técnicas mencionadas, pode-se afirmar que a técnica analítica e a da construção dos tipos gerais de omissão, na Parte Especial, são preferíveis às duas últimas técnicas mencionadas. Como, porém, todas elas padecem de defeitos inegáveis, pode-se sugerir, para discussão, uma variante da primeira técnica de fixação, na lei, dos limites da omissão imprópria. Sem explanação discursiva, fundaria essa técnica um artigo e três parágrafos do modo que segue:

Art. — O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

§ 1º — A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

§ 2º — A omissão é relevante como causa quando o omitente tinha o dever legal de evitar o resultado.

§ 3º — A pena pode ser atenuada.

O dever legal emanaria da lei em amplo sentido, como na hipótese da mãe que mata o filho, privando-o de alimentação, e da própria lei penal que tipifica, **expressamente**, na **Parte Especial**, os crimes de omissão imprópria. A pena poderia ser atenuada, para a hipótese da lei em sentido amplo, porque a omissão é menos grave do que a ação em sentido estrito, quer como fato material, ao contrário do que pensam alguns autores (RODRIGUEZ DEVESA, IVO CARACCIOLI), quer como fato culposo, quer quanto à periculosidade do agente (KISSIN, GIUSEPPE GUARNIERI). Muito oportuna a observação de que os crimes de omissão se acham, freqüentemente, fora do âmbito da consciência ética geral (JESCHECK).

A presente tese, em essência de origem alemã (GRUNVALD, ARMIN KAUFMANN, BUSCH, SCHÖNE, BOCKELMANN), exige um complexo trabalho legislativo, mas é a que, sem sombra de dúvida, corresponde ao prin-

cípio da reserva legal e ao Estado de Direito (GIOVANNI GRASSO). Merece, portanto, debate e discussão.

Como fato, a omissão requer o **dominium**: quem está no Rio de Janeiro não pode evitar, no Recife, a queda de uma criança. O **dominium**, que abarca uma complexidade de fatos, condiciona, materialmente, a conduta omissiva. Como fato, ainda, implica uma existência no tempo, e, sob determinadas condições temporais, deve ser investigada no preciso momento em que foi praticada. Fato instantâneo? Fato permanente? — Ainda pelo decurso do tempo, por condições temporais, portanto, é que se pode investigar, por um lado, a consumação e a tentativa, e, por outro, a desistência e o arrependimento eficaz. No que se refere à tentativa, pode-se afirmar que não existe na omissão própria, e, se, porventura existisse, daria lugar, unicamente, à desistência voluntária e nunca ao arrependimento eficaz. Já na omissão imprópria, é concebível a tentativa. Como, na omissão imprópria, verifica-se a causação do resultado, diz-se que, nos crimes comissivos mediante omissão, a desistência consiste em um fazer, em um ato positivo. Assim, no exemplo da mãe que deixa de amamentar o filho para matá-lo, a desistência de prosseguir na execução do crime consiste, precisamente, no ato de amamentá-lo, de alimentá-lo. E, por outro lado, no exemplo do pai, que deixa o filho envenenar-se e depois o socorre com um antídoto, vê-se uma hipótese de arrependimento incapaz (VANNINI). No primeiro como no segundo exemplo, em que pese à lição da doutrina, o que ocorre, realmente, é o arrependimento eficaz. No primeiro exemplo, a mãe que resolve alimentar o filho impede, também, o resultado morte, ou lesão corporal da vítima. Tanto faz impedir o resultado danoso ao filho, que está a **morrer pela fome**, como ao filho que está a **morrer pelo veneno**. Na primeira como na segunda hipótese, no momento em que se inicia a **omissão executiva**, começa, também, a produção do resultado. Logo: arrependimento eficaz pelo impedimento do resultado em ambas as hipóteses. Por fim, deve-se manter, na omissão imprópria, o princípio francês do **commencement de l'action**, válido na tentativa por ação.

Sendo o fato omissivo uma manifestação da vontade, o elemento subjetivo da omissão é a própria vontade. Deste modo, temos: 1) a manifestação da vontade como elemento objetivo da omissão; e 2) a vontade manifestada como elemento subjetivo da omissão. O elemento subjetivo da ação e o elemento subjetivo da omissão, portanto, enraízam-se na vontade do homem. Tanto na ação, como na omissão, presente está a consciência e presente a vontade. Negar à omissão o caráter de **vontade**, reduzindo-a a um **omitir consciente** (ARMIN KAUFMANN, WELZEL), é um exagero da concepção finalista da ação, que concebe a vontade como **vontade de realização orientada a um omitir**. Ora, a vontade, como fenômeno psicológico, é vontade de alguma coisa, e não vontade para alguma coisa.

Por consequência, no dolo, na culpa, na culpabilidade e na consciência da antijuridicidade, os princípios fundamentais são os mesmos para a ação e para a omissão. Detalhes, apenas, que dizem respeito à natureza das duas

formas básicas da conduta humana, e nunca incompatibilidade ou diferença essencial entre o dolo ou a culpa, da ação, e o dolo ou a culpa, da omissão; entre a culpabilidade dolosa e a culpabilidade culposa. A não ser para a teoria finalista da ação, que afasta o dolo da culpabilidade, colocando nesta a consciência da antijuridicidade, comuns são os princípios em que se apóia o tratamento jurídico-penal dos elementos subjetivos da ação e da omissão.

É admissível a participação por omissão em crime de ação ou de omissão. Assim, o vigia de uma casa que, na ausência dos moradores, assiste, impassível, à entrada de estranhos na casa, sem o consentimento ou contra a vontade de quem de direito, participa, por omissão, da violação do domicílio. Assim também o pai de uma criança que, impassível, assiste à esposa matando por inanição o filho comum. participa, por omissão, do homicídio.

2 — A responsabilidade penal

A legislação penal brasileira, desde o **Código Criminal de 1830**, vem consagrando, expressamente, um dispositivo para o crime de omissão. Assim preceitua o Código Criminal:

Art. 2º — Julgar-se-á crime ou delito:

§ 1º — Toda a ação ou omissão voluntária contrária às leis penais.

Sobre a omissão no Código Criminal, TOBIAS BARRETO escreveu, nos princípios da segunda metade do século XIX, uma monografia intitulada **Dos Delitos por Omissão**, que pode ser lida hoje como se hoje tivesse sido escrita.

O Código Penal de 1890, por sua vez, prescreve:

Art. 2º — A violação da lei penal consiste em ação ou omissão; constitui crime ou contravenção.

Estudando a **ação ou omissão**, no **Código Penal da Primeira República**, nos começos do segundo quartel do presente século, ANTONIO JOSÉ DA COSTA E SILVA, escreve estas palavras de admirável atualidade científica:

“A vontade se exterioriza, em regra, por um movimento corpóreo. Pode, porém, igualmente, se manifestar pela ausência ou falta de um movimento dessa natureza. Daí o dualismo entre a ação e a omissão. A distinção é simplesmente terminológica. A omissão não representa coisa diversa da ação: é apenas uma modalidade desta. A ciência e a prática estão de acordo nessa equiparação.”

O Código Penal de 1940, hoje vigente, dispõe sobre a omissão desta maneira:

Relação de causalidade. Art. 11 — O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu

causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Superveniência de

causa independente. Parágrafo único — A superveniência de causa independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

Os dois maiores estudiosos do Código Penal de 1940 são NÉLSON HUNGRIA e ANÍBAL BRUNO, ambos falecidos. Entre os juristas vivos, cite-se HELENO CLAUDIO FRAGOSO, que introduziu, em obra geral sobre o Código Penal brasileiro vigente, a sistemática da moderna doutrina finalista, e a JOÃO BERNARDINO GONZAGA, que escreveu uma obra intitulada **O Crime de Omissão de Socorro**, cuja introdução está destinada ao estudo do fato material do crime.

A partir do ano de 1962, começa-se a fazer o estudo da reforma penal brasileira, cujo histórico não cabe no presente trabalho. Para a reforma penal, no Brasil, algumas considerações podem ser feitas, agora, no que concerne à responsabilidade penal por omissão. Considerações de Política Criminal.

Diante das transformações sociais e econômicas do mundo atual, a ordem normativa jurídico-penal não pode permanecer indiferente. Algo deve ser mudado na própria **estrutura** do direito penal. E medidas podem ser tomadas para atender aos reclamos da **conjuntura**. Deste modo, dinamiza-se o **estrutural** e reflete-se, criativamente, o **conjuntural**.

Em primeiro lugar, defensável é a tese de aumentar o número de hipóteses de fatos omissivos, quer próprios, quer impróprios. A tipificação dos crimes de omissão imprópria representa um hábil expediente para o atendimento do aumento em questão. Novas obrigações, com o aumento da tipificação de crimes omissivos, surgirão, quer sejam dirigidas a pessoas particularmente qualificadas, quer sejam dirigidas a todas as pessoas. Para a primeira hipótese, o mundo moderno, e o Brasil em particular, está a exigir maiores deveres dos homens públicos e de negócios, dos profissionais liberais e dos técnicos especializados. Para a segunda hipótese, lembre-se a necessidade de um tratamento mais acirrado, no campo da omissão, dos atos praticados na circulação de veículos.

Para a defesa dos interesses gerais e econômicos, não parece ser oportuna, pelo menos dentro da tradição jurídica brasileira, a responsabilidade penal das sociedades, das pessoas jurídicas. Penalmente, devem responder os seus sócios pela culpa porventura cometida. Para a sociedade, para a pessoa jurídica, as sanções jurídicas extrapenais parecem ser suficientes. Apenas deve-se fazer uma revisão, diante da nova ordem econômica, para o aprimoramento e a eficácia dessas sanções jurídicas extrapenais.

Em segundo lugar, com o alargamento da função do direito penal, devem-se ter em vista duas condições fundamentais: 1ª) conservação da dignidade do direito penal dentro da sociedade; e 2ª) atendimento das necessidades sociais presentes pelo direito penal. Pela primeira condição, o direito penal, tendo um valor categórico e não meramente hipotético, deve manter o seu alcance e a sua limitação no combate ao crime, não devendo, por isso mesmo, transformar-se em instrumento para a consecução de fins sócio-econômicos. Pela segunda condição, o direito penal não deve ser considerado apenas como um direito de proibições. Ao lado e para além dessa sua histórica função negativa e proibitiva, deve ele ser valorizado como protetor de bens do homem, assumindo uma função positiva e propulsiva dos valores sociais e humanos. A obrigação de agir, que emana dos tipos penais de omissão, desempenha uma função de primeira ordem na atividade propulsiva e protetora de bens jurídicos do direito penal.

Por último, para o Estado, como órgão do direito, devem ser estabelecidos limites precisos de modo a torná-lo um Estado liberal e social, ou seja, um Estado de Direito. Além de garantias constitucionais e processuais penais, principalmente no que respeita aos direitos humanos, quatro dogmas fundamentais, no direito penal, não podem ser violentados ou descuidados: o dogma da reserva legal, o dogma do bem jurídico, o dogma da ação e o dogma da culpabilidade. Pelo dogma da reserva legal, que impede a analogia, devem-se evitar, o quanto possível, os chamados tipos penais abertos. Pelo dogma do bem jurídico, que deve caracterizar-se pela precisão, devem-se combater os dogmas políticos, pretensamente fundamentados em exigências sociais e históricas, cujos caminhos sacrificam a certeza do direito e o valor da justiça nos altares do oportunismo e das circunstâncias adversas juridicamente vencíveis. Pelo dogma da ação, resguarda-se a intimidade e a liberdade da pessoa humana, evitando-se a persecução penal da opinião e do pensamento. O dogma da culpabilidade, limitando-se, subjetivamente, aos fatos penalmente insuportáveis, traça uma linha divisória entre a moral e o direito, deixando ao homem um largo campo de atividade, na ordem social, sem a preocupação e a ocupação com deveres ilegítimamente impostos pela ordem do Estado.

Como conclusão, diga-se que as novas necessidades sociais e humanas, os fatos que constituem a tessitura da sociedade de novos dias podem e devem ser protegidos ou combatidos, sob o aspecto penal, conforme os princípios de direito que recebemos do passado, conquistas perenes do espírito que devem ser fortalecidas pela vida, porque as raízes do verdadeiramente novo são as mesmas raízes destes princípios e destas conquistas(*).

(*) A conclusão, acima, é a mesma da aula inaugural do Curso de Doutorado da Faculdade de Direito do Recife, que demos no ano de 1967, e que foi publicada sob o título "Tendências do Direito Penal Contemporâneo", na Revista Acadêmica, LXIV, Recife, 1968, 75 a 88.

Posição do resultado no fato criminoso: teorias explicativas

JOÃO BATISTA DA SILVA

Juiz do Trabalho
Junta de Conciliação e Julgamento —
Paulista — Pernambuco

SUMÁRIO

- 1 — *Introdução*
- 2 — *Teoria naturalista*
- 3 — *Concepção da teoria jurídica*
- 4 — *Substituição do resultado pelo fim, na teoria finalista*
- 5 — *A adequada visão da teoria social*
- 6 — *Apreciação crítica e conclusão*
- 7 — *Bibliografia*

1 — *Introdução*

Pretendemos examinar, na angustura desta análise, o problema da colocação do resultado (evento) dentro do contexto da relação causal e, mais especificamente, no contexto da ação. O ente “resultado” será objeto de nossa observação; não poderemos, todavia, examiná-lo de maneira estanque, em decorrência de sua estreita e umbilical ligação com o outro pólo da relação causal — a ação.

Diante da complexidade da matéria, começaremos o estudo observando como as diversas teorias encaram o fenômeno “resultado”. Claro que não poderemos nos adentrar profundamente nos meandros de cada teoria examinando o pensamento de cada um de seus formuladores, tarefa que exigiria mais espaço e tempo. Procuraremos aventar, por isso, apenas as linhas gerais que formam o conteúdo de cada uma delas.

E eis que surge a primeira dificuldade. Dificilmente encontramos autores alinhando as diversas concepções sob as mesmas denominações. Ora as dividem em dois lotes (concepção *objetiva* e concepção *subjetiva*), como GIUSEPPE BETTIOL⁽¹⁾, ora em teorias *causais* e teoria *final* — REINHART MAURACH⁽²⁾; já em concepção *naturalista* e concepção *jurídica* — FRANCESCO ANTOLISEI⁽³⁾, já em concepção *formal* ou *jurídica* e *material* — EUGENIO CUELLO CALÓN⁽⁴⁾; também há quem as divide em três compartimentos, da mesma forma que se faz

(1) BETTIOL, Giuseppe — *Direito Penal*, pág. 262.

(2) MAURACH, Reinhart — *Tratado de Derecho Penal*, págs. 211 e 212.

(3) ANTOLISEI, Francesco — *Manuale di Diritto Penale*, pág. 150.

(4) CALÓN, Cuello — *Derecho Penal*, pág. 318.

com as teorias explicadoras da ação: teoria causal-naturalista, teoria finalista e teoria social. Assim o faz, por exemplo, JOHANNES WESSELS (5).

Para efeito de estudo do "resultado", não nos preocuparemos em alinhar as várias teorias na forma como fazem os autores acima citados ou outros estudiosos. Arrostaremos a matéria de uma perspectiva mais ampla, com maior liberdade, aproveitando os elementos oferecidos pelos autores mencionados. Fá-lo-emos através do prisma das teorias naturalista, jurídica, social e final.

2 — Teoria naturalista

Em sua concepção clássica, a teoria naturalista não separa resultado e ação; tem-nos como uma só coisa. É nesse sentido o ensinamento de FRANZ VON LISZT, um dos mais célebres corifeus da doutrina em terras da Alemanha.

Ação, para ele, seria, substancialmente, o fato que repousa na vontade humana e a mudança do mundo exterior referível à vontade humana. Faltando um desses dois elementos — a ação e a mudança no mundo exterior apreciável pelos sentidos — não haveria o "injusto". Sem a mudança operada no mundo exterior, sem resultado, não haveria o "injusto", o crime (6). Toda ação, para se constituir ilícito penal, crime, teria que ter um resultado físico, perceptível por nossos sentidos. Assim entendia a teoria naturalista.

A constatação, a nível legislativo, da existência de crime, de tipo penal, sem perceptível resultado material, físico, fez com que a teoria naturalista começasse a abrandar o rigor inicial. Aceitou-se, por exemplo, que o resultado, como efeito da ação, não se resumisse apenas em ser transformação no mundo exterior, sempre de natureza física; mas que se estendesse também ao mundo interior do outro, do sujeito passivo do crime.

Mesmo assim, permanecia-se ainda dentro de uma concepção naturalista, levando em conta que aquilo que era entendido como "mundo interior" nada mais era do que "la emocionalidad desprovista de valor y de sentido del individuo biopsicológicamente concebido"; o resultado continuava sendo um fenômeno do mundo natural-empírico da existência social e, por isso, absolutamente estranho à valorização jurídica (7).

A tentativa de harmonizar os postulados da teoria naturalista com os modernamente conhecidos crimes sem resultados, levou a que se alargasse cada vez mais o conceito de resultado, chegando-se a ponto de confundi-lo com as noções de "ofensa", "lesão" e "dano".

(5) WESSELS, Johannes — *Direito Penal*, págs. 18-20.

(6) LISTZ, Franz von — *Tratado de Direito Penal Alemão*, págs. 91-92. Merece destacar aqui a qualidade da tradução de JOSÉ HIGINO. De bom vernáculo, precisa e clara. Não usou em qualquer momento a expressão "evento", como fazem muitos dos nossos autores e tradutores. "Evento" é sinônimo de "acontecimento", "sucesso"; nunca foi sinônimo de "resultado". Evento e resultado significam coisas diferentes. O Prof. Everardo da Cunha Luna, pelo que sabemos, foi o primeiro, no Brasil, a chamar a atenção para tal espécie de confusão (EVERARDO DA CUNHA LUNA — *O Resultado, no Direito Penal*).

(7) HUERTA FERRER, Antônio — *La Relación de Causalidad en la Teoría del Delito*, págs. 91-92.

GIUSEPPE MAGGIORE, por exemplo, afastando a possibilidade de existência de crime sem resultado (il parlare di delitto del tutto senza evento è grave improprietà giuridica), assinala que a ação (no crime) poderá não trazer um resultado, seja ele de dano, de perigo ou ainda físico ou mesmo jurídico; mas sempre existirá um resultado (8).

No Brasil, NELSON HUNGRIA perfilhou, inteiramente, a teoria naturalista. Afastando a idéia de crime sem resultado, a toda ação ou omissão penalmente relevante atribuía o saudoso penalista brasileiro um "eventus damni" ou um "eventus periculi" lembrando que às vezes o resultado (dano) não se faz perceptível pelos sentidos; exemplificava esta última hipótese com o caso da ofensa à honra, no crime de *injúria*.

De certo que uma das causas que levaram o nosso autor a assumir tal posição fora o conteúdo da norma do art. 11 do Código Penal brasileiro, a qual, pelo enunciado que tem, dá a entender ser o resultado "conditio sine qua non" da existência do crime: "o resultado, de que depende a existência do crime...". Entendeu NELSON HUNGRIA que o Código Penal teria adotado conscientemente a orientação naturalista, trazendo em favor de sua opinião as razões expostas na Exposição de Motivos do Código Penal brasileiro (9).

Ao final dessa pequena exposição acerca da teoria naturalista, consideramos necessário fazer um reparo ao que foi dito por ALFREDO DE MARSICO (10). Afirma este autor que entre as consequências da teoria naturalista está a de que o delito há de ser dividido entre delito com resultado e delito sem resultado.

Temos — *datissima venia* — haver o autor italiano laborado em erro. Conforme o dissemos anteriormente, no contexto da teoria naturalista não há crime sem resultado. Mesmo em se tratando de crimes de *injúria*, onde "nessun mutamento esteriore producono", os cultores da teoria não afastam a idéia da realização de resultado, no *mundo interior*, eis que o mundo interior do próximo, da vítima, também pertenceria ao *Aussenwelt* do sujeito ativo (11).

3 — *Concepção da teoria jurídica*

Começamos a apreciação das várias teorias a partir da naturalista porque depois da exposição de seu conteúdo, mesmo a vôo de pássaro como o fizemos, torna-se mais fácil apresentar as demais pela relação que elas mantêm com a naturalista; ora afastam-se, ora aproximam-se desta. Ademais, do ponto de vista cronológico, a naturalista é a mais antiga.

A concepção jurídica do resultado coloca-se em posição oposta à da teoria naturalista. Por isso, urge fazer a exposição desta cotejando-a com aquela.

(8) MAGGIORE, Giuseppe — *Diritto Penale*, pág. 242.

(9) HUNGRIA, Nelson — *Comentários ao Código Penal*, pág. 190.

(10) DE MARSICO, Alfredo — *Diritto Penale*, pág. 98.

(11) HUERTA FERRER, Antônio, *op. cit.*, pág. 91.

Diferentemente da outra, o resultado na teoria jurídica não é a modificação sensível do mundo físico ou psíquico, mas sim o prejuízo imediato "do interesse protegido pela norma". Nesta, o resultado é concebido como mero conceito jurídico; naquela, em função de sua consistência perceptível no mundo natural.

Seguindo o caminho da teoria jurídica, o resultado vai identificar-se com a consequência lesiva da ação, transformando-se em apenas um "ente" conceitual, abstrato: a ofensa ao interesse protegido pela norma jurídica, traduzida ora na efetiva lesão, ora na simples exposição a perigo de um bem ou interesse protegido (12).

Vê-se, daí, que a idéia jurídica do resultado tem aplicação plenamente válida no campo puramente intelectual dos conceitos jurídicos, não correspondendo ou coincidindo com qualquer modificação no universo da realidade, destacando-se como típico exemplo a hipótese de omissão de socorro (art. 135 do nosso Código Penal), bem como o adultério (art. 240) onde a lesão do bem jurídico protegido realiza-se sem alteração qualquer no âmbito da realidade natural ou material.

Cotejando-se as duas teorias, vamos chegar à curiosa e aparente contradição: por focar o resultado de ponto de vista eminentemente físico-natural, a primeira delas não poderia nem poderá admitir "resultado" nos chamados crimes formais, nos chamados crimes sem resultado e na tentativa de crime.

A teoria jurídica, pelo contrário, identificando o resultado com a consequência da agressão ao bem jurídico tutelado, agressão que se traduz ou não na lesão do bem propriamente ou na sua exposição a perigo — compreensão vastíssima e abrangente —, não vai distinguir entre crime com ou sem resultado, porque toda ação antijurídica já seria, ao mesmo tempo, ação e resultado (13).

4 — Substituição do resultado pelo fim, na teoria finalista

As duas teorias até agora examinadas, mesmo divergindo entre si no tocante à natureza do resultado, apresentam, todavia, um ponto de contato quando reconhecem ser o resultado um dos pólos da relação causal.

A diferença estaria em que, enquanto na teoria naturalista o resultado seria sempre, como o efeito na relação causal, relação de causalidade, tal qual ocorre na natureza, tendo consistência física, caindo sob os nossos sentidos, presente materialmente no mundo externo ou interno da vítima, na outra teoria o resultado não apresentaria tal conformação, tal realidade. Não teria consistência material, não seria físico-naturalmente perceptível; de natureza imaterial, ideal mesmo, seria um ente "jurídico", como já observamos.

A teoria *finalista*, que ora passamos a examinar em largos traços, tomou um sentido contrário. Afastou por inteiro de sua preocupação a idéia de causa-

(12) LITTALE, Luigi de — *Il "Fatto" nella Teoria Generale del Reato*, pág. 166.

(13) ANTOLISEI indica os cultores dessa teoria na Itália: MASSARI, VANNINI, DE LITTALE e PANNAIN (ANTOLISEI, *op. cit.*, pág. 150).

lidade. O resultado não comporia mais o “ser” da ação; entre esta e o resultado não existiria mais a ponte causal.

O ponto de partida da teoria finalista foi a revisão completa que se fez do conceito de ação. WELZEL, um dos iniciadores do movimento na Alemanha, definia a ação — na obra em que formulou a teoria e cujo título, no entender de PETROCELLI, “esprime l’ambizioso proposito di dare un *nuovo volto* al sistema penale” — como o exercício de atividade objetivando um fim, um escopo. Seria acontecimento finalístico e não apenas meramente causal (14).

Na Itália, foi GRISPIGNI quem cuidou de introduzir a teoria finalista. Declarava ele que “in ordine al carattere finalistico dell’azione non possono esservi dubbi di sorta. L’azione è stata sempre tale, ed è finalistica nella sua stessa essenza, essendo nella sua stessa natura l’esser diretta verso uno scopo; e sotto questo aspetto una distinzione tra finalisti e non finalisti è da ritenersi inammissibile” (15).

Para a teoria em exame, o agir é o exercício da atividade finalista; a ação é acontecimento final e não somente causal. A finalidade da ação basear-se-ia na capacidade do homem em prever as possíveis conseqüências de sua atividade, de assegurar diversos objetivos e conduzir sua conduta conforme um plano estabelecido de conformidade com o objetivo desejado (16).

O resultado, como entendido pelas duas teorias anteriores, *não está*, no esquema geral da teoria finalista, dentro da ação. Afugentaram o resultado, no momento da elaboração do conceito de ação, substituindo-o pelo elemento “fim”.

Instituído e produzido inteiramente pelo legislador, o resultado ficaria fora da ação e constituiria o ponto terminal do tipo penal, jungindo-se à ação em uma unidade apenas *artificial* (17). Isso tanto no delito doloso como no culposos. O resultado a que o autor (agente) se propõe atingir é, no primeiro, de regra, indiferente para o direito, situando-se fora do tipo em que a conduta do autor foi enquadrada (18) (19).

(14) PETROCELLI, Biagio — *Saggi di Diritto Penale*, pág. 84.

(15) PETROCELLI, Biagio — *op. cit.*, pág. 85.

(16) WESSELS, Johannes, *op. cit.*, pág. 19.

(17) MAURACH, Reinhart, *op. cit.*, pág. 213.

(18) *Ibidem*, pág. 214. De grande utilidade para a compreensão da teoria finalista, tal como entendida na Alemanha, em seus vários aspectos, é o trabalho de MARCELLO GALLO — *La Teoria dell’Azione “Finalistica” nella più Recente Dottrina Tedesca*, Dott. A. Giuffrè — editore, Milano, 1967.

(19) O Prof. EVERARDO DA CUNHA LUNA resume a concepção do resultado na teoria finalista, do seguinte modo: “O resultado significa a realização do tipo, e, por isso mesmo, deve sempre ser tomado em consideração, inclusive nos crimes de atividade, nos quais, se não surge o problema do nexu causal, aparece, contudo, o problema da tentativa” (*O Resultado, no Direito Penal*, pág. 84).

5 — A adequada visão da teoria social

Poder-se-ia, à primeira vista, tachar a teoria social — da qual cuidamos agora em largas pinceladas — de híbrida ou eclética, pelo fato de aproveitar e conciliar muita coisa das demais teorias até aqui observadas. Com efeito, a teoria social do resultado⁽²⁰⁾ toma o que existe de positivo nas outras teorias harmonizando-se com a realidade social do direito.

Da teoria naturalista aproveita o entendimento de que toda ação — tomada esta como causa — tem um resultado como efeito, tal e quejando ocorre na natureza, no universo da realidade. No crime de homicídio, por exemplo, ninguém poderá negar que a ação de matar corresponde o resultado morte. Entre a causa e o efeito há a relação de causalidade, da mesma forma como se passa na natureza.

Mas o direito não se identifica inteiramente com a natureza. Não é natureza somente. É, antes de natureza e mais do que natureza, normatividade.

O que há de natureza no direito entrou nesta pela porta da normatividade. Assim, “em cada caso, o fato que é tomado em consideração pelo direito penal é um fato penalmente relevante embora nem sempre seja um fato antijurídico (...) cada fato supõe uma *valoração preliminar* por parte do intérprete”⁽²¹⁾.

Labora a teoria social, pois, levando em conta o elemento, o aspecto naturalista do resultado, sem esquecer, todavia, o seu lado normativo ou jurídico. Tal como faz com o conceito de ação. O direito jamais poderia desconhecer ou passar por cima de certos aspectos da natureza. Não poderia jamais olvidar que, no plano fático, toda causa tem um efeito⁽²²⁾.

(20) WESSELS, Johannes (*op. cit.*, pág. 20) aponta EB SCHMIDT, JESCHECK, ENGISCH, R. LANGE e ARTHUR KAUFMAN como formadores de tal corrente (a social). O tradutor da obra de Wessels, JUAREZ TAVARES, indica o Prof. EVERARDO LUNA como integrante dessa escola, no Brasil. E de fato, em várias oportunidades o Prof. EVERARDO LUNA se manifestou como tal. Exemplo: “como o crime, fato jurídico que é, compreende *atos e valores* ...” (“O erro de direito e o concurso de pessoas no Anteprojeto de Código Penal de 1981”. in *Revista de Informação Legislativa*, nº 72, págs. 173-184).

(21) BETTIOL, Giuseppe, *op. cit.*, pág. 254.

(22) “O ordenamento jurídico, à luz de uma certa dogmática, apresenta dois aspectos fundamentais, separáveis por abstração e integrantes da realidade jurídica: a) formal, representado pelas normas ordenadoras, que são as leis, os regulamentos, os decretos etc., e b) material, representado pelo conteúdo das normas que é a proteção de interesses convertidos em *bens jurídicos*” (EVERARDO LUNA — *Abuso de Direito*, pág. 18).

Nesse mesmo sentido, transcreve KARL ENGISCH a lição de A. VON TUHR: “o mundo jurídico está submetido, tal como os processos da realidade exterior, ao princípio da razão suficiente. Entre a hipótese legal e a consequência jurídica existe uma causalidade baseada, não na ordem da natureza, mas na vontade da lei, que, como a causalidade dos fenômenos da natureza, se fundamenta, em último termo, na estrutura do pensamento humano (...) A causalidade jurídica (a circunstância de um fato arrastar consigo efeitos de direito) baseia-se na determinação da lei e, por isso, pode ser livremente modelada por ela: o direito pode colgar a quaisquer fatos quaisquer consequências jurídicas” (KARL ENGISCH — *Introdução ao Pensamento Jurídico*, págs. 46-47).

Pois bem, o resultado é “consequência da ação ou omissão e elemento essencial especial dos crimes de resultado”. Não é o único efeito da ação; no mundo da realidade, da natureza, são múltiplos os efeitos ou resultados da ação.

Mas o resultado do ponto de vista jurídico e mais especificamente jurídico-penal é aquele que tem relevância na esfera do direito, que é contido por norma jurídica. Entre os efeitos da ação, surge o resultado como efeito jurídico (23). Estão aqui, portanto, os aspectos natural e jurídico do resultado a que tanta incompreensão e discordância têm dado causa no âmbito das várias teorias.

Da forma como é concebido na teoria social, nem todo resultado da ação, no mundo da natureza, constitui-se resultado para efeito jurídico-penal. Aqui, resultado é somente aquele descrito pelo *legislador* e apontado no tipo penal. O legislador escolhe, dentre os inúmeros efeitos da ação, aquele que, pela *relevância social* que apresenta, deva ser tido como resultado.

Com isso, faz-se um corte na gama de efeitos que a ação provoca no mundo da realidade, da natureza, elegendo-se *só um*, justamente aquele socialmente relevante.

Afasta-se, portanto, a possibilidade de a ação delituosa ter mais de um resultado. Como consequência, não se admite a existência de crimes com pluralidade de resultados, “entre os quais um, o principal, e outro, o secundário, ou diversos outros, os secundários”. No crime chamado progressivo, “em que a conduta realiza um crime menor para realizar, depois, um crime maior, não há falar em pluralidade de resultados: a lesão corporal, por exemplo, é absorvida pelo resultado morte” (24).

6 – *Apreciação crítica e conclusão*

Dos ligeiros traços que esboçamos acerca de cada uma das teorias expostas, podemos fazer várias observações:

A) É válida a teoria naturalista (25) ao assentar ser o resultado sempre uma modificação do mundo externo e consequência da ação.

Peca, todavia, quando insiste em afirmar que toda ação provoca um resultado jurídico, partindo da observação de que, na realidade, no mundo da realidade, a ação enseja sempre um efeito. Peca mais ainda ao admitir mais de um resultado para ação, mais de um resultado jurídico, tendo em vista que isso ocorre também no mundo do ser, da natureza.

(23) LUNA, Everardo — *Estrutura Jurídica do Crime*, pág. 71.

(24) *Ibidem*, pág. 72.

(25) EVERARDO LUNA considera “imprópria” a expressão “naturalista” (*O resultado, no Direito Penal*, pág. 79).

B) O erro maior da teoria jurídica, de sua vez, é justamente o de não levar em conta o aspecto "natural" do resultado, conceituando-o de um ponto de vista inteiramente jurídico, como se se pudesse isolar o "ser" — a natureza — e o "dever ser" — o normativo. E no conceito dessa teoria, o resultado confunde-se inteiramente com a "lesão", com a "ofensa" e mesmo com o "dano", entes inteiramente diferentes (26).

Ou, se se misturam as coisas, ter-se-ia de chegar à amorfa conclusão de que todo crime tem resultado, entendendo o resultado como o faz a teoria em questão: "nell'offensa (lesione o esposizione a pericolo) dell'interesse protetto dal diritto" (27). E mais: o resultado, além de se tornar elemento essencial do crime, iria confundir-se com o próprio conteúdo formal do crime, haja vista que todo crime consiste na lesão de um interesse jurídico.

C) A teoria finalista, de seu lado, preocupou-se demais em inovar o conceito de ação. E foi justamente inovar procurando substituir o aspecto "resultado" — tal como entendido pelas duas teorias anteriores — pelo elemento "fim". Não teve tempo para buscar acrescentar algo de novo no estudo do resultado; descuidou um pouco este aspecto, em favor da finalidade da ação.

D) É o legislador que, seccionando o fato do mundo da realidade, escolhe aquilo que é relevante para o direito, juridicizando-o. Assim, poderá a lei trazer ou não para o âmbito do direito penal (ou do direito em geral) o resultado, o efeito da ação, de uma ação que se torne necessária para a defesa da sociedade.

Há, portanto, uma seleção. Nem toda ação tem resultado *juridicamente relevante*. Encontramos delitos que se completam, ou melhor, cujos tipos legais são realizados com a só realização da ação, não precisando de resultado. São os crimes sem resultado. Nisso, a teoria a que chamamos aqui de *social* tem inteira razão. Ela adequou — como deve acontecer com a natureza do direito — a realidade à normatividade.

E) Dessa forma, pode a teoria social assentar que o resultado distingue-se da ação. Enquanto o resultado funciona como efeito da ação, ora inserido no tipo, ora como causa especial de agravação da pena, as conseqüências do crime são extratípicas, podendo, dentro de certos limites (limites estes assentados pelo direito) ter relevância penal de outra natureza ou, mesmo sem relevância penal, interessarem a outros ramos do direito. Afinal, o resultado também é dano, *mas não é dano ao direito*, como pretendem os adeptos da teoria jurídica (28).

(26) ANTOLISEI apreciou profundamente a relação entre esses conceitos, no capítulo terceiro do seu *L'Offensa e il Danno nel Reato*, págs. 42-70.

(27) ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale*, pág. 150.

(28) LUNA, Everardo — *O Resultado, no Direito Penal*, págs. 16 e 51-52.

7 — Bibliografia

ANTOLISEI, Francesco — *Manuale di Diritto Penale* — parte generale. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1949.

———— — *L'Offensa e il Danno nel Reato*. Bergamo, Istituto Italiano D'Arti Grafiche, 1930.

BETTIOL, Giuseppe — *Direito Penal*, tradução de PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR. Rio, Revista dos Tribunais, 1966, vol. I.

CUELLO CALÓN, Eugenio — *Derecho Penal*. Barcelona, Bosch-Editorial, 1960.

ENGISCH, Karl — *Introdução ao Pensamento Jurídico*, tradução de JOÃO BAPTISTA MACHADO. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1972.

HUERTA FERRER, Antônio — *La Relación de Causalidad en la Teoría del Delito*. Madrid, Ministério da Justiça, 1948.

HUNGRIA, Nelson — *Comentários ao Código Penal*. Rio, Forense, 1949, tomo I.

LITALA, Luigi de — *Il "Fatto" nella Teoria Generale del Reato*, Padova, 1963.

LISZT, Franz von — *Tratado de Direito Penal Alemão*, tradução de JOSÉ HYGINO DUARTE PEREIRA. Rio de Janeiro, F. Briguiet — editor, 1899, tomo I.

LUNA, Everardo da Cunha — *O Resultado, no Direito Penal*. São Paulo, José Bushatsky — editor, 1976.

———— — *Estrutura Jurídica do Crime*, Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 1970.

———— — *Abuso de Direito*. Rio de Janeiro, Forense, 1959.

———— — "O erro de direito e o concurso de pessoas no Anteprojeto de Código Penal de 1981", in *Revista de Informação Legislativa*, nº 72, págs. 173-184, 1981.

MAGGIORE, Giuseppe — *Diritto Penale*. Bologna, Nicola Zanichelli — editore, 1951.

MARSICO, Alfredo de — *Diritto Penale* — lezioni universitarie — parte generale. Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1935.

MAURACH, Reinhart — *Tratado de Derecho Penal*, tradução de Juan Córdoba Roda. Barcelona, Ediciones Ariel, 1962.

PETROCELLI, Biagio — *Saggi di Diritto Penale* — seconda serie. Padova, Cedam, 1965.

VANNINI, Ottorino — *Racolta di Alcuni Scritti Minori*. Milano, Dott. A. Giuffrè — editore, 1952.

WESSELS, Johannes — *Direito Penal* — parte geral, tradução de JUAREZ TAVARES. Sérgio Antônio Fabris — editor, Porto Alegre, 1976.

TÍTULO II

Do Crime

Relação de causalidade

Art. 13 — O resultado, de que dependa a existência do crime, somente é imputável a quem, por ação, o tenha causado ou, por omissão, não o tenha impedido.

Superveniência de causa independente

§ 1º — A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

Relevância da omissão

§ 2º — A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. 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.

(.....)

Exposição de Motivos do Ministro da Justiça, Ibrahim Abi-Ackel:

Do Crime

12. Pareceu-nos inconveniente manter a definição de causa no dispositivo pertinente à relação de causalidade, quando ainda discrepantes as teorias e conseqüentemente imprecisa a doutrina sobre a exatidão do conceito. Pós-se, portanto, em relevo a ação e a omissão como as duas formas básicas do comportamento humano. Se o crime consiste em uma ação humana, positiva ou negativa (*nulum crimen sine actione*), o destinatário da norma penal é todo aquele que realiza a ação proibida ou omite a ação determinada, desde que, em face das circunstâncias, lhe incumba o dever de praticar o ato ou abster-se de fazê-lo.

13. No art. 13, § 2º, cuida o Projeto dos destinatários, em concreto, das normas preceptivas, subordinados à prévia existência de um dever de agir. Ao introduzir o conceito de omissão relevante, e ao extremar, no texto da lei, as hipóteses em que estará presente o dever de agir, estabelece-se a clara identificação dos sujeitos a que se destinam as normas preceptivas. Fica dirimida a dúvida relativa à superveniência de causa independente, com a inclusão, no texto do § 1º do art. 13, da palavra *relativamente*. "Se a causa *supervenients*", destaca NELSON HUNGRIA, "se incumbe sozinha do resultado, e não tem ligação alguma, nem mesmo ideológica, com a ação ou omissão, esta passa a ser, no tocante ao resultado, uma "não-causa". (Comentários, V. I, tomo II, 5ª ed., 1978, pág. 67.)

(.....)

Direito Penal do Trabalho

FERNANDO WHITAKER DA CUNHA

Professor Titular da UERJ

“O Direito do Trabalho não é um direito menos sagrado que o direito de propriedade.”

VICTOR CONSIDÉRANT

SUMÁRIO

- 1 — *Introdução*
- 2 — *O problema do Direito Penal do Trabalho*
- 3 — *Tipologia penal (anotações)*
- 4 — *Conclusões*

1 — *Introdução*

Embora CARNOT, sensível às normas sobre relações de trabalho, pretendesse inserir o Direito do Trabalho na Constituição de 1789, é certo que esse importante ramo da árvore jurídica, inaugurador, na verdade, de um *tertium genus*, ao lado do Direito Público e do Direito Privado, recebeu poderoso impulso com a Revolução Industrial, embaçada na máquina, que agitou, com maior tensão, o grave problema da mão-de-obra paga.

Sua pré-história encontra um de seus pontos mais significativos na “regulamentação corporativa do trabalho livre por conta alheia” (M. ALONSO OLEA — *Introdução ao Direito do Trabalho*, pág. 81).

O marxismo, a Encíclica *Rerum Novarum*, que influiu na Organização Internacional do Trabalho, tratando a questão social, sob diferentes ângulos, e os movimentos operários, influíram, decisivamente, no advento da legislação trabalhista e na elaboração de seus fundamentos teóricos. As Constituições do México (1917), da Rússia (1918) e da Alemanha

(1919), que até certo ponto encontram precursora na da Colômbia (1880), a qual clamava, numa época de exacerbado liberalismo-individualista, pela preponderância do interesse público sobre o privado, inauguraram, a bem dizer, um Direito Constitucional do Trabalho, pelo tratamento que deram aos problemas sociais, que, a nível constitucional, começaram a ser tratados, entre nós, pela Reforma de 1926, apesar da legislação ordinária (Lei de Estradas de Ferro, de 1912, Lei de Acidente do Trabalho, de 1918, Decreto nº 4.269/1921, de repressão à anarquia, Lei de Inquilinato, desse mesmo ano, e Lei Elói Chaves, de 1923 — época da criação do Conselho Nacional do Trabalho — que criou, no Brasil, a previdência social, beneficiando, inicialmente, os ferroviários) já ter se preocupado a respeito.

A crítica histórica, como demonstra A. MONIZ DA ROCHA BARROS, reconhece hoje que a chamada “República Velha” não fora indiferente às questões sociais e que o surto de leis trabalhistas viria mesmo sem a Revolução de 1930, instituidora, em 1931, do Ministério do Trabalho, cntregue à indiscutível capacidade de LINDOLFO COLOR.

Não há dúvida que a época getulista, mormente o hermético “Estado Novo” (1937/1945), procurou demagogicamente elaborar uma pletora de leis sociais, buscando aliciar as massas trabalhadoras para impor uma imagem populista, tal e qual a Espanha franquista, com suas “Leys Laborales”.

A Consolidação das Leis do Trabalho, mera coordenação sistematizada, sem as características de código (as tentativas para a realização deste têm sido, até agora, infrutíferas, desperdiçando-se valiosos anteprojetos), preparada por uma abalizada comissão, apesar de seus reconhecidos méritos, tem o indisfarçável estigma de ter-se filiado aos mandamentos autoritários e corporativos da Carta de 1937, que, como é sabido, recebeu, entre outras, as influências da *Carta del Lavoro*, de 1927 (de 1922 foi o Código de Trabalho da Rússia e de 1933, o da Alemanha), da Constituição portuguesa (1933) e da Constituição polonesa (1935). Vivíamos “o mesmo clima corporativo e fascista” da Itália, ratifica EVARISTO DE MORAIS FILHO (*Introdução ao Direito do Trabalho*, 2º vol., pág. 313).

A CLT, embora promulgada a 19 de maio de 1943, objetivava entrar em vigor a 10 de novembro, exatamente para comemorar a data fatídica, em que, no ano de 1937, por vãos pretextos, todas as liberdades foram desprezadas; hoje, como nota AMAURI MASCARO NASCIMENTO, tem segmentos em “desacordo com a realidade”, mostrando a necessidade de uma normação moderna, principalmente sobre desemprego, autonomia sindical, greve e justiça do trabalho, que dela expurgue a organização paritária.

Não há dúvida que temos de marchar para um Código de Trabalho de arejadas coordenadas, que seja o reflexo de uma autêntica democracia econômico-social.

Não são acordes os autores no dividir o Direito do Trabalho (denominação que, afinal, triunfou sobre a de Direito Social, defendida pelo eminente Prof. CESARINO JÚNIOR, em sua clássica obra *Direito Social Brasileiro*), conceituado por SÖLLNER, como “o direito especial das pessoas que prestam serviços que são por outros determinados” (in A. ÁLVARES DA SILVA — *Convenção Coletiva do Trabalho perante o Direito Alemão*, pág. 93). Compõem-no o *Direito Individual do Trabalho*, o *Direito Coletivo do Trabalho* (já se disse que seria desejável reduzir ao Direito Coletivo, centrado nas associações profissionais, interessadas em novas condições laborais, todo o Direito do Trabalho), o *Direito Processual do Trabalho* (que apresenta, como é óbvio, peculiaridade, como a não admissão de inépcia da inicial, da sucumbência, a não ser que o reclamante seja assistido pelo sindicato da categoria profissional a que pertencer e para o qual reverterão os honorários advocatícios, do despacho saneador, da identidade física do juiz, do recurso adesivo etc., sendo certo que o art. 902 da CLT é de flagrante inconstitucionalidade, como, entre outros, sustenta COQUEIRO COSTA, em trabalho sobre a ação rescisória no direito trabalhista, por obrigar o respeito aos prejudgados do Tribunal Superior do Trabalho, por parte dos Tribunais Regionais do Trabalho, das Juntas de Conciliação e Julgamento e dos Juizes de Direito investidos de jurisdição da Justiça do Trabalho, cumprindo acrescentar que o art. 9º da Lei nº 5.584/70 permite ao Relator do feito no TST, quando o recurso contrariar prejudgado, negar prosseguimento àquele, indicando o correspondente prejudgado) e o *Direito Administrativo do Trabalho* (que enfoca a aplicação e o cumprimento das regras trabalhistas). Alguns autores se referem, ainda, ao Direito Corporativo, ao Direito Internacional do Trabalho e ao Direito Penal do Trabalho. É indubitável que o objeto do Direito do Trabalho é o labor “humano produtivo livre e por conta alheia”.

2 — O problema do Direito Penal do Trabalho

O Código Penal da Suíça e o Código Rocco, que influíram no estatuto repressivo brasileiro (SALGADO MARTINS — *Dois Modernos Códigos Penais*), não deram destaque aos crimes contra o trabalho. O primeiro considera-os abrangidos pelo constrangimento ilegal e o segundo integra-os nos delitos contra a economia pública. O Código Penal do Brasil, de 1890, encarava-os como subespécie dos crimes contra a liberdade, mas o vigente abriu-lhes um título especial, considerando-os violadores da Organização do Trabalho, devendo-se notar que o revogado Código Penal (1969), no art. 227, tutelava as prescrições legais ou regulamentares relacionadas à vida ou à saúde dos empregados. O sujeito ativo era o patrão, podendo haver co-autoria. O sujeito passivo era o empregado. O crime era eminentemente doloso, não permitindo o *conatus*.

O Direito Penal do Trabalho não tem autonomia científica, apesar dos esforços de VANINI e DE LITALA, sendo, apenas, um conjunto de regras relativas à ordem do trabalho; de normas que tutelam penalmente

esse último, estando integrado no direito penal comum, apesar de ter um conteúdo econômico mais pulsante, devido às suas conotações, pois, como observou JOAQUIM PIMENTA (*Sociologia Jurídica do Trabalho*, pág. 29), nenhum direito como o do trabalho tem “base econômica mais profunda”.

JORGE SEVERIANO (*Dos Crimes e das Infrações no Direito do Trabalho*, pág. 24), em valiosa e quase que isolada monografia, considera como Direito Penal do Trabalho “não só o que prescreve o Código Penal, como tudo o mais que conste de outras leis trabalhistas consolidadas ou não”, entendendo, ainda, que as infrações penais de que se trata deveriam ser objeto de lei especial.

Entretanto, a extensão que ele pretende dar ao objeto de seu estudo não tem razão de ser porque leis extrapenais não podem ser incluídas no Direito Penal do Trabalho.

A CLT tem diversos artigos que encerram penalidades (47, 52, 53, 54, 55, 75, 120, 146, 223, 361, 364, 401, 439, 553, 598 etc.), sem que, todavia constituam *penas*.

O âmbito, entre nós, do Direito Penal do Trabalho, ao qual voltaremos, é o Código Penal (arts. 197/207), a Lei nº 4.330/64 (art. 29), que regula o direito de greve, assim como o Decreto-Lei nº 9.070/46 introduzira novas figuras, e a Lei nº 6.620/78 (art. 42, IV), que define, entre outras coisas, os crimes contra a segurança nacional.

Paradoxalmente, a Lei de Contravenções Penais (arts. 47/49), que abre o Capítulo VI para as contravenções relativas à organização do trabalho, não participa, a rigor, do Direito Penal do Trabalho, pois arrola três transgressões (exercício ilegal da profissão ou atividade, exercício ilegal do comércio de coisas antigas e obras de arte e infração de determinação legal pertinente à matrícula ou à escrituração de indústria, do comércio ou de outra atividade), sem qualquer substância laboral. MANUEL CARLOS DA COSTA LEITE (*Lei das Contravenções Penais*, pág. 260) registra que a matéria do art. 48 está contida, a rigor, no art. 47, sendo inútil que o art. 49 contém norma penal em branco.

Entendemos, também, que não há necessidade, ainda, de uma legislação específica para os crimes contra o trabalho, enriquecendo o art. 360 do Código Penal que traça os limites entre o Direito Penal Comum e o Especial. JORGE MEDEIROS DA SILVA (*Direito Penal Especial*) aponta, ainda, como crimes especiais os praticados contra o mercado de capitais, a previdência social, a previdência privada, os referentes a loteamentos e desmembramentos e os delitos de telecomunicações. O art. 155, III, da Lei Orgânica da Previdência Social, diga-se de passagem, estabelece que é *falsum* inserir ou fazer inserir em Carteira de Trabalho e Previdência Social declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita. Na verdade, pode haver crimes comuns previstos em leis especiais, mormente quando há referência expressa no Código Penal.

Os delitos contra a organização do trabalho são de dolo genérico ou específico, permanentes e admitem tentativa, exceto na hipótese do art. 207 do Código Penal.

Os arts. 198 e 202 acolhem duas figuras delituosas. O sujeito ativo pode ser o empregado ou o empregador e o sujeito passivo um ou outro e, ainda, o Estado, nas hipóteses dos arts. 204 e 207.

CARLOS XAVIER (*Crimes Contra o Patrimônio*, pág. 292) notou com agudeza: “quando há choques contrários à organização do trabalho que perturbam o equilíbrio social, revelando violência ou fraude, é preciso que o Direito Penal intervenha para a repressão devida”. A violência ou fraude são elementos constantes dos crimes de que se trata, só não figurando na tipicidade dos arts. 201, 202, 205, 206 e 207 do Código Penal.

3 — Tipologia penal (anotações)

O art. 197 do Código Penal cuida do atentado contra a liberdade do trabalho (“expressando a possibilidade de atividade do homem, é um dos traços fortes de sua personalidade como ser livre”, pondera BENTO DE FARIA), admitindo a tentativa.

NELSON HUNGRIA (*Comentários ao Código Penal*, vol. VIII), analisando o inciso I desse dispositivo, distingue bem os conceitos de arte (atividade econômica que depende de certa técnica), ofício (prestação remunerada de serviços manuais), profissão (atividade lucrativa exercida habitualmente) e indústria (transformação de produtos orgânicos e inorgânicos).

O elemento material do delito é a coação, mediante violência física ou moral e, por causa disso, a participação de parede, referida no inciso II, não infringe a lei, da mesma forma que no art. 200. O crime aqui, como adverte BENTO DE FARIA (*Código Penal Brasileiro*, vol. IV), é o fato de obrigar o obreiro a tomar parte no abandono do trabalho.

O art. 198 refere-se ao atentado contra a liberdade de contrato de trabalho e boicotagem violenta. A segunda figura (não fornecer a outrem ou não adquirir de outrem matéria-prima ou produto industrial ou agrícola), consiste em crime de dano, comportando a tentativa. O nome vem de James Boycott, administrador de Lord Erne que, por exigir, com violência, trabalho dos camponeses, tornou-se, particularmente odiado, vendo-se obrigado a emigrar para os Estados Unidos, no final do século XVIII, onde morreu execrado.

O art. 199 menciona o atentado contra a liberdade de associação, pelo fato de alguém poder ser constrangido a participar ou não de determinado sindicato ou associação profissional, sendo possível a tentativa.

O art. 200 tem como rubrica "paralisação de trabalho, seguida de violência ou perturbação da ordem, punindo a participação de suspensão ou abandono coletivo, praticando violência contra pessoa ou contra coisa".

A suspensão do trabalho é o *lock-out* e o abandono é a greve, como esclarecem, respectivamente, os arts. 722 (empregadores, que nas circunstâncias que menciona, individual ou coletivamente, suspendem o trabalho de seus estabelecimentos) e 723 (empregados que, coletivamente, nas condições que refere, abandonam o serviço) da Consolidação das Leis do Trabalho, cujo art. 725, introjetando-se no Direito Penal do Trabalho, prescreve: "aquele que, empregado ou empregador, ou mesmo estranho às categorias em conflito, instigar à prática de infrações previstas neste Capítulo, ou se houver feito cabeça de coligação de empregadores ou de empregados, incorrerá na pena de prisão prevista na legislação penal, sem prejuízo das demais sanções cominadas".

O art. 200 do Código Penal exige um concerto prévio entre pessoas, devendo-se notar que a greve (recebeu grande estímulo do sindicalismo revolucionário), em suma, é o abandono do trabalho pelos empregados, em uma ou mais empresas, objetivando o acolhimento de suas pretensões, melhorando ou mantendo as condições de trabalho, consistindo em direito inalienável. MARX prega que através dela o proletariado se adentra para a conquista do poder.

O seu nome vem de "gravier" (seixo, cascalho) que o Sena levava para as proximidades da *Place de Grève* (hoje *Place de l'Hotel de Ville*), onde operários desempregados, principalmente da construção civil, se concentravam.

A mera coalizão (patronal ou de operários) não implica em cessação de trabalho.

JORGE SEVERIANO entende que a greve ou o *lock-out* não devem rescindir ou suspender o contrato de trabalho, mas é certo que o art. 20 da Lei nº 4.330/64 exara que "a greve lícita não rescinde o contrato de trabalho, nem extingue os direitos e obrigações dele resultantes", cumprindo notar, ainda, que "a greve suspende o contrato de trabalho, assegurando aos grevistas o pagamento dos salários durante o período de sua duração e o cômputo do tempo da paralisação como do trabalho efetivo, se deferidas, pelo empregador ou pela Justiça do Trabalho, as reivindicações formuladas pelos empregados, total ou parcialmente".

O art. 26, por sua vez, determina: "cessada a greve, nenhuma penalidade poderá ser imposta pelo empregador ao empregado por motivo de participação pacífica na mesma".

O Decreto-Lei nº 9.070/46 (a anterior "Lei de Greve"), consequência da Conferência de Chapultepec, e que introduzira novas figuras, era inconstitucional em face da Carta de 1937, sob cuja vigência foi editado,

que considerava a greve recurso anti-social, nocivo ao trabalho, e inconstitucional em parte pelas limitações que impunha à *parede*, diante da posterior Constituição de 1946, a primeira, no Brasil, que acolheu o direito de greve, no art. 158 (a Constituição de 1934, art. 121, nada dispôs a respeito), em preceito que não era auto-executável (é reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará). VARELA RIBEIRO (*O Problema da Greve*, Rio de Janeiro, 1959) batia-se, por essa razão, pela regulamentação da norma supracitada, que só veio com a Lei nº 4.330/64 (art. 1º: "o direito de greve, reconhecido pelo art. 158 da Constituição federal, será exercido nos termos da presente lei").

A Constituição de 1967 (texto emendado vigente) assegura ao trabalhador (art. 165, XXI) o direito de greve, salvo o disposto no art. 162 (não será permitida greve nos serviços públicos e atividades essenciais definidas em lei), em regra *self executing*, como notou ANTONIO EVARISTO DE MORAIS FILHO (*Justiça Social e Aspectos da Criminalização da Greve*).

O conceito de greve proibida (cuja realização, com finalidade de propaganda subversiva, é considerada crime pelo art. 42, IV, da Lei de Segurança Nacional) emerge do art. 162 da Constituição federal e do art. 22 da Lei nº 4.330/64, a qual é, parcialmente, inconstitucional pelas restrições que impõe ao direito de greve, diante dos termos amplos do art. 165, XXI, da Constituição federal, vício que não inquina o Decreto-Lei nº 1.632/78, que dispõe sobre a proibição da greve ("a atitude da totalidade ou de parte dos empregados que acarreta a cessação da atividade ou diminuição de seu ritmo normal", art. 2º), nos serviços públicos e em atividades essenciais do interesse da segurança nacional, cabendo ao Ministro do Trabalho o reconhecimento da ocorrência de greve em qualquer das citadas atividades essenciais (art. 4º).

A Lei nº 6.620/78 apena quem promove paralisação ou diminuição do ritmo normal de serviço público ou atividade essencial definida em lei, com o fim de coagir qualquer dos Poderes da República (art. 35); quem incita a paralisação de serviços públicos ou atividades essenciais (art. 36, V) e os funcionários públicos que cessarem, coletivamente, no todo, ou em parte, os serviços a seu cargo.

A Constituição do Peru (art. 61), em certos casos, admite a greve nos serviços públicos e a da Itália (art. 40) permite-a até para membros do Judiciário.

Os crimes punidos pela Lei de Segurança são eminentemente políticos e processados e julgados pela Justiça Militar (art. 52), que deverá "inspirar-se" nos conceitos básicos de segurança nacional (art. 5º), sendo, realmente, draconiano aplicar a Lei nº 6.620/78 para coibir greves pacíficas, simplesmente reivindicatórias.

NÉLIO REIS (*Problemas Sociológicos do Trabalho*, pág. 244) opinava que não era possível a greve *arms in arms*, meramente de ocupação, em que empregados permanecem no local sem trabalhar, mas impedindo que outros realizem suas tarefas.

A *bottle-neck strike* é aquela em que só não se apresentam à empresa os que trabalham na atividade principal e indispensável (no *gargalo da garrafa*) e sem os quais os demais obreiros nada ou pouco poderão produzir.

ANGELO BRUCCULERI (*As Greves*) fala, ainda, em greve *geral* (*local* ou *nacional*), *particular*, *internacional*, *política*, de *solidariedade* e de *protesto*.

O art. 29 da Lei nº 4.330/64 declara constituírem crimes, além dos previstos no Código Penal, promover, participar ou insuflar greve ou *lock-out* com desrespeito a ela; incitar desrespeito à sentença normativa do trabalho que puser termo à greve ou obstar a sua execução; deixar o empregador, maliciosamente, de cumprir decisões normativas da Justiça do Trabalho, ou obstar a sua execução; iniciar a greve ou *lock-out* ou aliciar participantes quando estranho à profissão ou atividades econômicas; onerar a despesa com dívidas fictícias ou de qualquer modo alterar maliciosamente os lançamentos contábeis para obter majoração de tarifas ou preços adicionais aos lucros ou fazer investimentos com os rendimentos obtidos com revisão tarifária ou aumento de preços especificamente destinados a aumentos salariais de empregados e praticar coação para impedir ou exercer a greve.

O art. 201 do Código Penal trata da participação em suspensão ou abandono coletivo de trabalho, provocando a interrupção de obra pública ou serviço de interesse coletivo.

A obra aí é a efetuada por não funcionários e o delito prescinde de violência ou fraude.

O art. 202 (que apresenta duas figuras) menciona a invasão de estabelecimento industrial, comercial ou agrícola, com o objetivo de impedir ou embaraçar o curso normal do trabalho, ou com o mesmo fim danificar o estabelecimento ou as coisas nele existentes ou deles dispor (sabotagem).

Não basta, para configurar a sabotagem (de *sabot*, tamanco, que se colocava, propositalmente, nas máquinas, ou do verbo *atamancar*, isto é, fazer mal alguma coisa), a danificação mencionada acima, por trabalhador da empresa ou pessoa alheia a ela; é preciso que os danos tenham sido praticados com o intuito de obstaculizar o andamento regular do trabalho.

O *ratemng*, por seu turno, impossibilita o trabalho (atividade geradora de bens econômicos para a subsistência do obreiro), pela subtração de instrumentos ou por motivos outros.

O art. 203 tutela a frustração de direitos assegurado por lei trabalhista. Frustrar direito, nos termos da lei, é colocar óbices para que seu titular o exerça (ato) ou goze (potência).

A fraude que, segundo Roux, é o ardil que se emprega para enganar alguém, pode ser empregada, pelo patrão contra o operário, ou vice-versa, ou por ambos.

A tentativa é perfeitamente cabível na hipótese.

O art. 204 encara a frustração da lei sobre a nacionalização do trabalho (problema que a CLT enfoca nos arts. 352/359, destacando a proporcionalidade de empregados brasileiros e as relações anuais de empregados), mediante fraude ou violência.

O sujeito passivo é o Estado, sendo viável o *conatus*. CARLOS XAVIER (ob. cit.) opina que a violência não deveria integrar o tipo, mas ser, apenas, agravante.

O exercício de atividade com infração de decisão administrativa (aquela proferida por órgão da administração pública) é regulado no art. 205, que CARLOS XAVIER entendia dever constar do capítulo das transgressões contra a administração pública. Se a decisão for judicial o crime será o do art. 359.

O aliciamento de trabalhadores para o fim de emigração é o tema do art. 206 do Código Penal. A figura adquiriu relevo com as “contratações” de mulatas sambistas para espetáculos (que encobriam atos de prostituição), na Alemanha. É punível o aliciamento mesmo como ato preparatório de emigração, mas não basta o aliciamento de uma só pessoa, nem é crime aliciar desocupados, porque não se atenta contra a organização do trabalho.

Finalmente, o art. 207 incrimina o aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional. O sujeito ativo é qualquer pessoa e o sujeito passivo é o Estado. O delito consuma-se no local de aliciamento e esse último é punível *per se*. Estamos diante de um crime formal que inadmite tentativa e a localidade do aliciamento deve ser distante da localidade para onde foram os trabalhadores levados, pois seria ridículo apenas o aliciamento de obreiros de um município para outro vizinho.

O grave problema dos “bóias-frias” e do desemprego colocou em cheque o *typus* de que agora se trata e poderá, em determinadas condições, estimular banditismo social. “O ponto básico a respeito dos bandidos sociais”, explana E. J. HOBBSAWN (*Bandidos*, pág. 11, Forense-Universitária), “é que são proscritos rurais, encarados como criminosos pelo senhor e pelo Estado, mas que continuam a fazer parte da sociedade camponesa, e são considerados por sua gente como heróis, como campeões, vingadores, paladinos da Justiça, talvez até mesmo como líderes da libertação e, sempre, como homens a serem admirados, ajudados e apoiados”.

Como lembra CARLOS XAVIER, nem sempre pode ser o aliciamento considerado crime, pois “casos há, até, em que constitui utilidade; em ocasiões várias tem sucedido *chômage* em certos Estados e a falta de braços em outros”.

BENTO DE FARIA ressalta, nessa ordem de idéias, que aliciar desempregados para o trabalho não é uma conduta punível.

4 — Conclusões

Para a inteligência do texto referente às transgressões penais que vimos de analisar é valioso o apontamento de L. A. CHAVES CAMARGO (*Tipo Penal e Linguagem*, pág. 71). “o conhecimento da Linguística pelo jurista importará numa dinamização do trabalho de interpretação e possibilitará melhor adequação típica entre o fato delituoso e a lei penal”.

Por outro lado, aos crimes contra a organização do trabalho é também aplicável a teoria psicanalítica da delinquência neurótica, “a prática de ato anti-social previsto em lei, com a finalidade inconsciente de punição”, como nota ODON R. MARANHÃO (*Psicologia do Crime*, pág. 70).

FERRI proclamou que quanto mais Justiça Social houver, menos Justiça Penal existirá. Essa verdade incontestável não implica, necessariamente, em um desprestígio da repressão indispensável à estabilidade da ordem coletiva.

A doutrina da defesa social exposta, compreensivelmente, por FILIPPO GRAMATICA, quando a Itália saía vencida da Segunda Guerra Mundial, após duas décadas sob o totalitarismo fascista, que acabava totalmente com os conceitos de crime, criminosos e pena, pondo de lado qualquer idéia de retribuição, e que serve de instrumento, ainda, a uma corrente demagógica no direito penal, sucedeu, com mais realismo, a da nova defesa social, que “não pretende romper nem com a possibilidade de aplicação da pena, nem com o processo penal propriamente dito”, como deixa claro seu eminente corifeu MARC ANCEL (*A Nova Defesa Social*, pág. 13)

Efetivamente, a escola do mestre francês, enfatiza HELENO FRAGOSO, “libertando de exageros insustentáveis as idéias fundamentais do movimento, aceita certos conceitos da teoria clássica do direito penal, que procura submeter, no entanto, a um novo enfoque”.

A repressão penal deve ser feita, é certo, visando o bem comum, através da prevenção geral e de uma lúcida política criminal, que não é sinônimo de impunidade, nem avaliza a inércia do Estado, diante da periculosidade dos agentes. MAGALHÃES DRUMMOND (*Aspectos do Problema Penal Brasileiro*, pág. 130) deixa claro que “a repressão do delito para ser eficiente há de se condicionar à periculosidade revelada pelo delinquente”, defendendo a regra *tanta seqüestração, quanta temibilidade*.

O Código de Manu (art. 660) já havia asseverado que é tão injusto deixar ir um culpado quanto condenar um inocente e que “a justiça consiste em aplicar a pena conforme a lei”.

Com todas as suas conotações, o Direito do Trabalho é, sem dúvida, como disse MÁRIO DE LA CUEVA (*Panorama do Direito do Trabalho*, pág. 21), “um dos episódios na luta do homem pela liberdade”.

Necessidade de atualização da reparação pelo dano à pessoa humana

ANTÔNIO CHAVES

Professor da Faculdade de Direito da USP

SUMÁRIO

- 1 — Responsabilidade penal e responsabilidade civil (aquiliana)
- 2 — O rol dos atos lesivos. Começamos pelo homicídio
- 3 — Dano à integridade psíquica
- 4 — Ferimento ou outra ofensa à saúde
- 5 — Dano estético à mulher casadoira
- 6 — Defeito que impeça o exercício de ofício ou profissão
- 7 — Crime justificável
- 8 — Responsabilidade civil dos que participam de produtos de um crime
- 9 — É necessário disciplinar o egoísmo humano

1 — Responsabilidade penal e responsabilidade civil (aquiliana)

Varia muito a reação social, na conformidade da repercussão produzida pelo ato lesivo. Natural, portanto, a separação entre a responsabilidade penal e a civil, também averiguadas de modo diferente: enquanto aquela é apurada com maior rigor, escapando à sua disciplina a culpa levíssima, no direito civil o mínimo proceder culposos dá margem à reparação.

Não são idênticos os princípios, nem coincidentes os ilícitos. Tanto assim que só há crime quando o ato é como tal catalogado pela lei, ao passo que para que seja considerado ilícito civil, não é preciso seja criminoso.

Atente-se ainda a que, mesmo que não criminoso, o fato pode produzir responsabilidade civil.

Por isso mesmo ressalva o art. 1.525 do Código Civil pátrio, depois de separar ambas as responsabilidades, não se poder questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando tais questões já estiverem decididas no crime, proclamando, assim, a independência entre ambas as esferas de responsabilidade.

Tem-se salientado reunir a responsabilidade penal ao caráter **repressivo**, o **preventivo**, predominando o interesse coletivo, que é o da defesa da sociedade organizada, ao passo que a responsabilidade civil visa antes o interesse individual, para devolver ao prejudicado, pela reparação, tanto quanto possível, a situação em que se encontrava anteriormente ao ato, fato ou omissão lesivos, proporcionando-lhe uma importância em dinheiro que corresponda o mais possível ao valor do prejuízo sofrido.

“A ação de responsabilidade civil” — observa RAFAEL DURAN TRUJILLO, **Nociones de Responsabilidad Civil — (Contractual y Delictuosa)**, Bogotá, Temis, 1957 — “não escapa nenhuma infração penal por grave ou pequena que seja, desde o homicídio intencional até o caso mais leve de polícia. O Código Civil não excetua nenhum fato ilícito da pena de indenização, que, pelo contrário, compreende todo ato punível que lese o patrimônio material e moral de uma pessoa. Por isso desempenham na responsabilidade civil papel tão relevante a imprudência, a negligência e o descuido das pessoas e dos funcionários privados e públicos, como também o fato intencional ou doloso destas mesmas pessoas.

É esta a razão pela qual, para que exista responsabilidade civil delitual e contravencional basta que se haja produzido qualquer gênero de infração contra a lei penal.

Nesta matéria, a fonte é o ato ilícito, que dá lugar a uma ação chamada de responsabilidade, quando sobrevém um fato intencional, negligente ou puramente contravencional da pessoa, razão por que aos nossos olhos aparece com facilidade o seguinte esquema: **fonte**, o delito e a contravenção; **obrigação**, a de indenizar o prejuízo ou dano; **fato**, o homicídio, o roubo, o atentado contra a honra etc.”

Encarece, todavia, que a responsabilidade penal e a responsabilidade civil por crimes e contravenções implicam em conceitos opostos. Não têm o menor limite de contato, com exceção do fato que as origina.

Uma impõe como sanção uma pena, que pode ser reclusão, detenção ou multa (penas principais) ou perda de função pública, interdições de direitos e publicação da sentença (accessórias); a outra aplica como castigo uma indenização natural ou em dinheiro.

Aponta as diferenças existentes entre a pena e a indenização: com aquela sanciona-se o crime e a contravenção; com esta repara-se o dano material, incorporal e moral de afeição. A pena determina-se pela culpabilidade do agente, ou por sua maior ou menor periculosidade, segundo FERRI; a indenização mede-se pelo prejuízo ocasionado à vítima.

“A pena subsiste mesmo que o fato não cause lesão à pessoa, como na tentativa de crime, que é sempre castigada; a indenização nunca se produz sem que intervenha um prejuízo. A pena tem uma finalidade econômica quando é multa, mas então diferencia-se da indenização em dinheiro, em que aquela se extingue ao desaparecer o fato delituoso, e a indenização permanece incólume até

que se cancele, salvo os casos de prescrição; também porque a multa, não sendo paga a seu devido tempo converte-se em prisão, e a indenização não sofre qualquer transformação natural, quando é em dinheiro.”

É delicado o mecanismo da entrosagem entre a responsabilidade penal e a civil.

Determinadas circunstâncias existem que excluem a primeira sem que, por isso, fique eliminada.

Mesmo quando aquela não seja reconhecida, pode a lei fazer decorrer esta não só de quem cometeu o fato, mas de outrem que se encontre sob a sua guarda e responsabilidade (responsabilidade indireta).

Uma coisa, porém, é certa: reconhecido um ato criminoso no juízo penal, não cabe mais qualquer discussão sobre o seu caráter ilícito.

Separadas como estão as jurisdições, exige uma questão de coerência que haja alguma harmonia entre ambas.

São dois os critérios existentes: o da **interdependência** e o da **independência**. O primeiro fora seguido pelo Código Criminal do Império, não admitindo o art. 31 tivesse lugar a satisfação do dano antes da condenação do delinqüente por sentença no Juízo criminal, passada em julgado, apontando algumas exceções.

O Código de Processo Criminal de 1832 incluía, entre as questões propostas aos jurados, indagação “se há lugar à indenização”.

Caso não tivesse o delinqüente meios para satisfação, dentro em 8 dias que lhe seriam assinados — dispunha o art. 32 daquele —, seria condenado à prisão com trabalho, pelo tempo necessário para ganhar a quantia da satisfação, ficando sem efeito essa condenação tão logo o criminoso, ou alguém por ele, satisfizesse o débito, ou prestasse fiança idônea, ou o ofendido se desse por satisfeito.

O art. 31 do Código Criminal foi no entanto revogado pela Lei nº 261, de 3-12-1841, dispondo que a indenização, em todos os casos, seria pedida por ação civil, aditando que não se poderia, porém, questionar mais sobre a existência do fato ou quem seja o seu autor, quando estas questões se achassem decididas no crime, norma que passou para o art. 1.525 do Código Civil, e que é complementada pelo Código de Processo Penal, arts. 63 a 67.

Por reparação ou indenização entende-se a colocação à disposição da vítima do próprio bem do qual foi espoliada, ou o prejuízo sofrido, ou, quando não seja possível, os valores em dinheiro ou em outros bens que a façam sentir-se a mais próxima possível da situação anterior ao fato.

Independente, como passou a ser hoje, a ação civil de indenização da ação criminal, poderá ser intentada antes, simultaneamente ou depois.

Revelando, todavia, a influência que tem a sentença condenatória criminal sobre o resultado da ação civil, faculta o art. 63 do Código de Processo Penal, transitada em julgado a sentença condenatória, que o ofendido, seu

representante legal, ou seus herdeiros, promovam-lhe a execução no Juízo cível, para o efeito da reparação do dano.

Passada, pois, em julgado a respectiva sentença, não se admite mais discussão sobre a existência do crime e sobre sua autoria, como resulta do art. 1.525 do Código Civil, podendo a sentença penal condenatória ser executada no âmbito civil.

De que modo?

Pela ação civil de indenização, que se limitará à verificação da existência do dano e à apuração do respectivo montante.

Só o autor do crime, ou seus herdeiros diretos, responderão pela execução.

Mas a sentença condenatória penal pode alcançar responsáveis indiretos, muito embora não se deva falar, com propriedade, nesse caso, em execução da sentença criminal.

Assim, condenado o empregado ou preposto, não terá o patrão, na ação que lhe for movida, condições de pôr em dúvida a existência do ato, nem a autoria do mesmo, poupando-se, por essa forma, tempo e trabalho ao ofendido.

O art. 64 do Código de Processo Penal deixa claro que a ação civil de indenização pode ser proposta antes de iniciada a ação penal, ou no decorrer da mesma, admitindo no entanto o parágrafo único suspenda o juiz, perante quem corre a ação civil, o seu curso, até o julgamento definitivo da ação penal.

Objetiva-se, com isso, evitar decisões conflitantes.

As expressões usadas pelo dispositivo não deixam margem às dúvidas que antes ocorriam sobre a circunstância de que uma decisão cível seja ainda passível de alteração. É preciso que tenha transitado em julgado na superior instância, sem que haja possibilidade de rescisão do julgado, para que se possa considerar definitiva.

Sem embargo de todas essas cautelas, podem ocorrer decisões conflitantes nas duas esferas. Assim, condenado o réu no Juízo cível a reparar o dano, tem-se registrado eventualidades de que, no Juízo penal, acabe sendo absolvido pela negativa de ter sido ele o autor do crime.

Ou, vice-versa, que ele, proclamado na ação civil não ser o autor do fato que lhe é atribuído, receba em seguida condenação na Justiça penal.

Não sendo mais cabível ação rescisória da sentença final, ou sendo esta julgada improcedente, manifesta-se a contradição.

O reconhecimento de ter sido o ato praticado em estado de necessidade, legítima defesa, ou no exercício regular de um direito ou em estrito cumprimento de um dever legal (art. 65 do Código de Processo Penal), em sentença absolutória penal, prevalece no âmbito civil, sem que se possa dizer com propriedade ocorrer coisa julgada, na expressão desse dispositivo, mas de eficácia da sentença criminal em relação à ação civil.

Proclamado o ato como lícito pela Justiça criminal, firma-se o princípio da inadmissibilidade de servir de fundamento na ação civil, sem que, não obstante, impeça a propositura da ação civil de reparação, pois aí temos um daqueles casos de responsabilidade civil pelo dano causado independentemente do caráter ilícito do ato. Os arts. 1.519 e 1.520 do Código Civil não foram revogados pelo art. 65 do Código de Processo Penal.

A sentença absolutória criminal chega mesmo a estabelecer uma presunção de responsabilidade civil do acusado, uma vez que não se poderá mais discutir, no âmbito cível, a existência do fato ou sua autoria. Somente se conseguir provar ter sido o dono da coisa danificada ou deteriorada o culpado do perigo, é que o autor do fato poderá destruir a presunção que pesa contra ele.

O despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação (art. 67 do Código de Processo Penal), fundamentado na falta de prova suficiente, nada decide sobre a existência do fato nem sobre sua autoria. Mesmo porque, enquanto não extinta, a ação ainda poderá ser intentada.

O mesmo se dirá, com relação à morte do acusado, sua anistia ou indulto, da aplicação de lei penal mais benigna, da prescrição da ação penal, ou da condenação, da preempção, da retratação do acusado, do perdão do ofendido, da renúncia do direito de queixa etc. (art. 67 citado).

Mesmo a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime não implica no reconhecimento de que não possa ser um ilícito civil. Assim o réu, acusado do crime de defloração de menor de 18 e maior de 14 anos, apenado com reclusão de dois a seis meses (art. 215 do Código Penal), absolvido por não resultar provado o requisito da sedução, poderá, isso não obstante, ser obrigado à reparação do dano.

Finalmente, a absolvição, do réu por falta de imputabilidade penal não implica nos mesmos efeitos com relação à responsabilidade civil, justamente por serem independentes ambas as esferas.

2 — O rol dos atos lesivos. Começemos pelo homicídio

As disposições do Código Civil agrupam-se em torno de nove assuntos principais:

- a) homicídio, art. 1.537;
- b) ofensa à saúde, art. 1.538;
- c) usurpação ou esbulho, arts. 1.542 e 1.543;
- d) danos causados por médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas, arts. 1.545 e 1.546;
- e) injúria ou calúnia, art. 1.547;
- f) agravo em honra de mulher, art. 1.548;
- g) demais crimes de violência sexual, ou ultraje ao pudor, art. 1.549;
- h) ofensa à liberdade pessoal, arts. 1.550/1.552;
- i) hipóteses não previstas, art. 1.553.

A esses casos a legislação subsequente veio acrescentando numerosos outros:

j) penas indenizatórias de caráter pecuniário enumeradas não só em grande número de artigos do Código Penal, como ainda, em abundantíssimas leis complementares;

l) indenizações decorrentes de acidentes de trabalho;

m) indenizações decorrentes de acidentes nos transportes;

n) violações de direitos de autor, art. 122 da Lei nº 5.988, de 14-12-1973;

o) violações aos direitos dos artistas de gravação e reprodução de interpretações, art. 9º, § 3º, da Lei nº 4.944, de 6-4-1966;

p) danos causados em pesquisas de minérios, Decreto nº 227, de 28-2-1967, Código de Mineração, art. 27.

Percorramos, então, várias hipóteses, analisando as soluções, infelizmente, completamente falhas do legislador.

O homicídio é a primeira e a mais grave das hipóteses, à qual o Código Penal comina a pena-base de reclusão de 6 a 20 anos, catalogando ainda o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, o infanticídio e o aborto.

Enquanto que esse estatuto, por sua natureza, tem que fazer uma enumeração a mais completa e sistemática possível de todos os crimes, tratando-os pela importância decrescente, o Código Civil, regulando a liquidação das obrigações decorrentes dos atos ilícitos nos arts. 1.537/1.553, não seguiu qualquer método, elaborando uma lista que hoje resulta anacrônica, assistemática e incompleta, cuidando sucessivamente de homicídio, atentado à integridade física, crime justificável, usurpação ou esbulho, responsabilidade dos médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas, crimes contra a honra, a boa fama, violência sexual, contra a liberdade pessoal e demandante improbo.

Flagrante o retrocesso, em comparação aos preceitos legais anteriores, compendiados na Consolidação de TEIXEIRA DE FREITAS, que, em preceitos genéricos, limitava-se, invocando o art. 22 do Código Criminal, a dispor:

“Art. 800 — A indenização será sempre a mais completa, que for possível: em caso de dúvida, será a favor do ofendido.

Art. 801 — O mal será avaliado em todas as suas conseqüências.”

CLÓVIS BEVILAQUA não aceitou o critério, por entender que atribuiria ao juiz arbítrio.

Deixou manifesta uma excessiva preocupação em que não sirva a reparação de pretexto para um enriquecimento ilícito mediante exploração por parte da vítima. Caberia ao réu defender-se, impugnando as verbas que considerasse exageradas, e exigindo um arbitramento razoável.

Por isso, considerando a morte sob ponto de vista diferente, sem implicações criminais: desde que tenha ocorrido por ato ou omissão que possa ser imputado a uma pessoa, mesmo sem culpa de sua parte, imediatamente, ou

após longo período, a indenização, concedida pelo Código Civil, nos termos do art. 1.537, consistirá:

“I — No pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família.

II — Na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia.”

Mas o que é certo é que, por essa forma, não concede o Código uma indenização, mas apenas um paliativo, excessivamente moderado, que fica mil milhas distante do verdadeiro objetivo.

Dia a dia torna-se mais patente que os limites por ele fixados estão em completa desarmonia com uma política eficiente de desestímulo aos atos delituosos ou meramente culposos.

Quanto vale, na verdade, uma vida humana?

A questão tem sido posta dramaticamente pelos resgates de milhões exigidos pelos seqüestradores para devolver a liberdade de pessoas importantes. E, na verdade, não há fortuna que a pague.

Não tão dramáticos, mas igualmente expressivos, os mirabolantes passes pagos pelos nossos melhores futebolistas: Falcão “vendido” pelo Internacional de Porto Alegre ao Roma, naquela época, por 4,3 milhões de dólares, na ocasião cerca de 233 milhões; Enéas, pela Portuguesa, ao Bolonha, por Cr\$ 50 milhões; Sócrates pregando um susto em Matheus, ao pretender 20 milhões de cruzeiros de luvas além de 400 mil de salários.

No box, **Sugar Ray Leonard** teve uma bolsa de US\$ 8 milhões, quando tentou defender o título mundial dos meio-médios contra Roberto **Mano de Piedra Duran**, que por sua vez, obteve US\$ 2 milhões!

Mas o maior contrato da história do esporte mundial continua sendo o assinado no dia 10-6-1975 por Pelé e pela Warner Communications: 72 milhões!

Cr\$ 166.000,00 por segundo que jogasse futebol, sem contar os “royalties” advindos da marca com o seu nome, em quantia muito maior, e os contratos de relações públicas.

Ficamos pasmos, por isso, ao verificar a parcimônia, a verdadeira miserabilidade com que esta matéria foi tratada pelo Código Civil.

São incalculáveis os prejuízos decorrentes da desastrosa influência que o critério veio a exercer sobre a nossa doutrina, e reflexamente, sobre a jurisprudência, ainda hoje demasiadamente aferrada a textos de leis mais do que antiquados, arcaicos, rançosos, antes preocupados com o criminoso do que com a vítima.

Bem se percebe a diferença das conseqüências entre a morte, que elimina de qualquer consideração a própria vítima, para fixar a atenção no cônjuge e parentes mais próximos, que sofrem dano irreparável, aos quais passará, nestas condições, a titularidade para reclamar a reparação do dano, e todos os demais casos, que atingem a própria pessoa do ofendido.

Quando a morte não é imediata, obriga o agente ao pagamento de todas as despesas com o tratamento. Não apenas a assistência médica e hospitalar, medicamento etc., como os recursos utilizados no esforço de salvar-lhe a vida, que podem ser ingentes, no caso de localização de desaparecidos ou de seqüestro, despesas para procura em lugares diferentes, anúncios, promessas de recompensa e até mesmo resgates.

Tem-se apontado a contradição flagrante entre o aludido art. 1.537 e o do art. 1.538 que, para o caso de ferimento prevê, além das despesas de tratamento, lucros cessantes até o fim da convalescença, o pagamento da multa no grau médio da pena criminal correspondente, soma a ser duplicada se do ferimento resultar aleijão ou deformidade etc.

Nessa delicadíssima matéria da indenização por morte, já de per si, tão dolorosa, é lastimável a situação dos pais que perdem um filho, muitas vezes seu único arrimo.

E mais amargurada ainda, quando se trata de filho menor.

A jurisprudência tem sido excessivamente distanciada da realidade, ao só admitir indenização quando o filho contribua para a economia doméstica. Pois, ainda que seja menor, tolhida que lhe foi a vida, considerando a matéria em seu aspecto menos relevante, o material, não fica eliminada a certeza de que, atingida a puberdade, poderia contribuir para o sustento da família.

Invocando como referência os arts. 1.537, II, e 1.533 CC, 911 e 912 CPC, RE 53.404, 3-5-1967, Pleno (RTJ 42/378); RE 65.281, 23-9-1968, 1ª T. (RTJ 47/279) e RE 59.940, 14-6-1966, 2ª T. (RTJ 39/38), estabeleceu o Supremo Tribunal Federal o princípio de que:

“É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado.”

Sem embargo dessa clara demonstração de clarividência e compreensão, persistem os tribunais em recorrer a evasivas, que tanto favorecem os criminosos e os irresponsáveis, como agravam a situação das vítimas:

“Fugindo-se ao rigor do disposto no art. 1.537, nº II, do CC, bem assim ao extremo liberalismo da Súmula nº 491 do STF, de se firmar que, em caso de morte de menor, por ato ilícito, a indenização só será devida quando ele, de qualquer forma, contribuía à economia doméstica.” TJSP — Câms. Civ. Reuns. — Rev. nº 199.065 — Santos — j. 10-5-1974 — maioria de votos.

As despesas de funeral abrangem enterro, sepultura, sufrágios, evitando-se, porém, abusos. Compendiando o sentimento da doutrina, recomenda CARVALHO SANTOS fiquem adstritas às condições sociais do morto. Não se justifica um enterro pomposo para vítima que sempre viveu modestamente, e cujos recursos seriam incompatíveis com exageros. Cada caso, nas suas circunstâncias, é que deverá orientar o juiz.

Também as despesas do luto da família terão que pautar-se com a condição social da mesma.

Mas é o item alimentos, que realça logo em importância. O maior prejuízo material sofrido pelos familiares do morto decorre da privação do auxílio e concurso, que dele recebiam, para sustento de todos e educação dos filhos.

Não encontrou o legislador critério melhor para a indenização do que a prestação de alimentos, como substitutivo das perdas e danos, sem que, todavia, fique dispensada a obrigação de indenizar por outra forma o dano causado por pessoa de amplos cabedais pela morte.

Será o suficiente para que se verifique que a palavra alimentos não é aqui tomada no mesmo sentido que tem no tocante à prestação devida entre parentes, no direito de família, principalmente arts. 396/405: a analogia não passa de um parâmetro destinado a indicar o limite da indenização.

A diferença entre ambas as espécies ressalta, em primeiro lugar, da invariabilidade do montante no caso da indenização, ao passo que, naquele caso, pode ser aumentada, ou mesmo reduzida.

Em segundo lugar, naquele caso, são fixados, art. 400, na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada, ao passo que, no caso de indenização, ainda que a fortuna da vítima seja maior do que a do autor do dano, não poderá este furtar-se ao cumprimento da obrigação.

Também não altera a situação o fato de a vítima ganhar na loteria, ser beneficiada de um seguro, ou de vantagens previdenciárias.

Bem diferente a solução em direito da família: fixados os alimentos, ali, a sobrevivência de mudança de fortuna de quem os recebe, autoriza o art. 401 CC o interessado reclamar do juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou agravação do encargo.

Ainda: só os parentes podem exigir, uns dos outros, os alimentos, de que necessitem para subsistir (art. 396), ao passo que, na responsabilidade civil, essa circunstância não entra em consideração.

A companheira, assim como o filho de criação, que da vítima recebiam sustento, terão direito a indenização.

Como a obrigação de indenizar encontra nos alimentos apenas a expressão de sua "prestação", somente para fins de cálculo e de liquidação sob a forma de pensão, a indenização será devida, mesmo nas hipóteses em que o falecido não estava em condições de prestar alimentos. O fato de serem escassos ou precários os meios de subsistência da vítima, poderá ser levado em conta no cálculo da indenização, mas não para que esta não seja concedida. A vida representa sempre um valor econômico, reconhecido até mesmo nas eventualidades em que a vítima não tivesse obrigação legal de prestar alimentos.

3 — Dano à integridade psíquica

Se o maior patrimônio do homem é ele próprio, há que considerar qualquer lesão que o possa atingir em seus duplos atributos, psíquicos, espirituais, intelectuais e materiais, físicos ou corporais.

A matéria interessa não só ao indivíduo, como à Nação, à própria humanidade. Quanto melhor se puder preservar o patrimônio intelectual de cada

qual, possibilitando-lhe retirar de sua personalidade as imensas riquezas inexploradas que aí jazem, tanto mais rica, próspera e feliz será a inteira coletividade.

Por antigo vezo costuma-se analisar a matéria pelas lesões de que possa ser vítima o indivíduo no seu físico, quando o mais importante seria ressaltar os graves prejuízos que pode sofrer o seu espírito, levando-o, por circunstâncias várias, a estado de desequilíbrio, ou mesmo de insanidade mental.

Numa época como a nossa, em que seqüestradores detêm reféns durante meses a fio, submetendo-os a vexames, humilhações, maus tratos que podem levá-los à instabilidade e à loucura, em que regimes totalitários erigem em perigo para a segurança coletiva a mínima dissensão, qualquer profissão de fé que não esteja na mais completa consonância com a orientação dominante e reprimindo violentamente contestações, submetendo a "hospitalização" e "tratamento psiquiátrico" por meio de drogas e choques os dissidentes — bem se percebe como é frágil e sem defesa a preservação desse dom, que vem logo após a própria vida: a integridade psíquica.

De que vale a vida sem discernimento?

Caso bem expressivo é o ocorrido em 1978 de um jovem, cuja família, para salvar-lhe a vida, pagou milhões de liras, sob a promessa de que seria devolvido vivo. O corpo foi, efetivamente, devolvido com vida, mas castrado, cego e completamente abúlico. A morte não teria sido mais piedosa?

Provada a relação de causalidade, não há como não fazer com que os responsáveis, quando possível, reparem o mal causado.

Sustenta PIETRO PERLINGIERI — *La Personalità Umana nell'Ordinamento Giuridico*, Camerino, Jovene, 1972, pág. 231 — que a proteção da integridade psíquica atua também nos casos em que a norma ordinária limita-se a proteger a integridade física.

Nestas condições, tanto a alusão contida no art. 1.538 do Código Civil ao ferimento, e, principalmente, a "outra ofensa à saúde", como a do art. 129 do Código Penal, quando se refere à ofensa à integridade corporal ou à saúde de outrem, abrangem, também, a integridade da saúde psíquica.

4 — Ferimento ou outra ofensa à saúde

No caso de ferimentos ou ofensas físicas, algumas distinções precisam ser estabelecidas. Ensaia-as o CC pátrio estabelecendo quatro hipóteses diferentes.

A primeira é de ferimento ou outra ofensa à saúde: despesas de tratamento, lucros cessantes até o fim da convalescença, pagamento de importância correspondente à multa no grau médio da pena criminal correspondente (art. 1.538, *caput*).

Estarão incluídas, na indenização, todas e quaisquer despesas inerentes ao tratamento: hospitalização, intervenções cirúrgicas, assistência médica, medicamentos, aparelhos ortopédicos etc., a serem devidamente comprovadas, reconhecido ao juiz um certo arbítrio para cobrir exageros.

Os lucros cessantes até o fim da convalescença são os indispensáveis, desde o início até o término do tratamento, para restabelecimento da saúde, mesmo que permaneça algum defeito ou incapacidade.

Caso o ofendido, em consequência da ofensa física, que recebeu, seja afastado de sua atividade, ficando privado da correspondente remuneração, terá que receber a indispensável compensação, a ser devidamente sopesada pelo juiz.

Tais lucros cessantes não podem ir além do que o ofendido deixou de ganhar com o seu afastamento temporário da sua atividade **normal**. Um menor impúbere, ou uma pessoa que não exercia qualquer atividade remunerada, nada poderá reclamar a título de lucros cessantes, assim como quem, não obstante a inatividade, não tenha ficado privado dos seus ganhos normais.

A verba da indenização é paga por pessoa que não a causadora da ofensa, nos casos indicados no art. 1.521 CC:

I — Os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia.

II — O tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições.

III — O patrão, amo ou comitente, por seus empregados serviços e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele (art. 1.522).

IV — Os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos, onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos.

V — Os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até à concorrente quantia.

A segunda hipótese é a de ferimento de que resulte aleijão ou deformidade: a soma será duplicada (§ 1º).

Pelo mesmo crivo de insuportável mediocridade passa a multa a que se refere o **caput** do art. 1.538, só cabível no caso de resultar a ofensa de crime de lesão corporal dolosa, única eventualidade em que aplica a alternativa de multa do art. 129, § 5º, do Código Penal. Sendo, hoje (1980) de Cr\$ 400 a Cr\$ 4.000, a média será de Cr\$ 2.220.

Será que tais pagamentos, mesmo em dobro, quando efetivados, satisfarão as dezenas de milhares de aleijados, vítimas das máquinas modernas?

Mas o pior é que, mesmo quando ocorra essa eventualidade, ainda resiste a jurisprudência em conceder indenizações, mais do que devidas.

Assim, decidiu, aos 18-5-1950, o Tribunal de Justiça de São Paulo, **Rev. dos Tribunais**, vol. 188/184:

“O elemento principal na conceituação do aleijão ou deformidade, para aplicação do art. 1.538, § 1º, do Código Civil, é a aparência.

Se o aleijão ou deformidade não ocasionar má aparência, ou não for de molde a causar impressão desagradável de seu portador, nem exercer qualquer influência na sua atividade profissional, não é possível admitir-se o cabimento da duplicação a que alude o dispositivo, porque não haverá qualquer dano moral, ou material, que pudesse justificá-la. A ósteo-artrite, como causa da limitação de movimentos da perna, não deve ser levada em linha de conta para a classificação da redução da capacidade do indivíduo vitimado. Pouco importa que a redução seja consequência de uma ou de várias causas. Sempre será uma única a incapacidade.”

5 — Dano estético à mulher casadoira

Terceira hipótese: se o ofendido, que ficou aleijado ou deformado, for mulher solteira ou viúva, ainda capaz de casar, a indenização do dano estético já não consistirá na duplicação das despesas de tratamento e dos lucros cessantes, mas “em dotá-la, segundo as posses do ofensor, as circunstâncias da ofendida e a gravidade do defeito” (§ 2º).

Considera a lei apenas o dano estético sofrido por mulher ainda capaz de casar, que perca a oportunidade de fazê-lo, limitando pois a reparação às categorias de mulher solteira, ou viúva, que tenha sofrido aleijão ou deformidade.

Fica excluída a mulher que, por alguma circunstância personalíssima, como a insanidade mental, não tenha capacidade nupcial.

Nem idade avançada, nem a fealdade, tornam a mulher incapaz de casar, mesmo porque, como observa AGUIAR DIAS, sob esse aspecto, a capacidade de casar dependeria do ânimo de quem a queira para esposa.

A circunstância da idade e outros dados personalíssimos, que possam influir na possibilidade do casamento, serão levados em conta no cálculo do dote, sem excluir, porém, a indenização.

Semelhante constituição de dote tem caráter definitivo, isto é, não fica subordinada à condição de realizar-se efetivamente, ou não, o casamento.

6 — Defeito que impeça o exercício de ofício ou profissão

A quarta e última eventualidade é a do defeito que impeça o ofendido de exercer o seu ofício ou profissão, ou lhe diminua o valor do trabalho: além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, pensão correspondente à importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação, que ele sofreu (art. 1.539).

Tanto no caso de defeito em virtude do qual se veja o ofendido impossibilitado de exercer o seu ofício ou profissão, como no de que venha a sofrer no valor do seu trabalho, além da indenização prevista no aludido § 1º, e além das despesas do tratamento e lucros cessantes, até o fim da convalescença, manda o art. 1.539, seja incluída uma pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou o ofendido, ou da depreciação que ele sofreu.

Complementa o art. 1.538 que a indenização, no caso de ferimento ou outra ofensa à saúde, compreenderá, além das despesas de tratamento e dos lucros cessantes, “a importância da multa no grau médio da pena criminal correspondente”.

Mas nem o Código Penal de 1890, nem o de 1940, previram pena pecuniária de multa para os crimes de ofensas físicas.

Sustentava CLÓVIS BEVILÁQUA, em comentário ao dispositivo, que não se trata de pena ou elemento de pena criminal, pois que as lesões corporais não são punidas pecuniariamente: é uma pena civil, calculada pelo que o ofensor poderia ganhar por seus bens, emprego, indústria ou trabalho, durante o tempo da privação da liberdade, que lhe é imposta pela lei penal, no grau médio.

A opinião, e a dos poucos que a seguem, permaneceu porém isolada.

Tanto a doutrina como a jurisprudência consideram de aplicação impossível o art. 1.538, nessa parte. Se a lei penal não prevê, para o caso, pena alguma de multa, como calcular a importância correspondente?

Não falta quem, na ausência de multa, conclua não existir, no caso, cominação alguma.

Mas, mesmo numa interpretação excessivamente limitada, há que reconhecer que tanto na hipótese do aleijão, como na de deformidade (§ 1º do art. 1.538), deve-se abstrair das expressões “esta soma”, para calcular em dobro o valor da indenização das despesas de tratamento e dos lucros cessantes, sem prejuízo do disposto no § 2º A soma será a das previstas no **caput** do art. 1.538.

7 — Crime justificável

Ainda que a morte, ou lesão, resulte de ato considerado crime justificável, manda o art. 1.540 CC que se apliquem as disposições precedentes.

Ao princípio, só abre exceção para o caso do ato ter sido perpetrado pelo ofensor em repressão de agressão do ofendido.

A morte, ou lesão corporal, mesmo em legítima defesa, ou em estado de necessidade, não dispensam, portanto, reparar o dano, caso não tenha sido o ofendido o agressor, ou o criador do estado de necessidade.

A hipótese prevista é a do dano sofrido por terceiro, estranho à injusta agressão, que deu causa à repulsa.

Se a vítima, ao repelir a agressão, fere, ou mata terceiro, terão este ou seus sucessores de ser indenizados do dano sofrido, embora disponha aquela de uma ação de regresso contra quem foi causador do evento.

É o que acontece com o crime praticado em estado de necessidade: a remoção de perigo iminente não autoriza dano às pessoas. Se daí resultar uma lesão pessoal a terceiro, este terá que ser indenizado pelo agente daquele ato, com a ressalva de que tenha sido ele mesmo o causador do perigo que se procurou afastar.

Mesmo Códigos mais modernos, como o italiano, não oferecem critérios mais satisfatórios, limitando-se, no art. 2.057, a atribuir ao juiz a liquidação dos danos permanentes, levando em conta as condições das partes e a natureza do dano, sob forma de uma renda vitalícia, a ser constituída, nos termos do art. 1.872, mediante alienação de um bem móvel ou imóvel, ou mediante cessão de capital.

Nosso CPC anterior determinava no art. 911 a conversão dos lucros cessantes em prestação de renda ou pensão, mediante pagamento de capital que aos juros legais assegurasse prestações devidas, e no 912 que fosse fixada, sempre que possível, na ação principal, compreendendo: custas judiciais, honorários de advogado, pensões vencidas e respectivos juros, devendo a sentença determinar a aplicação do capital em títulos da dívida pública federal para constituição de renda. Acrescentava:

“Este capital será inalienável durante a vida da vítima, revertendo após o falecimento desta ao patrimônio do obrigado. Se a vítima falecer em consequência do ato ilícito, prestará o responsável alimentos às pessoas a quem ela os devia, levada em conta a duração provável da vida da vítima. Neste caso, a reversão do capital ao patrimônio do obrigado somente se efetuará depois de cessada a obrigação de prestar alimentos.”

O critério, válido em 1940, já não satisfaz por não se poder admitir que o capital permaneça ocioso durante dezenas de anos.

Um passo, no sentido de melhorá-lo, deu o atual CPC, art. 602, ao prever, no § 1º, que possa ser constituído por imóveis, ou por títulos da dívida pública.

Mas uma tomada de posição a favor da vítima não quer dizer que não se admitam atenuações que, sem prejudicá-la, venham beneficiar também ao réu, no sentido de conceder-lhe facilidades razoáveis.

Assim, considerando que a lei não exige a imobilização daquele capital senão como garantia das prestações periódicas, de valor bem menor, e, pois, mais fácil, é admissível que a renda mensal seja paga no domicílio do beneficiário, de preferência por intermédio de agência bancária, e, se o responsável for empresa, conste de folha própria, asseguradas, em qualquer hipótese, a correção monetária automática na forma adotada para os créditos fiscais federais e a extensão à mesma renda das garantias e privilégios atribuídos ao salário.

É razoável ainda fique dispensado de qualquer outra garantia o devedor que for pessoa jurídica de direito público interno, autarquia, empresa pública, concessionária de serviço público, sociedade de economia mista e, a critério do juiz, a empresa privada que comprovar plena solvabilidade e solidez.

8 — Responsabilidade civil dos que participaram de produtos de um crime

Na conformidade com o art. 1.518 do Código Civil, responderão direta e solidariamente pela violação do direito de outrem, com os autores, os cúmplices e todas as pessoas indicadas no art. 1.521, que encerra a lista

com os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até à concorrente quantia.

Comenta CLÓVIS BEVILÁQUA que a idéia da participação gratuita exclui a de codelinquência. Mesmo que a pessoa não tenha participado do delito, desde que tenha recebido graciosamente o seu produto, ou parte dele, deve restituí-lo, não obstante a sua inocência, indenizando, se tal não for possível, o dano, na parte correspondente ao seu locupletamento.

Estamos em pleno campo não de responsabilidade pelo ilícito, mas de ação **in rem verso**, fundada no enriquecimento sem causa.

Como há pluralidade de agentes diretos no ato ilícito, obriga a todos, solidariamente, o art. 1.518, e se um deles ressarcir sozinho a totalidade do prejuízo, terá ação regressiva contra os demais.

O art. 1.521 do Código Civil traça um rol, em seus primeiros quatro itens, das pessoas que têm o dever de vigilância sobre outras, presumindo sua culpa no dever de fiscalização quando haja necessidade da reparação do dano.

Trata-se, pois, de responsabilidade indireta, que não exclui a eventual responsabilidade direta do autor do ato ilícito, contra o qual é justo que se assegure ação regressiva, como autoriza o art. 1.524, abrindo apenas exceção para o caso do descendente.

E quando forem múltiplos os agentes do ato ilícito?

Aplicar-se-á então o princípio do art. 1.518 do Código Civil, segunda parte, que responsabiliza a todos solidariamente pela reparação.

A ação regressiva não será admitida se tiver sido o responsável indireto quem determinou a prática do ato lesivo do agente direto: não há sequer, no caso, de considerar ter ocorrido falta de vigilância.

Com mais razão na exceção a que alude o art. 1.524 citado: se o autor material do dano for descendente do responsável indireto. É o caso típico de falta de dever de vigilância.

No caso de alienado ou de menor, a inimputabilidade do agente material exclui, com a sua culpa, a sua responsabilidade: a culpa é **in vigilando** do pai, tutor ou curador.

9 — É necessário disciplinar o egoísmo humano

Caracterizado o delito, constitui imperativo fundamental receba quem o praticou corretivo exemplar não apenas no âmbito penal, como também no civil, que o desanime a persistir no seu dolo ou na sua leviandade, e que sirva de advertência a todos os demais.

Tudo quanto era possível dizer a respeito foi sintetizado de maneira profunda por IHERING: o direito deve procurar disciplinar o egoísmo humano.

Para tanto são indispensáveis três ordens de contribuições.

Em primeiro lugar, uma completa reforma da legislação civil, que deixe de paliativos, que servem apenas para incentivar os criminosos e os irres-

ponsáveis, e que enfrente decididamente o problema da quase total impunidade, sacudindo pelas bases toda a estrutura anquilosada que nos rege.

Quantos milhares de pessoas não continuam perdendo a vida em acidentes automobilísticos? Quantas não ficam estropiadas pelo resto da vida?

Por quê? Acima de tudo, porque as medidas repressivas, nesse setor, não têm, entre nós, qualquer eficácia.

Em contraste, na França, o motorista que ultrapasse faixa de segurança do pedestre fica sujeito a uma multa correspondente a Cr\$ 1.700,00, e na reincidência, tem a carta apreendida até 12 meses.

No Japão, o responsável por uma morte no trânsito pode ser condenado a pagar indenização de até um milhão de dólares e não é raro o culpado ter de vender seus bens para honrar a dívida com a família do morto.

Já se registraram casos de motoristas que praticaram o "harakiri", por ter sido sua vida econômica irremediavelmente destruída por causa de um acidente de trânsito.

Na Alemanha, as autoridades garantem que o respeito às normas de trânsito deve-se principalmente ao medo do famoso "Arquivo de Flensburg", da cidade do mesmo nome, um prontuário completo para cada um dos portadores de habilitação para dirigir, que consigna todas as faltas graves cometidas pelos motoristas.

Falhas correspondentes a doze pontos, no espaço de dois anos, suspendem automaticamente a habilitação por um prazo de seis meses. Na reincidência, a punição é por dois anos e, na terceira vez, a perda da habilitação é definitiva.

Os bons propósitos revelados pelo Código Civil argentino, art. 1.078, mandando pagar no caso de "delito do direito criminal", não somente perdas e danos, mas também o agravo moral, a moléstia na segurança pessoal ou no gozo dos bens da vítima, ou ferindo suas legítimas afeições, ficam, na prática, bastante reduzidos se comparados com o mal ocasionado pela perda de uma vida, limitando-se, analogamente, ao que faz o art. 1.537 CC pátrio, e, sem que a providência fosse melhorada no 984 do Projeto de 1975, ao pagamento de todas as despesas com a assistência do falecido e com o seu funeral, além do que for necessário à subsistência da viúva e filhos do morto, confiando ainda à prudência dos juízes fixar o montante da indenização e o modo de satisfazê-la (1.084).

Nem um estremecimento por parte do legislador diante dessa perda irreparável de um chefe de família, nem comiseração pela viúva e pelos órfãos, nem um pouco de vibração humana.

Não resta dúvida que é ao direito penal que cabe punir o delito, dando uma satisfação à sociedade.

O crime contra a vida, para citar apenas o mais expressivo, tem reflexos de ordem patrimonial e de ordem moral que jamais serão satisfatoriamente cicatrizados. Mas, admiti-lo não significa dispensar o causador do abalo de dar uma satisfação menos inadequada.

Não é plausível que a repressão exercida no recinto criminal não encontre no civil uma correspondência mais consentânea com o espírito de uma indenização menos odiosa.

É chegado o momento de estabelecermos também no âmbito pecuniário uma diferenciação no tratamento entre aquele que mata, mutila, humilha deliberadamente ou culposamente, e aquele que o faz sem essa intenção.

Isso é indispensável até por uma questão de coerência, pois não se justifica que se repare o mal causado a uma mulher agravada em sua honra por crime sexual e não se cuide de restaurar **adequadamente** o prejuízo ocasionado pela morte de um pai, de um esposo ou de um filho exemplar.

Não surpreende que, diante de um texto dessa natureza, a jurisprudência denegue praticamente indenização em caso de morte mesmo dolosa, com receio, talvez, de arbitramentos exagerados.

Bem por isso, entre muitos outros, encarecia o saudoso EDUARDO ESPINOLA que fora de se desejar que o CC “encerrasse disposições claras e precisas sobre este assunto de ressarcimento do dano em geral, sendo para notar que os princípios estabelecidos pelo Projeto Beviláqua, com referência especial às obrigações decorrentes de atos ilícitos, não satisfazem absolutamente” (**Direito Civil Brasileiro**, vol. 2º, pág. 207).

Também J. M. DE CARVALHO SANTOS (**Código Civil Brasileiro Interpretado**, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 3ª ed., 1946, vol. XXI, pág. 69), critica a orientação do legislador na redação do art. 1.537 por ter restringido em demasia o limite da indenização do dano que possa resultar do ato ilícito.

Transcreve acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, e o voto divergente de ANTONINO VIEIRA, ressaltando que nos casos de ferimento ou de que resulte defeito, os arts. 1.538 e 1.539 mandam indenizar o ofendido das despesas de tratamento e dos lucros cessantes, além de uma multa no primeiro caso e de uma pensão no segundo.

“Ora, seria um contra-senso inconcebível que no caso de morte imediata, com desaparecimento do cadáver, por ter sido queimado, por exemplo, ou atirado à água corrente, a indenização se limitasse às despesas de luto, ou nenhuma fosse paga, se a família dispensasse.”

Demonstra que “a indenização deve ser sempre a mais completa que for possível, e a pena civil ou criminal deve ser proporcionada ao ato ilícito e suas conseqüências” e passa a socorrer-se, uma vez que o Código Civil brasileiro não contém nem preceito genérico — como o do art. 1.078 do argentino, para todos os delitos — nem específicos, de subsídios doutrinários para propugnar o reconhecimento de um direito à indenização pelo dano moral.

Em “Comentário” a esse voto, J. M. DE AZEVEDO MARQUES faz ver que a vida moderna nem sempre suporta o classicismo hierático: exige maior elasticidade de hermenêutica:

“A aplicação nua e crua das palavras legislativas pode ser mui honesta, pode ser a resultante de uma **économie de pensée**,

no dizer de um escritor, mas não será, muita vez, **justa** e, portanto, não será jurídica, eis que o direito deve ser a justiça social, que se impõe ao bom senso da humanidade.”

Considera desnecessário recorrer ao conceito do dano moral, questão diferente e autônoma, propugnando antes, para a solução do problema, uma ampliação da vaga alusão do Código Civil ao “luto de família”:

“Tomada à letra essa expressão, provocará absurdos e desigualdades injustas, eximindo muitas vezes o devedor de satisfazer qualquer indenização. **Luto**, na linguagem popular mais corrente, se limita às **vestimentas lúgubres**, quando são usadas. Mas, no meu sentir, não deve ser essa a verdadeira e única significação, quando a lei manda indenizar o **luto da família**. Este é mais amplo; é também, no dizer dos léxicos: “o profundo sentimento de tristeza causado pela perda de pessoa cara”; ou genericamente, “a tristeza causada por desgostos e sofrimentos”. Pode haver luto sem haver morte; pode alguém estar de luto sem vestir roupas especiais. O luto não é somente o **sinal** de dor; é o sofrimento moral íntimo; donde surge para logo, **necessariamente**, logicamente, a idéia de **dano** ou melhor, de dor moral, esteja ou não escrito nas leis.”

Temos aí a pedra angular de todo o edifício da responsabilidade civil: não há um ato ilícito mais grave do que esse, e a severidade com que seja cominada no direito civil aquela pena que não é poupada no direito criminal estabelecerá a proporcionalidade com a indenização a ser imposta a todos os demais atos lesivos, sejam eles dolosos ou meramente culposos.

O que tem sido feito para melhorar essa situação?

Pouco, muito pouco.

O Projeto de Código Civil de 1975, depois de repetir, no art. 184, o art. 159, ampliando o conceito de ato ilícito para incluir o dano mesmo simplesmente moral, reproduz, com poucas inovações, nos arts. 963/990, mesmo na sua estrutura arcaica, o disposto nos arts. 1.519 a 1.551, com supressão de vários dispositivos.

Até a linguagem do começo do século é perpetuada (patrão, amo ou comitente!), limitando-se, praticamente, a dar maior realce à teoria do risco e à do dano objetivo.

A contribuição mais importante é a do parágrafo único do art. 963, mandando reparar o dano, independentemente de culpa “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, grande risco para os direitos de outrem, salvo se comprovado o emprego de medidas preventivas tecnicamente adequadas”.

Mas a preocupação mais com o autor do dano do que com a infeliz vítima continua, e transparece no

“Art. 980 — A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único — Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”

Por estranho que pareça, melhor contribuição encontra-se no Projeto do Código de Processo Penal, que se ocupa especificamente com a reparação do dano causado pelo crime (arts. 786/820) (*).

A indenização deve ser paga em execução à própria sentença penal, extraindo o interessado, neste juízo, carta de sentença.

Dará, assim, início à execução apresentando requerimento no qual formula os quesitos para o arbitramento do dano. Se o juiz penal tiver, também, competência civil, a execução correrá nos próprios autos da ação penal, dispensada a carta de sentença.

Mas a solução para o eterno problema da falta de recursos da maioria dos agentes dos atos lesivos talvez possa ser encontrada num mais completo aproveitamento da idéia do seguro obrigatório de danos pessoais, instituído pelo Decreto-Lei nº 73, de 27-11-1966, cobrindo a responsabilidade civil por morte, invalidez permanente e despesas médicas e suplementares da vítima de acidente de tráfego causado por veículo automotor ou por sua carga (art. 20, b, e al. 1), independentemente da culpa do condutor do veículo que causou o dano (Lei nº 6.194/74, art. 5º).

Naturalmente, terão que ser tomadas providências para aproximar à realidade a indenização por morte que é de apenas 40 salários mínimos; por invalidez permanente, de até 40 salários; pelas despesas médicas e suplementares comprovadas, de até 8 salários, como reembolso à vítima (Lei nº 6.194/74, art. 3º).

De qualquer maneira, trata-se de uma obrigação independente da prevista no Código Civil, arts. 1.538 e 1.539, tendo pois direito a vítima de exigir a cumulação de ambas as indenizações.

Só depois disso é que se poderá esperar uma atuação mais enérgica por parte dos nossos tribunais (segunda das mencionadas contribuições), "avec l'aide de juges dévoués et consciencieux", como acentua ALEXANDRE MARTIN ACHARD:

"A tarefa do juiz nunca é fácil, mas no domínio da reparação do dano moral, mais do que em qualquer outra, temos o direito de contar com juízes perspicazes, em condições de apreciar as gradações mais delicadas dos sentimentos humanos e desdobrados de moralistas de vistas elevadas.

Numa instituição que diz respeito às questões mais graves, uma vez que os juízes têm em mãos o que os homens têm de mais sagrado, seu patrimônio moral, o dever do juiz está cheio de escolhos, e incumbe àquele que é convocado a conhecer se-

(*) **N.R.**: — O autor refere-se ao Projeto de Lei nº 633/75.

O Projeto atualmente em tramitação no Congresso Nacional (n.º 1.655/83) ocupa-se da matéria no Livro V — "Da reparação de dano causado pelo crime" (arts. 662 a 689).

Vide, a propósito, o livro "Código de Processo Penal — Projeto de Lei n.º 1.655/83 — Quadro comparativo", editado pela Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, em setembro do corrente ano.

melhantes questões um estudo aprofundado dos casos que ele julga, um amor intenso da justiça e da verdade.”

A tudo sobreleva ainda uma condição primordial: uma ampla campanha de conscientização, de chamamento à responsabilidade sobre os males decorrentes desse completo abandono, a que, com tanto descuido é relegado esse bem inestimável que é a integridade física, a própria vida.

Que contraste com o que ocorre com os países mais adiantados!

Takashi Kicuchi, diretor da Yakult em Londrina, por causa de uma bola de golfe, abateu com um tiro o menor de 9 anos, Vanderlei, no dia 7-1-1973.

Consternado com a notícia, Hisami Matuzomo, presidente da empresa, partiu imediatamente do Japão, por via aérea, e apresentou-se ao operário Adão Rodrigues, pai da vítima, em seu próprio humilde lar, trazendo-lhe presentes e pedindo que os aceitasse, em obediência a um costume de seu país natal, com as seguintes expressões:

“O presente é meu. Não tem nenhuma vinculação com o assassino e, se sua família aceitá-lo, significaria o perdão para mim.”

A reação de Maria, mãe de Vanderlei, na sua simplicidade, é bem expressiva do sentimento de todas as vítimas, em situações análogas:

— “Perdoar o assassino? Nunca.”

— “Não venho em nome de quem matou seu filho. Peço perdão para mim. Quero voltar à minha terra sabendo que os senhores me perdoaram.”

— “Eu perdoo a mulher do japonês que matou meu filho. O senhor não tem nada com isso, não tem culpa de nada. Eu perdoo o senhor, mas aquele tem de morrer na cadeia, para não fazer mais o que fez. Se ele ficar solto, pode fazer o mesmo com outra criança.”

Pedindo desculpas em nome da Yakult, e manifestando o seu repúdio por esse ato a todo o povo londrinense, Hisami estendeu dois envelopes ao pai da vítima, esclarecendo:

“Em cada um deles há 10 mil cruzeiros para o senhor. É um presente meu.”

O intérprete acrescenta que este é um costume japonês. Adão Rodrigues assinou um documento, ganhou mais um televisor em cores e a promessa de receber mais dinheiro.

Mais comovente ainda foi a informação de que esse sentimento de solidariedade não era a manifestação de uma pessoa isolada, embora presidente da organização, que acrescentou:

“No Japão, os funcionários da minha empresa estão fazendo uma coleta. São 70 mil empregados e eu vou enviar o dinheiro ao Prefeito de Londrina, para que ele entregue ao senhor, está bem?”

Interrupción voluntaria del embarazo: reflexiones teológico-jurídicas

ANTONIO BERISTAIN

Catedrático de Derecho Penal. Facultad
de Derecho. San Sebastián

SUMARIO

- 1º — Necesidad de investigaciones metajurídicas
- 2º — Observaciones elementales de política criminal
- 3º — Interrogaciones teológicas
 - 3.1 — La Iglesia, ¿ha condenado el aborto siempre?
 - 3.2 — La Iglesia, ¿condena hoy todo aborto?
- 4º — Imprudencia de rechazar todas las "indicaciones"

"La religión no es algo que simplemente se tiene o no se tiene.

El hombre... consiste en religación o religión."

XAVIER ZUBIRI

1º — Necesidad de investigaciones metajurídicas

Los problemas del aborto piden planteamientos y respuestas criminológicas, es decir, multi-interdisciplinarios. Piden que se sienten en nuestra mesa de estudio y que colaboren en nuestras investigaciones empíricas, de campo, también los filósofos y los teólogos, pues si es cierto, como afirma STANISLAV ANDRESKI (1), que las ciencias sociales actuales en general padecen una gran falta de estudios filosóficos (teológicos, añadido yo), especialmente se debe lamentar la falta de estudios metajurídicos en el campo del aborto.

Esta breve nota pretende únicamente insinuar algunas reflexiones, quizá, mejor dicho, algunas interrogaciones teológico-jurídicas, pues considero que, para llegar a soluciones menos insatisfactorias en la legislación y en la práctica judicial acerca de la interrupción voluntaria del embarazo, conviene abrir la puerta a las preguntas provenientes de todos los diversos campos de la ciencia y de la realidad, sin excluir el campo teológico.

Comenzamos formulando algunas coordenadas jurídicas para, después, pasar a la problemática teológica en la que estudiamos brevemente la postura de la Iglesia a lo largo de la historia, y discutimos su unanimidad o no unanimidad doctrinal en el momento presente. Al final, quisiéramos que el lector hubiera encontrado motivos para opinar que la interrupción del embarazo es socialmente y éticamente justificable en algunos casos extremos pues aparece

(1) STANISLAV ANDRESKI, *Social Sciences as Sorcery*, New York, St. Martin's Press, 1973, pág. 113.

como un mal menor o, más precisamente, como el rechazo a provocar una deshumanización o crear una situación inhumana.

Esta tesis coincide, casi al pie de la letra, con la que defendieron el grupo francés compuesto por catorce especialistas, entre ellos el jesuita BRUNO RIBES, director de la revista *Études*, el protestante ANDRÉS DUMAS, profesor de Moral de la Facultad de Teología protestante de París, el dominico FELIPE ROQUEPLO, consejero eclesiástico de la Unión Católica de científicos franceses, y el salesiano RENATO SIMON, teólogo moralista (2).

2º - Observaciones elementales de política criminal

A los juristas, como a los encargados de la política criminal, el aborto presenta muchas cuestiones que se resisten a una racionalización plena, por incidir en el estrato de una radicalidad humana al que no llega el buceador de la razón. En el campo jurídico, después de estudiar las legislaciones a lo largo de la historia diacrónicamente y a lo ancho de la geografía sincrónicamente, se pueden formular las coordenadas siguientes:

Primera. La vida humana, siempre y en cualquier circunstancia, merece gran respeto. Aunque no un respeto absoluto. El aborto es una lesión contra bienes jurídicos muy nobles. Pero, en determinadas circunstancias es una lesión menor que otras.

Segunda. En las legislaciones de nuestro mundo cultural se justifica la muerte a otra persona, aun la producida con dolo, si median causas de justificación como, por ejemplo, legítima defensa o estado de necesidad entre bienes de desigual valor.

Tercera. El aborto es una palabra distinta del homicidio. Esta diferencia semántica responde a realidades diversas en el ámbito biológico, sociológico, psicológico, ético y, también, en el jurídico.

Cuarta. Todas las legislaciones que tipifican como figura delictiva el aborto establecen notables diferencias con el homicidio: la sanción es siempre menor en la interrupción del embarazo (3).

Quinta. Generalmente las legislaciones incluso las más severas, como la española (4), justifican las acciones abortivas en algunos supuestos, por ejemplo, el estado de necesidad que puede darse en caso de abortos terapéuticos cuando entra en conflicto la vida de la madre con la vida del *nasciturus*.

(2) VARIOS, "Pour une réforme de la législation française relative à l'avortement", en *Études* (enero 1973), págs. 53-84.

(3) Cfr. HANS-HEINRICH JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 3ª ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1978, pág. 291. Con formulación y en sentido algo diferente, en la 1ª ed. de 1969, pág. 242.

(4) JOSÉ ANTÓN ONECA, en sus lecciones de cátedra, considera que el aborto terapéutico en el Código Penal español es impune pues según la circunstancia 7ª del artículo 8 el estado de necesidad debe tomarse en consideración como causa de inculpabilidad, JOSÉ ANTÓN ONECA, *Derecho penal. Parte General*, Madrid, 1966, pág. 252 (apuntes de C. LANDECHO). A. BERISTAIN, *Cuestiones penales y criminológicas*, prólogo de F. MUÑOZ CONDE, Madrid, Reus, 1979, págs. 568 y 349.

Sexta. "El panorama comparatista, como escribe GERARDO LANDROVE, se caracteriza por la cristalización de un amplio movimiento desincriminador y por los serios intentos existentes en muchos países de tradición conservadora de operar una amplia liberalización en la materia. En esta línea, muy recientes proyectos reformadores han alcanzado o están a punto de alcanzar espectaculares éxitos. Todo ello, apoyado en un cuerpo sustancial de opinión pública altamente favorable a la práctica de voluntarias interrupciones del embarazo bajo determinadas exigencias" (5).

Es decir, a lo largo de la historia y a lo ancho de la geografía, las leyes y los juristas generalmente exigen respetar la vida humana desde el primer momento de la concepción, aunque no suelen afirmar que sea delito todo aborto. Este puede considerarse justo o permitido, o exculpable, por ejemplo, en algunas circunstancias de estado de necesidad.

Con otras palabras, si se prescinde de matizaciones y detalles, algunos (pero no todos, y cada día menos) supuestos de aborto se encuentran tipificados como delito en el Derecho penal de nuestro mundo cultural, pero esta "solución" jurídica puede cuestionarse, matizarse y enriquecerse desde varios puntos de vista, también desde el teológico.

3º — Interrogaciones teológicas

La Teología y la Religión encuentran muchos interrogantes al reflexionar sobre los problemas del aborto. No parece científico decir que las religiones siempre han condenado el aborto. Tal formulación resulta excesivamente amplia y de espaldas a la historia y a la ciencia. Olvida que hay muchas religiones — dignas de sumo respeto — y algunas de ellas, por ejemplo la judía, permiten el aborto (en ciertos casos), otras, como la protestante, no adoptan una postura unánime (6). Y lo mismo, aunque en grado menor, puede afirmarse de la católica, como veremos enseguida.

Por falta de espacio, prescindimos aquí de las religiones no católicas y de varios aspectos éticos que exigen explicaciones amplias (7).

(5) GERARDO LANDROVE, *Política criminal del aborto*. Barcelona, Bosch, 1976, págs. 49 ss y 95. Posteriormente se manifiesta, con la misma orientación, en "Voluntaria interrupción del embarazo y Derecho penal", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 10 (1980), págs. 75 ss.

(6) G. DAVANZO, "Aborto", en *Diccionario Enciclopédico de Teología oral*, 3ª ed., ampliada con un Suplemento, Madrid, Ed. Paulinas, 1978, págs. 13-17 (Traducción y adaptación complementaria castellana por EMILIO PASCUAL y otros). *Informations Catholiques Internationales*, número 453 (1º abril 1974), "Les religions et l'avortement", págs. 13 ss.

(7) La literatura al respecto es incalculable. Baste citar como muestra algunos de los estudios indicados en el último número de *Criminology and Penology Abstracts*, núm. 3 (1980), págs. 280 ss.: TSAFRIR, Jr., "Ethical aspects of abortion — some European views", en *Society and Welfare*, 1979, 2/3, págs. 341-347; AZMON, A., "The abortion problem from the moral point of view", en *Society Wel*, 1979, 2/3, págs. 302-310; HOLMES, C., MARGETTS, J. y GIBBS, G., "Who should decide? A survey of attitudes about bioethical decision-making", en *Ethics in Science and Medicine*, 1979, 6/3, de la Universidad de Utah, págs. 137-144.

En cuanto a la Iglesia Católica, hemos de manifestar, ya desde ahora, nuestro agradecimiento hacia ella por su mensaje de respeto a la vida en todos sus grados (8). Esta Iglesia, durante los primeros siglos de su existencia, corrigió el desprecio que amplios sectores de la cultura greco-romana sentían y fomentaban hacia el *nasciturus* y el *infans*.

También hoy nuestra cultura necesita que la religión nos recuerde el valor positivo de toda vida, y también los aspectos negativos del aborto (9). Pero en este campo, caben excesos y malentendidos. Para evitarlos, al menos en parte, conviene reflexionar sobre varios temas, especialmente los dos siguientes: 1º) La Iglesia Católica ¿ha condenado siempre el aborto? 2º) Hoy, ¿lo condena sin excepciones?

Damos por supuesto, como indica JAVIER GAFO, S. J. (10), que "el problema moral suscitado por el tema del aborto es muy complejo"; y que los teólogos no pretenden — o no deben pretender — que todos los criterios éticos eclesiales acerca del aborto sean aceptados por la legislación civil. En este sentido se expresa P. DE LOCHT (11) cuando, hablando del aborto, escribe: "Las instancias morales (entre otras las Iglesias) no deben esperar de la autoridad civil tomas de posición parecidas a la suya... , los poderes públicos deben tener en cuenta el mundo pluralista...".

3.1 — *La Iglesia, ¿ha condenado el aborto siempre?*

Algunas personas de la jerarquía y de la más alta jerarquía eclesiástica, han condenado el aborto y, a veces, con formulaciones muy universales. Pero, no parece científico afirmar que la Iglesia católica siempre ha visto en cualquier interrupción voluntaria del embarazo un pecado grave.

La doctrina de los intelectuales y de los jerarcas eclesiásticos no ha sido unánime a lo largo de los siglos según aparece en los documentos de los especialistas en historia eclesiástica, por ejemplo en los comentaristas de TERTULIANO, SAN JERÓNIMO, SAN AGUSTÍN y SAN TOMÁS (12).

Por otra parte, bastantes católicos de gran autoridad, durante varios siglos, han considerado que no es homicidio el aborto del *nasciturus*, del feto masculino

(8) En cuanto a la postura de la Iglesia respecto a la pena capital, véase A. BERISTAIN, "El catolicismo ante la pena de muerte", en M. BARBERO y otros, *La pena de muerte, Seis respuestas*, 2ª ed., Madrid, Ed. BOE, 1978, págs. 163-190.

(9) GOLOMB, M., "Induced abortion — psychological implications", en *Society Well*, 1979, 2/3, págs. 311-319. Cfr. *Criminology and Penology Abstracts*, núm. 3 (1980), pág. 288.

(10) JAVIER GAFO, S. J., "La moral católica y el aborto. Ante una nueva actitud", en *Razón y Fé*, núm. 915 (abril 1974), pág. 334.

(11) P. DE LOCHT, *Avortement; un moraliste s'interroge*, Bruselas, s. f., (¿1971?), pág. 10.

(12) MARCELINO ZALVA, S. J., "¿Santo Tomás a favor del aborto terapéutico? Opinión de algunos moralistas italianos del siglo XIX", en *Doctor Communis*, 27 (1974), IV, págs. 42-69.

en sus primeros cuarenta días, y del feto femenino en sus ochenta primeros días, es decir, del *foetus* no informado por el alma y, por tanto, según su teoría, no persona humana.

Esta doctrina tuvo amplia acogida, con diversos matices, en eminentes especialistas cristianos, como indica B. SESBOÛE, S. J. (13). Baste recordar aquí las obras de SÁNCHEZ, S. J., LAYMANN, S. J., MARTÍN DE AZPILICUETA y ALFONSO M^a DE LIGORIO.

El jesuíta sancto TOMÁS SÁNCHEZ (1550-1610) publicó, en Amberes (1602-1605), su libro *Disputationum de sancto matrimonii sacramento* (14). En esta obra admite el aborto terapéutico en los casos de feto no animado, si, por ejemplo, su madre es joven soltera y corre peligro de suicidio o de muerte a manos de su familia... si, ya prometida en matrimonio, no puede evitar de otra manera un bastardo que su futuro marido no aceptaría... si, soltera o casada, es víctima de violación. En sentido parecido se expresa también su compañero de Orden, el P. LAYMANN, S. J. (1574-1635).

Poco después, a finales del siglo XVII, exactamente el año 1693, MARTÍN DE AZPILICUETA publica una obra, en Venecia, según la cual feto sólo adquiere alma racional después de los cincuenta primeros días. Lógicamente, antes de este plazo permite que el médico pueda suministrar abortivos, si es necesario para salvar la vida de la madre.

Ya bien entrado el siglo XVIII, ALFONSO M^a DE LIGORIO (1696-1787), el maestro de los moralistas, en su *Theologia moralis* (1^a ed., 1748), sigue interpretando el Éxodo, Capítulo 21, versículos 22 y 23, en el sentido de la animación posterior al momento de la fecundación (15).

En Italia, a finales del siglo XIX, no faltan moralistas como APICENLLA, AVANZINI, BALLERINI y CONSTANTINI que consideran no injusto el aborto en casos extremos de peligro para la vida de la madre (16).

La Teología moral tradicional ha enseñado y enseña que no peca ante Dios quien, por sus circunstancias concretas, opina sinceramente, en conciencia, que puede lícitamente provocar el aborto. La razón es clara, pues esa persona actúa según le dicta su criterio individual que es la norma próxima de la eticidad en la conducta. Según explican los modernos moralistas, como F.

(13) B. SESBOÛE, "Les chrétiens devant l'avortement d'après le témoignage des Pères de l'Église", en *Études* (agosto-septiembre 1973), págs. 283-282.

(14) *De sancto matrimonii sacramento*, Tomo 1, Libro 9, Disputatio 20, nota 9; c. 6-8: "Y, por lo tanto, me parece más probable que es lícito en este caso procurar el aborto puesto que no es homicidio y el feto es una parte de las vísceras maternas ya que no está informado por el alma racional. No hay, por lo tanto, que conservarlo con tanto peligro para la vida materna, principalmente puesto que, si la madre muere, ese feto no será animado por su alma".

(15) Véase también, H. EUSENBAUM, *Medulla theologiae moralis*, Tomo 1, Libro 3, Tr. 4, Cap. 1, dub. 3.

(16) MARCELINO ZALBA, S. J., *Theologiae Moralis Compendium*, I, Madrid, BAC, 1958, pág. 880. (Con inexactitud o equivocación poco frecuente en él dice que consideraban no injusto el infanticidio en estas circunstancias).

BÖCKLE, B. HÄRING, K. RAHNER, MARCIANO VIDAL y otros (17), la ignorancia invencible es un problema de incapacidad de una persona para "hacerse cargo" de una obligación moral... según la capacidad y situación muy diferentes de la gente. Este puede ser el caso no sólo de los más altos ideales y de los preceptos-meta del Evangelio, sino también del entendimiento existencial de una norma moral prohibitiva. Más innovadora y profunda es la postura de KARL RAHNER, con sus análisis diferenciales entre el conocimiento, y la experiencia, entre la culpabilidad objetiva y la subjetiva.

De manera semejante, para que alguien incurra en excomunión, el Derecho canónico ha exigido siempre pecado en el plano moral subjetivo, como condición *sine qua non*. (Respecto al aborto, cfr. Canon 2350, 1).

En la historia de la Teología nunca se ha condenado de manera tajante, sin excepción, a quienes permitían el aborto provocado en algunos supuestos extremos. Lo contrario ni es verdad de fe, ni ha sido definido como tal con un acto de magisterio eclesiástico infalible (18).

La opinión oficial de la Iglesia, según indica POHIER (19), ha variado fundamentalmente en muchos problemas morales, no sólo en el campo del aborto, del préstamo a interés, del poder político de los Romanos Pontífices, etc., pues con el transcurso de los años cambian los presupuestos fácticos, objetivos y subjetivos, y lógicamente su valoración ética. Incluso las estadísticas del volumen de la población mundial, y otras estadísticas, deben tenerse en cuenta (20).

Aunque, por desgracia, la jerarquía católica se ha equivocado a lo largo de la historia en puntos doctrinales muy importantes de fe y costumbres, sin embargo, afortunadamente, no ha sido tan enérgica y represiva como algunos dicen frente a quienes opinaban de manera distinta a ella.

- (17) FRANZ BÖCKLE, "Sittengesetz und Strafgesetz in katholischen Sicht, en *Beiträge zur Sexualforschung*, núm. 43 (1968), págs. 5-24. BERNHARD HÄRING, *Moral y medicina. Ética médica y sus problemas actuales*. Madrid, Ed. PS, 1972, pág. 10. KARL RAHNER, *Objektive und subjektive Moral*, Freiburg, Herder, 1971, págs. 32 ss., y 55. IDEM, *Reflexiones en torno a la "Humanæ Vitæ"*, 3ª ed., aumentada y corregida por B. Häring, Madrid, Ed. Paulinas, 1971, págs. 34 ss. MARCIANO VIDAL, *Moral de actitudes. T. I, Moral Fundamental*, Madrid, Ed. PS, 1975, págs. 328 ss.
- (18) Véase J. PILZ, S. J., en *Lexikon für Theologie und Kirche, sub voce Abtreibung*, Friburgo de Brisgovia, 1957, Tomo I, columnas 96-100. También, *sub voce "Aborto"*, en *Enciclopedia de la Religión Católica*, T. I, columnas 78 y s., Dalmau y Jover Ediciones, Barcelona, 1956. (No consta el autor).
- (19) J. POHIER, "Reflexions théologiques sur la position de l'Église catholique", en *Lumière et Vie* (agosto-octubre 1972), págs. 73 ss.
- (20) NICOLAS N. KITTRIE, "Das Recht auf Leben und das Recht auf Sterben: Probleme der Entscheidungsfindung", en *Suizid und Euthanasie als human und sozialwissenschaftliches Problem*, Stuttgart, ed. Enke, 1976, págs. 385 y ss. B. HÄRING, *Moral y Medicina. Ética médica y sus problemas actuales*, Madrid, Ed. PS, 1972, págs. 112 y ss. EMMANUEL-CHARLES TREMBLAY, "Rectificación de algunos errores sobre el aborto y su legalización", en VARIOS, *Dejarlos vivir*, Madrid, Ed. Rialp, 1980, págs. 103 ss., de orientación represiva extrema.
- (21) JAVIER GAFO, S. J., "Los obispos de la Iglesia Católica ante el aborto, en *Vida Nueva*, núm. 930 (27 abril 1974), págs. 22-31, especialmente págs. 26 ss.

3.2 — La Iglesia, ¿condena hoy todo aborto?

Hoy tampoco parece unánime la condena del aborto en la Iglesia católica, pues no hay declaración *ex cathedra*, ni hay unanimidad total en la jerarquía, en los teólogos, ni menos en el pueblo de Dios.

No hay unanimidad en la jerarquía, como aparece al comparar las diversas manifestaciones de las Comisiones episcopales acerca del tema (21). Algunas Comisiones episcopales condenan el aborto terapéutico, otras no lo condenan o no con tanta claridad. Algunas conferencias episcopales, sobre todo las de Bélgica, Canadá y Corea del Sur, invitan a un examen más profundo de lo que es y de lo que implica el aborto directo (22).

Existen dentro de la jerarquía, y aun de la jerarquía eclesiástica del Estado español, posturas diversas: desde la estricta calificación de todo aborto como pecado grave, por ejemplo, del Obispado de San Sebastián (4 de noviembre de 1974) y del de Valladolid (23), hasta la más matizada y progresiva del obispo auxiliar de Madrid, ALBERTO INIESTA (24).

Mucho menor es la unanimidad en el Pueblo de Dios (es decir, la Iglesia, en cuanto algo más que sólo la jerarquía, según el Concilio Vaticano II), pues muchos moralistas, muchos teólogos y muchos "simples" fieles opinan en el presente (como otros han opinado en tiempos pretéritos) que no todo aborto debe considerarse siempre pecado y, especialmente, que no todo aborto merece tipificarse como delito. Esta diversidad de criterio en el Pueblo de Dios aparece patente en múltiples estudios escritos por católicos creyentes y practicantes que, aunque acatan el Magisterio eclesial, se declaran partidarios de desincriminar la voluntaria interrupción del embarazo en determinadas circunstancias que varían de unos a otros. En este sentido han aparecido bastantes artículos en Europa y en América durante los últimos años (25). "Precisamente

(22) M. ZALBA, S. J., "Aborto terapéutico", en *Estudios Eclesiásticos*, núm. 200, vol. 52 (enero-marzo 1977), pág. 19.

23) JOSÉ DELICADO, Arzobispo de Valladolid, "El aborto ante la ética y el Derecho", en *Ecclesia*, núm. 1.974 (15 mayo 1980), págs. 12-19.

(24) ALBERTO INIESTA, Obispo de Vallecas (Madrid), "Crias de hombre", en *Caritas*, rev. mensual de Cáritas Española, núm. 182 (noviembre 1979), págs. 2 y 39. Últimamente se han manifestado en contra de todo aborto el cardenal Jubany, arzobispo de Barcelona, y el obispo de Cuenca, M. González, según la prensa del 5 de julio de 1980.

(25) MARCIANO VIDAL, *Moral de actitudes. II. Ética de la persona*, Madrid, PS Editorial, 1977, págs. 222 ss., con abundante bibliografía hasta 1975; BENJAMIN FORCANO, "Perspectiva moral del aborto", en *Iglesia Viva*, núm. 69 (mayo-junio 1977), págs. 199-215. IDEM, "Defensa de la vida y aborto", en *Herria 2000 Eliza*, núm. 16 (octubre 1979), págs. 15-20. JACQUES-MARIE POHIER, "Réflexions théologiques sur la position de l'Église catholique", en *Lumière et Vie* (agosto-octubre 1972), págs. 73-107. ANTONIO BERISTAIN, "Matizaciones sobre el aborto", en *Vida Nueva*, núm. 936 (8 junio 1974), pág. 3. IDEM, "Dos opiniones sobre el aborto", en *Fomento Social*, núm. 116 (octubre-diciembre 1974), págs. 439-441. ENRIQUE RUIZ VADILLO, "La vida, el Derecho y la sociedad", en *Criminología Vasca*, Bilbao, Gran Encicl. Vasca (en prensa). Todo el núm. 100 de la revista *Concilium* (1974), "La sexualidad en el catolicismo contemporáneo", especialmente los trabajos de K. KRIECH y de F. BÖCKLE. VARIOS, "L'Avortement, Problème éthique? Problème politique?", en *Recherche et Vie*, núm. 12, Bruselas (sin fecha) (1977). MANUEL CUYÁS, S. J., "La Iglesia ante una ley civil sobre el aborto", en *Razón y Fe*, núm. 968-969 (septiembre-octubre 1978), págs. 175-185.

porque yo pertenezco a la Iglesia, dice el dominico ROQUEPLO, por eso me aterroriza ver a la jerarquía intervenir así en el campo de la política para hacer la peor política posible: la política de la opresión" en el problema del aborto (26). El Secretariado General del Episcopado Francés, en el libro publicado bajo su responsabilidad, *Faire vivre, L'Eglise catholique et l'avortement* (27), se ha manifestado en 1979 menos represivo que otros episcopados pues reconoce que no piden una vuelta a las disposiciones represivas de la ley francesa de 1920 (legislación no más severa que la actual de España).

Al jesuita PATRICK VERSPIEREN, la legislación francesa promulgada en 1975 le parece, en sus grandes líneas, la mejor adaptada, vista la situación francesa actual, al tan difícil problema del aborto. Si el Estado no puede reprimir el aborto, tiene el deber imperativo de limitarlo y de prevenirlo en la medida de sus medios (28).

También prueba lo mismo un hecho reciente. A comienzos de mayo de este año 1980, el Papa JUAN PABLO II ha ordenado (a través de los superiores de la Compañía de Jesús) al jesuita ROBERT F. DRINNAN abandonar su actividad política que estaba llevando a cabo desde hace años en el Congreso de Estados Unidos. Entre las razones que se aducen para este mandato del Romano Pontífice se indica que DRINNAN no estaba siempre conforme con la visión de Roma en materia social, denunció la guerra del Vietnam, la pobreza, la discriminación racial y — probable hecho decisivo que incitó a Roma a ordenarle que abandone sus actividades en el Congreso — adoptó una posición favorable en el momento de votar la legislación norteamericana que permite una ayuda pública para la práctica del aborto.

La suprema jerarquía de la Iglesia católica, en este caso concreto, impide que un religioso cooperador en favor de una legislación permisiva del aborto siga trabajando en el Congreso. Pero tampoco condena su criterio ni le aplica sanción alguna canónica. DRINNAN puede seguir expresando sus opiniones en sus predicaciones y en sus escritos.

Nadie debe extrañarse de la diversidad de posturas teóricas y prácticas dentro de la Iglesia católica si tiene presente que la moral católica no es un conjunto de proposiciones comparables a los artículos de un código de la legislación positiva, sino una moral de principios en un campo de valores de contenido material exigente, como indican, entre otros, DÍEZ-ALEGRÍA, en su excelente libro

(26) PÈRE ROQUEPLO, "Que l'Eglise insère la sexualité dans la totalité d'une existence évangélique", en *Informations Catholiques Inter.*, núm. 453 (1º abril 1974), pág. 21.

(27) *Faire vivre. L'Eglise catholique et l'avortement*, Le Centurion. Dossier préparé par Mgr. Duchesne, Paris, 1979, pág. 133.

(28) PATRICK VERSPIEREN, S. J., "Avortement: quelle législation pour demain?", en *Études* (octubre 1979), pág. 334: "La législation promulguée en 1975 me paraît ainsi dans ses grandes lignes la mieux adaptée, vu la situation française actuelle, au si difficile problème de l'avortement, étant persuadé que celui-ci est un acte grave que l'État, s'il ne peut plus le réprimer, a le devoir impératif de limiter et de prévenir dans la mesure de ses moyens."

Yo creo en la esperanza, MARCIANO VIDAL, CHARLES E. CURRAN y FRANZ BÖCKLE (29).

Actualmente, el pluralismo en materia moral aparece no menor que en otros tiempos, principalmente en la aplicación de los principios generales a circunstancias concretas. Y se amplifica más al producirse contactos entre culturas que se ignoraban o en el curso de mutaciones rápidas en el seno de la sociedad (30).

En sentido parecido se expresa también V. HEYLEN (31), cuando al estudiar la posible liberalización abortiva dice: "La moral no es, pues, sino una parte teórica de la formación de la conciencia; ésta conserva el primado de la decisión..., la moral es más una ciencia informativa que normativa; no ordena sino por la fuerza intrínseca de sus proposiciones. Su carácter imperativo le viene de la convicción que puede crear, de la orientación, y compromiso que puede suscitar".

Como indica M. VIDAL (32), admitida la inmoralidad del aborto en general, juzgamos conveniente plantear la dimensión ética de las llamadas "situaciones conflictivas" en términos de *conflicto de valores*. Solucionar la moralidad de tales situaciones con la distinción del aborto "directo" e "indirecto" no nos parece adecuado. En el aborto terapéutico nos atrevemos a creer que no se trata de una acción totalmente mala sin posibilidad de ser referida a otro valor que se trata de salvaguardar, como es la vida de la madre. El "aborto eugenésico" plantea una pregunta cuya contestación es difícil de dar apodóticamente. Es una situación típica en la cual los principios éticos son claros a nivel abstracto, pero requieren una gran dosis de comprensión a nivel concreto.

A los argumentos hasta aquí indicados y a otros que pudieran añadirse, debe sumarse un motivo nuevo: *La nueva concepción del magisterio eclesiástico en general y especialmente en temas como los del aborto* (33). El magisterio ordinario de la jerarquía eclesiástica se concibe hoy como espacio de diálogo y/o

(29) KARL RAHNER, *Strukturwandel der Kirche als Aufgabe und Chance*, Friburgo, ed. Herder, 1972, págs. 69 ss. JOSE M^a DIEZ-ALEGRIA, *Yo creo en la esperanza*, Bilbao, Ed. Desclée Brouwer, 1972, págs. 171 ss. M. VIDAL, "Nuevos enfoques y orientaciones en la moral", en *Moral y hombre nuevo*, Congreso de Teología Moral, Madrid, 1969, Madrid, Ed. Perpetuo Socorro, 1969, págs. 47 ss. FRANZ BÖCKLE, *¿Ley o conciencia? Un dilema decisivo para la moral de nuestro tiempo*, Barcelona, Ed. Nova Terra, 1970, págs. 67 ss. CHARLES E. CURRAN (trad. José M. Ruiz), *¿Principios absolutos en Teología Moral?*, Santander, Ed. Sal Terrae, 1970, págs. 107 ss.

(30) PHILIPPE DELHAYE, *El aspecto ético*, en Comisión teológica internacional, *El pluralismo teológico*, Madrid, Ed. BAC, 1976, traducción del alemán por M. POZO y V. M. FERNANDEZ, pág. 69.

(31) V. HEYLEN, en *¿Liberalizar el aborto?*, traducción de CARLOS LÓPEZ DE LA RICA, Bilbao, Ed. Mensajero, 1974, pág. 148.

(32) MARCIANO VIDAL, *Moral de actitudes, II. Ética de la persona*, Madrid, Ed. PS, 1977, págs. 235 ss.

(33) SCHÜLER, "Bermekungen zur authentischen Verkündigung des kirchlichen Lehramtes", en *Theologie und Philosophie*, 41 (1967), págs. 534-551.

como contraste de opiniones diversas más que como enumeración dogmática, o clase magistral o emanación indiscutible del *magister dixit*.

Siempre en la Teología tradicional se ha admitido el disentimiento privado y público cuando mediaban argumentos serios. Hoy esta posibilidad y conveniencia del disentimiento no ha disminuido, como indican, por ejemplo, B. SCHÜLER, K. RAHNER y F. BÖCKLE (34).

Entre los muchos moralistas calificados por su fidelidad a la Iglesia y por la solidez de su doctrina, merece citarse aquí a MARCELINO ZALBA. En la revista jesuítica *Estudios Eclesiásticos* ha publicado un amplio trabajo sobre el aborto terapéutico, demostrando las siguientes conclusiones:

— “En estos últimos años bastantes moralistas, por diversas razones, aceptan el aborto terapéutico como no contrario a la sana moral”.

— Bastantes de los moralistas que aceptan ese aborto lo hacen apartándose “de las manifestaciones del magisterio aparentemente contrarias”. Es decir, esos moralistas no se consideran vinculados por tal doctrina del magisterio jerárquico.

— El aborto terapéutico no es directo y, por consiguiente, acaso puede ser practicado para salvar a la madre... sin apartarnos, “sin desatender las declaraciones del Magisterio.”

— En el fondo, coinciden en esta postura los teólogos de otros tiempos como SÁNCHEZ, BUSENBAUM, SAN ALFONSO, BILLUART, GURY, BALLERINI, D'ANNIBALLE y LEHMKUHL.

El argumento principal del moralista español, profesor actualmente en la Pontificia Universidad Gregoriana de Roma, resulta sencillo y convincente: no merece el calificativo de aborto directo “aquella intervención cuyo contenido real y efectivo en el juicio de los hombres ofreciera dos aspectos verdaderos y fuera doble: uno, aceptado intencionalmente, el de librar a la madre, en fuerza del mismo acto que ejecuta, de una tensión interna que amenazara gravemente su vida; otro, no buscado en modo alguno en el orden psicológico, sino realizado en el orden puramente material, el de sustraer el feto del medio ambiente que le sería necesario para poder seguir desarrollándose. Este segundo resultado, por lo que se refiere a la intención del agente, sería tolerado, no buscado; y en el caso del aborto terapéutico, se lo toleraría tanto más razonablemente cuanto que en realidad aquel feto habría de morir necesariamente poco después, mientras que, acelerada su muerte, se salvaba una vida” (35).

(34) KARL RAHNER, S. J., *Reflexiones en torno a la “Humanae Vitae”*, Madrid, 1971, págs. 31 ss.; posteriormente véase el artículo “Disputa um das Kirliche Lehramt”, en *Stimmen der Zeit*, Vol. 185 (1970), págs. 73-81; SALAVERRI, S. J. “El Magisterio de la Iglesia según el Concilio Vaticano II”, en *Revista Española de Teología*, núm. 26 (1966), págs. 151-174; R. A. McCORMICK, S. J., “Notes on Moral. Theology and Authority”, en *Theological Studies*, vol. XXX (1969), págs. 644-653; IDEM, “Notes on Moral Theology. Morality and the competence of the Magisterium”, en *Theological Studies*, vol. XXX (1969), págs. 663-668.

(35) M. ZALBA, S. J., “El aborto terapéutico, ¿aborto indirecto?”, en *Estudios Eclesiásticos*, núm. 200, vol. 52 (1977), págs. 9-38. B. FORCANO, “Perspectiva moral del aborto”, en *Iglesia Viva*, núm. 69 (1977), págs. 199-215, habla, en sentido parecido, de feto ectópico que “se le considera como una tumoración maligna que provocaría la muerte de la madre por hemorragia o peritonitis”.

En las páginas del moralista hispano se encuentran agudos análisis de problemas semánticos, jurídicos, históricos; qué se ha de entender y qué debe entenderse por aborto directo, aborto terapéutico, acción de doble efecto, orden psicológico y orden material del actuar final humano... Casi todo resulta discutible. Pero, algo parece indiscutible: una puerta está abierta.

4º — *Imprudencia de rechazar todas las "indicaciones"*

A la luz de la teología y la moral católica de ayer y de hoy parece aconsejable concluir que no hay dificultad, desde sus puntos de vista tanto filosóficos como teológicos y de práctica pastoral, para que la legislación civil permita el aborto cuando se cumplan las circunstancias extremas de algunas de las llamadas "indicaciones". Indudablemente no debe considerarse delictiva la interrupción voluntaria del embarazo en el supuesto de estar en peligro la vida de la madre. Estudios más detenidos deben analizar las vigencias desincriminadoras de la indicación médica (peligro de grave enfermedad para la madre) de la indicación eugénica (peligro de grave malformación para el *nasciturus*) e indicación social o jurídica.

Hablando con más propiedad, la moral no rechaza todas las indicaciones. Tampoco se detiene a trazar en concreto la línea fronteriza de lo incriminable. No es esa su misión.

La moral contemporánea, especialmente en la problemática de la interrupción voluntaria del embarazo, no debe formular respuestas concretas y definitivas, por el desarrollo progresivo de la ciencia y la praxis médica y porque las coordenadas éticas tradicionales aparecen hoy sometidas a una profunda revisión crítica debido a las mutaciones de la idea del hombre y del mundo (36).

Pero la legislación que regule el aborto debe respetar la objeción de conciencia de quienes, en teoría, deban intervenir como personal sanitario. Objeción de conciencia que conocemos y reconocemos presenta varias dificultades prácticas, económicas y profesionales (37).

Los motivos por los cuales algunos supuestos de aborto pueden o deben permitirse proceden de muy diversas consideraciones; sin olvidar, por ejemplo, el deseo de que la paternidad y maternidad se realicen y actúen de una manera responsable; la necesidad de respetar más la dignidad de la mujer (38); el

(36) P. SPORKEN, *Medicina y ética en discusión. Los grandes problemas de la ética médica*. Trad. Julián Aguirre, Estella, Ed. Verbo Divino, 1974, págs. 17 ss.

(37) P. MARTINI, "La obiezione di coscienza", en *L'Aborto: aspetti medico-legali della nuova disciplina*, Milano, Giuffrè Ed., 1979, págs. 29-36.

(38) Un ejemplo: Actualmente el aborto presenta rasgos paradójicos en Rusia. Prácticamente es libre y ha llegado a ser uno de los hechos más cotidianos de existencia banal. Sin embargo, no queda bajo la vigilancia de la "sociedad", pues hay una necesidad tan imponente de "papeleo" administrativo que implica todo un procedimiento triste y humillante para las mujeres. Muchas de ellas continúan acudiendo al aborto ilegal practicado fuera de las clínicas u hospitales aunque sigue incriminado por la ley con un máximo de ocho años de detención para la persona que practica el aborto. Estos abortos privados cuestan en Moscú 50 rublos y más, o sea, diez veces más que un aborto legal. Cfr. MIKHAIL STERN y AUGUST STERN, *La Vie sexuelle en U.R.S.S.*, París, Ed. Albin Michel, 1979, pág. 167.

rechazo a provocar una deshumanización o a crear una situación inhumana; la exigencia, en la ortodoxia ética, de una mayor libertad y diversidad que la historia ha manifestado beneficiosa tanto para la Iglesia como para la sociedad, y que la futurología pronostica especialmente positiva.

Conviene que tanto los juristas como los teólogos caigamos en la cuenta de la necesidad de *desabsolutizar* ciertos derechos muy importantes, pero no incuestionables, para llegar a la solución de los problemas del aborto. En el campo teológico se debe reconocer la necesidad de relativizar el derecho a la vida del cigoto, del embrión y del feto. Por otra parte, en el sector jurídico urge no absolutizar el derecho de la madre — y, en su tanto, del padre — respecto a su cuerpo y respecto al fruto de la concepción (39).

La problemática de la interrupción voluntaria del embarazo, que hasta ahora ha separado no poco a juristas y moralistas, puede y debe servir (desde nuevos planteamientos de sociología personalista, de dialéctica de valores, y de conflicto entre utopía y realismo) (40), para empezar o intensificar el diálogo — tan fecundante de nuestro mundo cultural — entre los investigadores del derecho y los investigadores de la moral. Ambos deben facilitar más las relaciones interpersonales, también las sexuales, sin remilgos sexóforos y sin rebajamientos cosificantes; ambos deben mirar más hacia el amor, que encierra tantas energías todavía desconocidas e insospechadas.

La moral (cristiana) puede y debe brindar al Derecho penal, a la Criminología y a la Política criminal aportaciones muy importantes, entre otras, el convencimiento de que ningún condenado — y especialmente en los supuestos de aborto — delinquiró sólo, de que todos los “inocentes” somos co-culpables y cómplices de los delitos “ajenos”, y, por tanto, debemos también sufrir en nuestra propia carne esa responsabilidad común, y que debemos hacer algo concreto para recrear en justicia esos nuestros talentos y órdenes criminógenos (41).

(39) JOSÉ I. GONZALEZ FAUS, “Este es el hombre. Estudios sobre identidad cristiana y realización humana”, Santander, *Sal Terrae*, 1980, págs. 309 y ss. GAFO, en sentido más severo, “¿Hacia una despenalización del aborto? Reflexiones sobre la vida con destino humano”, en *Sal Terrae*, núm. 4 (abril 1980), págs. 299-309, especialmente, págs. 305 y ss.

(40) El refrán dice que más vale pájaro en mano que ciento volando. La utopía... más vale un pájaro volando que cien en la mano.

(41) WALDEMAR MOLINSKI, “Vergeltung oder Versöhnung?”, en *Orientierung* (29 febrero 1980), págs. 38 y ss. IDEM, “Schuld und Sühne”, en *Caritas, Zeitschrift für Caritasarbeit und Caritaswissenschaft*, 81 (1980), cuaderno 4, págs. 161 ss., especialmente pág. 165. IDEM, “Strafe in pastoralanthropologischer Sicht”, en VARIOS, *Versöhnen durch strafen? Perspektiven für die Straffälligenhilfe*, Freiburg, Herder, 1979, págs. 79 ss., especialmente 102 s. ANTOINE MAYERE, “La delinquance et la réaction sociale dans l'ancien et le nouveau Testament. Eléments de recherche”, en *Rev. Scien. Crim. et de Droit pénal comp.*, núm. 1 (enero-marzo 1980), págs. 227 y ss., especialmente 242 ss.

Breves considerações sobre a graça, o indulto, e reduções de penas

JARBAS FIDELIS DE SOUZA

Ex-Promotor Público do Ministério Público do Distrito Federal, Magistrado aposentado da 1ª Instância do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Diretor DCP/DEPEN/MJ.

SUMÁRIO

- 1 — Conceituação e noções históricas
- 2 — Considerações sobre a graça
- 3 — Incidência e extensão
- 4 — Anotações sobre indultos, individuais e coletivos
- 5 — Indispensabilidade da *clementia principis*
- 6 — Documentos que devem instruir o pedido de graça. Procedimento

A graça, em seu sentido amplo, abrange a anistia, o indulto coletivo, o individual, denominadas também graça, em sentido estrito, a redução e a comutação de pena. A anistia destina-se, principalmente, a crimes políticos e tem a finalidade de serenar os ânimos em épocas conturbadas, trazendo a paz social. É de competência do Poder Legislativo, mas o Executivo é que a propõe. O indulto individual ou coletivo, assim como as reduções e comutações objetivam individualizar situações que a lei não consegue porque esta não adentra nos diferentes matizes e situações casuísticas próprias da dinâmica social, inclusive a prisional. Estas últimas são de competência exclusiva do Presidente da República, no Brasil.

Em seu sentido amplo, a graça, como vimos, engloba a anistia, o indulto coletivo e o individual. Muitos empregam o termo graça como sinônimo de indulto individual e o indulto propriamente dito como sendo o favor coletivo.

Empregam-se também os termos redução e comutação como sinônimos, não obstante a redução não se confundir com comutação. É que reduzir corresponde a diminuir, e comutar, trocar, mudar uma pena por outra, como, por exemplo, comutar a pena de reclusão para detenção. Usa-se, igualmente, comutar como sinônimo de mudar uma pena maior por outra menor, ainda que da mesma natureza.

A graça, em seu sentido total, tem sua origem na Antigüidade, não se podendo precisar o período de sua instituição. Está ligada ao início da história do homem e é universalmente consagrada em todas as legislações. É ela um elemento complementar das normas penais. Liga-se, intimamente, ao direito de punir. Não raras vezes é concedida porque a imposição do castigo se revela mais prejudicial, não só para o beneficiário como para toda a coletividade prisional.

Embora presente em todas as fases da história da humanidade, irradiou-se, como instituto, de Roma para os demais povos.

Na Idade Média o poder de agraciar foi exercido, inclusive, por pessoas ou organismos que não tinham soberania, como a clemência dos tribunais e o asilo que os senhores feudais podiam oferecer. Após esse período de repartição dos poderes de agraciar voltou o soberano a exercitá-los sozinho.

A Revolução francesa desconsiderou-a, a princípio, mas logo voltou a ser reimplantada, como prerrogativa do Chefe do Estado.

2. A graça, hoje, se insere como instrumento de freios e contrapesos, passando a ser usada como medida moderadora para contenção do Poder Judiciário, dentro do princípio dos controles recíprocos, como também medida de política criminal, individualizadora da pena. Muitos argumentam como desnecessária, face aos inúmeros institutos, como **sursis**, livramento condicional, revisão criminal e ainda a prisão-albergue. Entendemos, entretanto, que só com a pena indeterminada ou o alargamento das hipóteses de revisões criminais é que se poderá pensar no seu desuso, ou pelo menos, na sua menor utilidade. Nesta última hipótese o Poder Judiciário deveria oferecer celeridade e baixo custo para que os desprovidos de recursos possam delas utilizar.

Dentre as causas de extinção de punibilidade acha-se a graça. É ato espontâneo da autoridade maior de um Estado. Nossa Constituição autoriza ao Presidente da República outorgar ou delegar os poderes insertos no art. 81, XXII, da Lei Magna. Isto, entretanto, não ocorre.

Os estudiosos vêem a graça e o indulto sob os mais diferentes ângulos. Uns, como elemento perturbador da ordem jurídica instituída para a repressão a fatos puníveis. Inaceitável fazer do indulto, indulgência soberana, instrumento de supercontrole que atinja o que há de específico e próprio na atitude jurisdicional dos órgãos estatais do Poder Judiciário (1). Questiona-se ser a pena imposta justa e conveniente e arremata-se dizendo: se é justa deve-se cumpri-la, se injusta deve-se re-

(1) RAILDA SARAIVA DE MORAES. *O Poder da Graça*. Forense. 1.ª edição, 1979, Rio de Janeiro, pág. 97.

formá-la⁽²⁾. Para esse autor — CONSTANTE AMOR Y NAVEIRO — e outros que assim pensam, o indulto só é razoável como medida para corrigir os defeitos da lei, ou seja, os excessivos rigores desta em sua aplicação a determinados casos insuficientemente previstos. O indulto se destina a atender à opinião pública contrária, não raras vezes, à condenação. Nosso CARLOS MAXIMILIANO aponta também a graça como remédio para atender o descuido ou falta de recursos de condenados pobres, advindo o trânsito em julgado da sentença, conforme se vê em seus Comentários à Constituição brasileira⁽³⁾. Por fim, alguns autores dizem que o favor do príncipe, contrapondo-se a decisões do Judiciário, ataca a justiça penal nos seus próprios fundamentos. ROBERTO LYRA, dentro da moderna concepção do direito penal, afirma, com razão, que a “graça atende, ou deve atender às razões excepcionais de política penitenciária, aperfeiçoa a individualização e completa a indeterminação, legalmente limitadas”⁽⁴⁾. BASILEU GARCIA é favorável, inclusive nos casos em que a prisão já atingiu seus fins e a pena tornou-se desnecessária⁽⁵⁾.

Os autores, embora vejam inconvenientes, não negam ser um instrumento que, usado com parcimônia e moderação, atende a circunstâncias específicas que a lei não consegue atingir.

Expendidas essas considerações sobre a graça, entendemos sua indispensabilidade, malgrado a opinião de poucos, é verdade, que a entender desnecessária face à existência em nossa legislação penal e processual penal de institutos como o perdão judicial, a revisão, o livramento condicional, a suspensão condicional. Raros são, em nossa legislação, os casos de perdão judicial e estreita a via de revisão, consoante se vê do art. 621 do Código de Processo Penal. Dentre os motivos para uma ação revisional não estão aqueles que geralmente levam o Chefe do Governo a conceder o indulto, especialmente a recuperação do condenado para quem a pena deixou de ter razão de existir ou o regime a que está submetido não mais se justificar. Ademais, as dificuldades, como insuficiência de recursos de presos pobres — a maioria dos que cumprem penas — demora e outros entraves, fazem da revisão letra quase morta para grande número de condenados. Esperar o livramento condicional para permitir a liberdade do condenado já apto a esse novo está-

(2) CONSTANTE AMOR Y NAVEIRO. "El Problema de la Pena de Muerte y de sus Sustitutivos Legales", 2.^a edição. Madrid - 1917, in A. DE CARVALHO FILHO. Comentários ao Código Penal, vol. IV. Forense, Rio de Janeiro, 1958, pág. 165.

(3) CARLOS MAXIMILIANO. Comentários à Constituição Brasileira, 3.^a edição, pág. 559, Porto Alegre, 1929.

(4) ROBERTO LYRA. Comentários ao Código de Processo Penal. Forense, 1944.

(5) BASILEU GARCIA. Instituições de Direito Penal, vol. I — Tomo II.

gio, não nos parece medida de justiça. GONZÁLEZ ROURA evidencia que, se o comportamento do preso demonstra, de fato, capacidade de readaptação social, inexistirá razão de a pena existir como sanção útil e necessária (6). Nenhuma utilidade da pena existirá se sua parte punitiva já se exauriu e a readaptação já se verificou. Afirmar que, de um total de dez anos, por exemplo, cinco ou seis são referentes à punição e o restante à readaptação é ser demasiado simplista, como simplista é a afirmativa de que só com os dez cumpridos se termina a punição e a readaptação. O condenado assemelha-se a um doente. Não há de se afirmar, com certeza, que a cura se dará em determinado prazo. Isto dependerá de cada paciente. Assim como o tratamento médico é indeterminado também indeterminado é o tratamento penitenciário.

3. Voltamos, agora, para alguns aspectos sobre a incidência da graça ou do indulto. Pressupõem sentença condenatória irrecorrível, podendo, entretanto, ser concedidos sem o trânsito em julgado da sentença, como ocorre quando só a defesa pleiteia reforma. Entendem alguns que, afora essas hipóteses, podem ser concedidos antes da condenação definitiva, mesmo enquanto pendente inquérito policial, considerando-se que o favor do príncipe sobre inquérito ou processo revela-se de menor interferência nas decisões do Poder Judiciário, pelo fato de inexistir decisão definitiva, não havendo a **res judicata**. Doutrinariamente, entretanto, o entendimento pende para a possibilidade de o indulto ou a graça incidirem, apenas, em havendo o trânsito em julgado da sentença, ou a impossibilidade de reformá-la para pior.

A graça e o indulto estendem seus efeitos nos estritos termos em que foram concedidos, não incidindo sobre as penas de multa e acessória, se a estas não se referirem. Obtida a graça, subsiste o crime, e, se o agraciado cometer outra infração penal, perderá a primariedade. Considera-se, também, que a graça e o indulto não impedem a reparação do dano no Juízo cível. Como se vê, há somente a extinção da punibilidade a que se referem, subsistindo todas as demais penas e conseqüências. Veja-se a redação do art. 738 do Código de Processo Penal: ... o juiz declarará extinta a **pena ou penas**. Tratando-se de medida de segurança, o decreto há de ser explícito quanto à sua extensão, e se abarcá-la há de se proceder primeiro ao exame de cessação da periculosidade. Se não houver explicitude, a medida de segurança será alcançada pelo favor presidencial, embora existam arestos negativos desse entendimento. Extinta a punibilidade, não se impõe a medida de segurança, nem subsiste a que tenha sido imposta. É a disposição do art. 86 do Código Penal.

(6) GONZÁLEZ ROURA. "Derecho Penal". 2.^a edição, Buenos Aires, 1925, in ALOYSIO DE CARVALHO FILHO. Comentários do Código Penal. Forense, 1958. Vol. IV, pág. 171.

DAMÁSIO DE JESUS chama a atenção para a falha da legislação penal nesse sentido, face à periculosidade do beneficiário (7). Dá como solução condicionar sempre o efeito do indulto à cessação da periculosidade. É o que tem ocorrido, nos decretos coletivos, enquanto, nas concessões individuais, o exame sempre precede ao pronunciamento do Conselho Penitenciário. O condenado que esteja em gozo de suspensão ou livramento condicional da pena pode ser beneficiário do indulto ou da graça, desde que os institutos não se excluam, por se destinarem a finalidades distintas. FERNANDO DA COSTA TOURINHO, como mostra DAMÁSIO DE JESUS, afirma poder-se agraciar condenado por crime de ação privada. É que o Estado outorgou ao particular apenas a ação penal, continuando com o direito da execução (8).

A V Conferência dos Ministros da Justiça, dos Países Hispano-Luso-Americanos, realizada em julho de 1981, na cidade de Lima, trouxe recomendações quanto à individualização da pena, ao tratar, entre outros direitos e regalias, de permissões de saídas, na medida do possível, como parte do tratamento penitenciário (9); da possibilidade de se passar para um regime menos severo, sem necessidade de transcurso de período fixo de tempo; da facilitação, ao máximo, de cumprimento do último período de execução da pena em regime de liberdade condicional; da participação da sociedade no programa de reinserção do preso na comunidade; do trabalho adequado, mediante remuneração justa, e do estabelecimento, nos Centros Penitenciários, de escolas de formação profissional.

Nossa legislação, com relação às diversas recomendações, é explícita e atende a quase todas. A Lei nº 3.274, de 2 de outubro de 1957, coaduna-se com as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, editadas pelas Nações Unidas, embora aquela seja de inspiração anterior a estas (*). No plano legislativo, nossa evolução acompanha as mais recentes conquistas do Direito Penitenciário. Infelizmente, no momento da execução da pena, deparamos com dificuldades devido, principalmente, ao excesso da população prisional, qualidade do servidor e insuficiência de recursos.

No momento, ocupamo-nos da possibilidade de se passar para um regime menos severo, independentemente de cumprimento de prazo fixo de tempo. O Código Penal vigente exige esse prazo (art. 30, § 5º). Já

(7) DAMÁSIO DE JESUS. *Direito Penal* — 1.º volume, Parte Geral. Edição Saraiva, 1978, pág. 37.

(8) FERNANDO DA COSTA TOURINHO. *Processo Penal*. Bauri - São Paulo. Livraria Editora Jolovi, 1977, 1.º volume, pág. 421.

(9) Resolução n.º 8 da V Conferência de Ministros da Justiça dos Países Hispano-Americanos, Lima, julho de 1981.

(*) N.R.: Embora promulgada em 1957, a Lei n.º 3.274 origina-se de Projeto apresentado na Câmara dos Deputados em 1951 (Projeto de Lei n.º 636/51). As Regras Mínimas da ONU constam de Resolução adotada em 30-8-55.

o Projeto de Reforma do mencionado Código não fala em prazo mínimo, e mais, diz que as penas privativas de liberdade deverão ser executadas de forma progressiva, segundo o mérito do condenado (art. 33, § 2º). O Projeto de Lei de Execução Penal prevê, entretanto, que o condenado poderá mudar de regime após cumprimento de ao menos um sexto da pena no regime inicial (art. 111). Pode-se, também, considerar atendidas as Recomendações, neste aspecto, pois, salvo a exigência de cumprimento de tempo fixo inicial, as demais mudanças independem de prazo determinado.

Muitas vezes a graça antecede à reforma da lei penal. Com relação à prisão desnecessária e mudança de preso para um regime menos severo, quando o anterior já se mostra desnecessário, antes do cumprimento do prazo fixo, a graça também se mostra como elemento individualizador da pena. Em razão do ora exposto é que vemos o Senhor Presidente da República concedê-la, antecipando, assim, a reforma das leis penais em tramitação no Congresso.

4. Feitos esses comentários, passamos a algumas anotações sobre pedidos de indulto, reduções de penas individuais, e decretos coletivos.

Tratando-se de pedidos individuais, nos diversos processos que lhe são submetidos, o Presidente da República, como vimos, tem considerado a prisão desnecessária motivo excepcional para o indulto, assim como a desnecessidade de permanência em determinado regime, quando o preso já demonstrou estar apto a passar para outro menos severo, como razão excepcional para redução de pena.

Vemos, com sucesso, alguns Conselhos Penitenciários propor o uso do instituto da graça, com o fim de reduzir a pena do preso, quando este já se mostra apto a mudar de regime, ou até mesmo como meio de execução de política criminal.

Não pensamos ocorrer enfraquecimento de decisões do Poder Judiciário, visto a prisão desnecessária inserir-se entre os casos em que se deve conceder a graça. Igualmente, a redução de pena visa a mudar o preso de regime, quando um mais brando se torna imprescindível. Destinando-se a pena a punir e readaptar, nada mais correto aplicar o instituto quando a punição já atingiu seu fim e a readaptação já se mostra evidente. Nesses casos, a política penitenciária há de ser considerada e, enquanto a legislação não desvincular os progressos do condenado de prazos fixos, a graça não revela ser um instrumento abalador de decisões do Judiciário.

Preferível, entendemos, caíam em desuso os decretos coletivos, mediante eleição de pedidos individuais. Estes têm a vantagem, inclusive,

de a qualquer período do ano serem examinados, evitando-se acúmulo. Entretanto, ainda não se pode proceder dessa forma, vez que a maioria dos condenados não sabe ser a prisão desnecessária ou o regime desnecessário suficientes para a concessão da graça.

A seguir, algumas considerações sobre decretos coletivos, ultimamente expedidos, desde que ainda se mostram necessários.

Esses decretos, embora não o digam expressamente, destinam-se a presos definitivamente condenados ou com situação processual definida, visto essas condições decorrerem de seu próprio texto. Com efeito, ao dizer que para o indulto ou redução somam-se as penas que correspondam a infrações diversas, não só se está afirmando o trânsito em julgado, como também definida a situação processual. Se houver recurso da defesa, nada obsta a aplicação do decreto, pela impossibilidade da **reformatio in pejus**. Ocorrendo existir recurso da acusação, o exame da graça ficará dependendo de seu improvimento.

Inúmeros são os presos condenados por diversos crimes, sendo que, dentre esses ilícitos, alguns impedem a concessão do favor presidencial. O último decreto, o de nº 87.833, de 17 de novembro de 1982, manda estender o benefício aos condenados por crimes não excluídos do mencionado decreto. Nesses casos, o quantitativo mínimo da pena a ser cumprido, como requisito, deve ser calculado sobre a soma do total de todas as penas. O **quantum** a reduzir recai sobre a soma dos ilícitos não excluídos pelo decreto.

Do exame dos diversos decretos coletivos verifica-se que os condenados a penas elevadíssimas estão excluídos, vez que a exigência de cumprimento de um terço, ainda que primário — mesmo sabendo-se que nessas hipóteses a reincidência é a regra — torna o benefício irreal. A esses, resta a graça individual. Conveniente, de futuro, que os decretos coletivos exijam, para o benefício, o cumprimento de dez anos, se primários e quinze anos, se reincidentes.

Os últimos decretos coletivos determinam prazo para os Conselhos Penitenciários se pronunciarem sobre o preenchimento, pelos condenados, dos requisitos para o benefício. Não se pronunciando, ao Juiz da Execução caberá a verificação dos requisitos. O prazo foi inserido, em decorrência das distâncias entre o local em que o preso cumpre pena e as Capitais dos Estados, onde se encontram os Colegiados, evitando maiores delongas no cumprimento dos decretos. Ademais, o Código de Processo Penal não impõe a manifestação dos Conselhos em decretos coletivos. Com efeito, diz o art. 736 que o Conselho examinará o pedido de graça, entendido este em seu sentido estrito como pedido ou con-

cessão individual, manifestando sobre o mérito. O art. 741 do mencionado Código refere-se a indulto, e naturalmente que se trata de concessão coletiva. Nesses casos a lei processual penal não exige a manifestação dos Conselhos. Em se tratando de pedido ou concessão espontânea, individual, pode-se, até mesmo, dispensar a manifestação do Conselho, a teor do art. 81, item XXII, da Constituição federal.

Por último, cabe ressaltar que o indulto ou a redução de penas, individuais, não vêm sendo admitidos se o interessado tem condições de ser beneficiado pelos decretos coletivos, salvo, é evidente, casos em que o favor presidencial deva ser concedido de imediato.

Pelo que se deduz dos decretos coletivos, o Presidente da República tem entendido que é desnecessária a permanência do condenado em um regime severo, quando já apto a um menos severo. A impossibilidade desse novo estágio de cumprimento de pena por falta de requisito temporal é motivo suficiente para concessão da graça, ou redução da pena, como medida individualizadora da execução penal. Conveniente que as diversas autoridades, especialmente diretores de estabelecimentos, dirigentes de superintendências ou departamentos estaduais e membros dos Conselhos Penitenciários, atentem para esse fato, sem receio, pois a prisão desnecessária e a mudança para regime menos severo são casos passíveis de serem atendidos pela graça. Lembra-se que o livramento condicional e a revisão criminal não solucionam essas hipóteses. Vale aqui, de novo, transcrever o ensinamento de ROBERTO LYRA: "a graça atende ou deve atender às razões excepcionais de política penitenciária, aperfeiçoa a individualização e completa a indeterminação, legalmente limitadas". Também merece lembrar o ensinamento de BASILEU GARCIA que diz ser a graça cabível nos casos de prisão desnecessária.

Alguns Estados atuam dentro do entendimento de que a prisão desnecessária e mudança para um regime menos severo são razões para a concessão da graça, independentemente de cumprimento do prazo fixo da pena. Se este entendimento espraiar-se, os Conselhos Penitenciários não ficarão distantes uns dos outros no entendimento quanto a essas razões ensejadoras da graça, e os presos de um ou outro Estado não terão tratamento diferenciado para casos semelhantes.

Até que tenhamos meios mais eficazes de individualização da pena, não se deve abrir mão da clemência. Enquanto persistir a prisão desnecessária, há de se admitir a benevolência. A graça se interpõe entre todos os permissivos legais com o fim único de corrigir os rigorismos na elaboração de leis, sua aplicação e execução. A elaboração é feita em abstrato, a aplicação se cinge aos limites mínimos e máximos da disposição penal

e a execução se queda em realizar a pena concretizada na sentença, sem se ater, inteiramente, às condições pessoais do preso e sem se considerar os efeitos da pedagogia penitenciária que, por mais frutos que obtenha, estará obstruída pelos limites atuais da legislação. Na Itália, a lei já permite que o condenado, com esforço e dedicação, possa descontar parcelas de sua reprimenda.

A remição de que trata o art. 125 do Projeto de Lei nº 1.657, de 1983, concerne a trabalho, enquanto na Itália ocorre a remição em decorrência de esforço e dedicação, não só com relação ao trabalho, mas em toda a vida prisional.

O combate à graça tem se valido dos aperfeiçoamentos das leis, ajustando-se às exigências do tempo. Entretanto, por melhores que sejam, há de se ter em mira ser o direito ciência dinâmica, de forma que a legislação constitui, no ato de sua elaboração, sempre um pensamento presente, tornando-se, de imediato, passado. Não é lisonjeiro para o homem crer ser o presente o aperfeiçoamento final de qualquer ciência, razão pela qual não esposamos o entendimento de CONCEPCIÓN ARENAL para quem está a Justiça aparelhada de métodos científicos e é suficientemente humana.

Ninguém deixa de reconhecer, entretanto, que, mesmo atualizando a lei, no momento exato de sua incorporação ao direito positivo, transforma-se em passado. Sempre haverá leis injustas, quando aplicadas, e são de todo condenáveis reformas constantes de leis codificadas.

ALOYSIO DE CARVALHO FILHO e QUINTILIANO SALDANÁ propugnam, o primeiro, pela pena indeterminada e o segundo pelo perdão judicial⁽¹⁰⁾, como substitutivos do indulto. Ocorre que, como vimos linhas acima, o perdão judicial é restrito em nossa legislação penal e a pena indeterminada ainda não se incorporou ao direito positivo pátrio.

5. No dia em que tivermos a pena indeterminada, aí sim, dentro de nossa visão do futuro, finita, é verdade, poderemos pensar em abandonar a graça. Nota-se, contudo, que o homem está em constante esforço de aperfeiçoamento, mas jamais se tornará perfeito. A rapidez de evolução social, com novas concepções da pena, poderá trazer novos fundamentos de **clementia principis**.

Cabe salientar, por último, que alguns ilustres penitenciaristas entendem ser o comportamento do preso e provas de sua emenda insuficientes para a concessão da graça. Valem os ensinamentos de abalizados estudiosos para quem, tornando-se a pena sem validade, cessam as razões

(10) *Nova Criminologia*, trad. de ALFREDO ULSON e V. DE ALCANTARA CARREIRA, São Paulo, pág. 69.

de continuidade de sua execução, desde que lhe falta um dos requisitos essenciais de sua legitimidade, ou seja, de sua utilidade.

Concordam muitos autores, dentre eles GONZALEZ ROURA, que a inexistência da pena indeterminada é a última das razões apontadas para a sobrevivência do indulto. Mesmo que assim fosse é esteio bastante para que ela continue afastando os presos dos malefícios da prisão.

A excepcionalidade da graça encontra, por isso mesmo, fundamento na libertação do sentenciado para quem a pena já se mostrou desnecessária, antes mesmo do livramento condicional ou redução da pena, para aproximar o condenado de outros benefícios legais, como o passar para regime menos severo, independentemente de cumprimento de período fixo da pena.

Não temos dúvida em afirmar que a graça, concedida nessas hipóteses, não ultrapassa os limites da excepcionalidade a que deve atender, visto que as leis são inadequadas para tal.

6. O Código de Processo Penal no seu art. 735 não esclarece quais as peças que devem instruir a petição de graça. Assim, o citado dispositivo legal:

“A petição de graça, acompanhada dos documentos com que o impetrante a instruir, será remetida ao Ministro da Justiça por intermédio do Conselho Penitenciário.”

Inobstante a imprecisão do artigo, torna-se indispensável ser a pretensão instruída, entre outros documentos que o interessado julgar conveniente, com cópias da denúncia, sentença ou acórdão, transitados em julgado, ou prova de que só a defesa recorreu. Tratando-se de sentença de Juiz Presidencial do Tribunal do Júri, também a sentença de pronúncia. Clara demonstração das penas, indicando o **quantum** já cumprido; prova de cessação de periculosidade, se o caso, e relatório do dirigente do estabelecimento prisional onde o interessado cumpre pena.

Em benefício do próprio condenado é conveniente seja ele esclarecido de que o pedido de graça deve ser dirigido ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, encaminhado, entretanto, através do Conselho Penitenciário, nos termos do artigo supracitado. O encaminhamento do pedido diretamente ao Presidente acarreta atraso na sua apreciação, desde que a Presidência, sem elementos, encaminha-o ao Ministério, que por sua vez remete-o ao Conselho Penitenciário para, após devidamente instruído, opinar sobre o mérito.

Por último, cabe ressaltar o alcance do art. 734 do Código de Processo Penal. Aos dirigentes dos estabelecimentos prisionais e assistência judiciária cabe, também, provocar o pedido, esgotadas as vias judiciais.

Competência firmada em inquérito policial e atuação do Ministério Público Federal

ARX TOURINHO

Presidente do Instituto dos Advogados da
Bahia. Professor Assistente da Faculdade
de Direito da UFBA. Procurador da Repú-
blica

SUMARIO

- 1 — *Introdução*
- 2 — *Decisão que firma competência*
- 2.1 — *Natureza*
- 2.2 — *Irrecorribilidade*
- 3 — *Medidas incabíveis de irresignação*
- 3.1 — *Arguição de declinatoria fori*
- 3.2 — *Suscitação de conflito de atribuições*
- 4 — *Medida cabível: correção parcial*
- 5 — *Ausência de manifestação correicional: conse-
quências*
- 6 — *Conclusão*

“El Ministerio Público, que por su propio instituto vela sobre la observancia de la ley, está encargado también de vigilar y exigir que se mantenga el orden de las competencias.”

MANZINI

1 — *Introdução*

A criação da Justiça Federal de 1ª instância trouxe consigo problemas sérios de competência, precipuamente na área penal.

O constituinte se utilizou de três critérios para marcar a competência do Juízo Federal no processamento e julgamento de delitos:

a) natureza e qualidade da pessoa ofendida e, correlatamente, a objetividade jurídica: bens, serviços e interesses das entidades jurídicas escolhidas (competência *ratione personae*);

b) espécies de delitos, reconhecidos pelo respectivo *nomen juris*, de maneira genérica (*ratione materiae*);

c) delitos vários considerados em razão do lugar do cometimento.

Do primeiro critério temos exemplificação no inciso IV do art. 125 da Lei Maior: quaisquer delitos praticados contra bens, serviços ou interesses da União, de autarquias ou de empresas públicas federais. A dúvida maior que se agiganta é na identificação do interesse atingido, que a jurisprudência se cristalizou na consideração de que esse interesse deve ser imediato, concreto, objetivo da pessoa jurídica.

Do segundo temos exemplo nos incisos VI e X do mencionado artigo da Carta Magna: crimes contra a organização do trabalho e crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro.

Finalmente, na última classificação, podemos sublinhar os delitos que, previstos em tratado ou convenção internacional, tiveram execução diferida em mais de um país e os delitos, cometidos a bordo de navios ou aeronaves.

Em todo esse elenco de elementos fixadores de competência do Juízo Federal, vislumbram-se possibilidades de antinômicas interpretações, quando se estampa o caso concreto à vista do Ministério Público Federal ou à conclusão do magistrado.

Quando as divergências entre o órgão do *parquet* federal e o julgador, também federal, se entremostram, diante de um procedimento investigatório policial, quanto ao Juízo de competência, a matéria torna-se relevante, fundamentalmente quando o primeiro opina pela incompetência do Juízo Federal para processar e julgar determinado delito e o segundo, opondo-se, firma sua própria competência.

O trabalho pretende, debruçado sobre essa temática, tentar defender um posicionamento de autonomia do Ministério Público que, em matéria penal, padece daquele "absurdo psicológico", notado por CALAMANDREI, em um dos momentos de maior elogio a essa desprotegida e indispensável instituição, premida no seio do Executivo e desdenhada, por vezes, pelos demais poderes desta *res* que é pouco pública.

O trabalho está dividido em cinco partes, excluídas a introdução e a conclusão, assim discriminadas: natureza do despacho que fixa competência; irrecorribilidade da decisão; medidas incabíveis de irsignação; medida cabível: correição parcial e ausência de manifestação correicional: conseqüências.

2 — Decisão que firma competência

2.1 — Natureza

Os processualistas divergem na classificação e na denominação dos atos jurisdicionais-penais; entretanto, de uma maneira geral, reconhecem a existência de despachos de expediente e de decisões.

Interessa-nos, aqui, a classificação adotada pelo *jus positum*. Em verdade, quando o Código de Processo Penal, no art. 800, estabelece os

prazos que devem ser cumpridos pelos juízes, fixa, nesse momento, uma classificação dos atos jurisdicionais em decisões e despachos. Os primeiros são subdivididos em: decisões definitivas, interlocutórias mistas e interlocutórias simples.

A decisão jurisdicional que conclui pela afirmação da competência do Juízo não é um ato definitivo, porque não está apreciando o *meritum causae*. Trata-se, ao contrário, de matéria preliminar, à evidência.

Por outro lado, não se subsume na moldura do despacho de expediente, porque não se trata de providência ordinatória, de mero impulso processual.

Restariam, por exclusão, as duas categorias de interlocutórias: simples e mista. Esse derradeiro tipo porá fim, seja a uma relação processual, seja a uma fase procedimental.

A decisão da qual, aqui, nos ocupamos, pelo simples fato de impor a competência, revela o desiderato da continuidade processual, ao inverso do querido pela interlocutória mista.

Diante disso, a decisão sob análise só pode ser enquadrada na que se denomina interlocutória simples. Com efeito, quando o juiz se considera competente para processar e julgar determinado delito, está decidindo uma matéria preliminar fundamental para o desenrolar do procedimento. Não se trata de uma ordinária movimentação procedimental, mas de desenlace de questão processual, com reflexos de natureza constitucional, na hipótese de decisão proferida por Juízo Federal.

Sobre tal categoria de ato, com apoio na autoridade de LIEBMAN, assim se pronuncia o grande processualista brasileiro FREDERICO MARQUES:

“Despachos ou decisões meramente interlocutórias são as “que decidem as questões controvertidas relativas à regularidade e à marcha do processo, sem pôr-lhe fim” e sem ter possibilidade para isto. Elas diferem das interlocutórias mistas, porquanto estas têm força de definitiva” (1).

O ensinamento doutrinário, chamado à colação, retira qualquer dúvida existente quanto à natureza do ato sob enfoque.

2.2 — Irrecorribilidade

Vimos que a decisão que conclui por determinar a própria competência judicial é de natureza interlocutória simples.

Assim sendo, dessa decisão descabe a interposição do recurso de apelação, que pressupõe decisão definitiva. Afasta-se, também, a possibilidade de aceitação de “recurso de ofício”, porque, *ex vi* do art. 574 do CPP, inexistente contemplação dessa hipótese. O mesmo se dirá em relação à carta testemunhável e ao recurso em sentido estrito, à vista

(1) *Tratado de Direito Processual Penal*, São Paulo, ed. Saraiva, 1980, vol. 2º, pág. 344

do que dispõem os arts. 634 e 581 da lei adjetiva penal. Esse último dispositivo admite, no inciso II, a possibilidade do recurso em sentido estrito, quando o ato judicial concluir pela incompetência do Juízo. No inciso seguinte, aceita, também, o mesmo recurso, na hipótese de, *verbi gratia*, julgamento procedente de exceção de incompetência. Não há, entretanto, previsão legal de recurso, quando a decisão concluir pela competência do Juízo.

A essa conclusão chegará quem quer que analise nossa lei processual penal. FERNANDO TOURINHO FILHO, por exemplo, diz que se a decisão:

“... conclui pela incompetência, cabe recurso em sentido estrito. E se conclui pela competência? Dependendo do caso, caberá *habeas corpus*” (2).

Assim, por ausência de previsão legal, da decisão judicial, que estabelece competência do Juízo, não há possibilidade de interposição de qualquer recurso.

3 — Medidas incabíveis de irresignação

3.1 — Arguição de “*declinatoria fori*”

Inexistindo recurso contra a decisão judicial, que firma competência, em inquérito policial, rejeitando, pois, pronunciamento do Ministério Público, poder-se-ia aventar a hipótese de cabimento de exceção de incompetência ou a suscitação do denominado conflito de atribuições. Em ambos os casos, parece-nos haver inadequação e inajustamento das medidas processuais.

Quanto à exceção de incompetência, a impossibilidade de sua arguição é perceptível ao primeiro relance, até mesmo em razão de não se poder compelir que o Juízo decida sobre matéria que já sofreu análise e desate.

Recebendo o Ministério Público o inquérito policial para as providências cabíveis legalmente, pronuncia-se no sentido de que o Juízo é incompetente para o processamento e julgamento do delito apurado. Desacolhendo a manifestação do órgão ministerial, o Juízo firma sua competência.

Diante dessa decisão, torna-se impossível ao Ministério Público agitar, pela segunda vez, a matéria, ainda que se utilizando de outro mecanismo processual, tecnicamente dentro da previsão legal, mas desajustado para o fim colimado. A decisão judicial já foi prolatada, num direcionamento, e estar-se-ia promovendo o reexame da questão pelo mesmo Juízo que expressara, anteriormente, seu convencimento.

Por outro lado, ainda que se permitisse, processualmente, a eleição da *declinatoria fori*, a questão permaneceria insolúvel, na hipótese de o Juízo esposar o mesmo entendimento anterior, ou seja, proclamando-se competente para processar e julgar o delito investigado. Qual o recurso

(2) *Processo Penal*, São Paulo, ed. Jalovi, 5ª ed., 1977, 2ª vol. pág. 490.

cabível dessa decisão? A resposta não é acolhida pela lei processual penal.

3.2 — *Suscitação de conflito de atribuições*

O outro instrumento legal que já foi utilizado, embora sem uma definição, ainda, do Supremo Tribunal Federal, é o cognominado conflito de atribuições.

Entendem alguns órgãos do Ministério Público Federal que, na hipótese versada neste trabalho, há um conflito de atribuições entre o Ministério Público, que opina pela incompetência do Juízo, e o magistrado, que firma sua própria competência.

Parece-nos que o remédio é inadequado.

A Constituição federal estabelece, ao tratar da competência do Supremo Tribunal Federal, que a este cabe, como se vê no art. 119, n^o I, letra f, processar e julgar:

“os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União ou entre autoridades judiciárias de um Estado e as administrativas de outro, ou do Distrito Federal e dos Territórios, ou entre as destes e as da União;”.

A pergunta que se deve colocar é a seguinte: Quando o Ministério Público pronuncia-se pela incompetência do Juízo e esse a desacolhe, está havendo conflito de atribuições?

Parece-nos que a melhor resposta *in casu* é a que se põe na negativa.

O Ministério Público tem sua atribuição, que não se confunde com a do juiz. Cabe ao primeiro, velando pela legalidade, opinar sobre a competência ou não do Juízo. Na situação aqui versada, o Ministério Público, à vista do procedimento investigatório, pronunciou-se no sentido da incompetência do Juízo Federal e, à evidência, recusou-se a manifestar-se sobre o mérito, *id est*, não intentou a ação penal, nem solicitou o arquivamento do inquérito, nem requisitou diligências à autoridade policial. Ao magistrado, no exercício de sua jurisdição, cabe decidir a respeito do quanto foi questionado pelo órgão de acusação pública e, no particular, não se pode exigir que o juiz aceite seu opinativo. O juiz decidirá dentro do seu convencimento, que deve ser livre.

Se ambos, juiz e Ministério Público, têm atribuições definidas, não se notando qualquer invasão de competência, porque cada qual está agindo dentro do âmbito que lhe é reservado legalmente, não há como se vislumbrar conflito de atribuições. Para que esse se efetivasse precisaria que fosse negada ao magistrado a atribuição de decidir sobre a competência, isto é, que o juiz fosse obrigado a aceitar a manifestação do Ministério Público.

DIZ ROBERTO BARCELLOS DE MAGALHÃES que:

“Conflito de atribuições é a oposição estabelecida entre uma autoridade judiciária e outra administrativa por se jul-

garem igualmente competentes para conhecer de um assunto" (3).

Mas, acrescenta-se que esse assunto deve ser meramente *administrativo*, ainda que se trate de matéria da competência do contencioso administrativo porque esse, *ex vi* do disposto na Emenda Constitucional nº 7, de 13-4-1977, é destituído de "poder jurisdicional".

MÁRIO MASAGÃO é lúcido ao prelecionar:

"Entre autoridades judiciárias e as do Poder Executivo podem surgir conflitos, não de jurisdição, mas de atribuições, porque os órgãos de Poder Judiciário, embora excepcionalmente, também praticam atos administrativos, como a nomeação de funcionários das Secretarias dos Tribunais" (4).

Ora, o juiz, firmando sua competência, age jurisdicionalmente. O Ministério Público, pronunciando-se pela incompetência do Juízo, age administrativamente. Aquele decide; este opina.

Onde o conflito de atribuições?

Apesar das respeitáveis opiniões contrárias, entendemos que a medida processual e constitucional não deve ser a eleita para o deslinde do impasse, surgido na primeira instância, entre as duas autoridades.

4 — Medida cabível: correição parcial

O Conselho da Justiça Federal já admitiu, em algumas oportunidades, que a correição parcial é medida adequada para se corrigir a decisão judicial, que firma a competência do Juízo para processar e julgar determinado delito. Tal ocorreu, por exemplo, no julgamento da Correição Parcial nº 5.428/78 — BA, sendo relator o Ministro Amarílio Benjamim. A ementa desse acórdão está assim exposta:

"Taxa rodoviária única, falsificação de guias do Banco do Brasil. Inquérito. Competência da Justiça Comum.

Lesados diretamente por tal falsificação o Banco do Brasil e o particular que pagou ao despachante falsário o valor da taxa, a competência é da Justiça Comum.

É, assim, de ser deferida a correição, para que o inquérito policial lhe seja encaminhado" (5).

Entretanto, esse posicionamento aparece praticamente isolado, porque o entendimento daquele órgão é no sentido de que a correição parcial não deve ser conhecida, quando se trata de matéria relativa à competência de Juízo. Foi o que restou assentado no julgamento da Correição Parcial de nº 0260/80, julgada no ano transato, tendo sido agitada por nós a questão.

(3) *A Constituição Federal de 1967*, Rio de Janeiro, José Konfino — editor, 1967, pág. 304.

(4) *Curso de Direito Administrativo*, 6ª ed., 1977, pág. 320.

(5) *Temas de Direito*, Corregedoria-Geral da Justiça Federal, 1979, págs. 210 usque 214.

O Relator de tal correição, Ministro Lauro Leitão, em seu voto, afirmou:

“A correição parcial não é, como se sabe, recurso em sentido processual. É um remédio legal; uma medida administrativa ou disciplinar.

A correição visa, em última análise, o ato do juiz.

Ora, *in casu*, se discute matéria de competência, que está inserta na Constituição federal e na lei processual.

O Código de Processo Penal, em seu art. 581, VIII, dispõe que cabe recurso, em sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:

“que conclui pela incompetência do Juízo”.

O despacho ora impugnado, porém, afirmou a competência da Justiça Federal”.

O acórdão aí não se deteve. Deu mais alguns passos infelizes, *data venia*, sugerindo:

“Cabe, então, ao órgão do Ministério Público, oportunamente, argüir a incompetência do Juízo perante o Egrégio TFR, ou então, adotar as providências preconizadas no parecer exarado pela douta Subprocuradoria-Geral da República, em processo semelhante a este, isto é, na Correição nº 0114/79...”

As providências preconizadas pelo parecer da Subprocuradoria-Geral são, em que pese à admiração que proclamamos ao seu inteligente e culto firmatário, antiprocessuais e inacreditáveis, *permissa venia*.

Afirma-se que cabia ao órgão do Ministério Público, em primeira instância, levar ao conhecimento do Juízo estadual a matéria, para que esse, dando-se por competente, suscitasse o “conflito de competência”. Na hipótese de o referido Juízo decidir por sua incompetência, diz-se: “não haverá conflito algum e o Procurador da República, ainda que com ressalva do seu entendimento, deverá oferecer denúncia”.

Os equívocos são candentes tanto no acórdão como no parecer.

A reclamação — ou correição parcial como alguns Regimentos preferem — pode apresentar-se sob três formas, conforme expõe VICENTE PAULO DE SIQUEIRA (6): reclamação administrativa, reclamação correicional e reclamação supletiva. A primeira atua, tão-só, no âmbito administrativo. A segunda é admissível “quando do despacho do Juízo, eivado de erro ou de abuso perturbador do processo, inexistia forma legal para recorrer” (7). A terceira substitui o recurso inexistente para determinadas decisões ou despachos, por isso mesmo a ela se denomina de supletiva.

(6) *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro, ed. Borsoi, vol. 45.

(7) *Op. cit.*, pág. 24.

Por não haver previsão legal para essa reclamação supletiva, dizia o percuciente doutrinador que seria um recurso, porém, “no direito positivo atual, recurso esdrúxulo, sem apoio na lei, sem base constitucional, não obstante, em certos casos, cobrir área que mereceria melhor apreço do legislador federal ordinário” (8).

Hoje, essa afirmativa não pode mais ser lançada, ao menos em relação à correição parcial, no âmbito da jurisdição federal ordinária, porque sua base não é um mero Regimento de um Tribunal, mas, sim, a Lei federal nº 5.010, de 30-5-1966, com a alteração imposta pelo Decreto-Lei nº 253, de 28-2-1967.

Em realidade, a correição parcial, surgida no bojo da Lei nº 5.010, é uma autêntica reclamação supletiva, pois, substitui o recurso que não foi previsto.

De acordo com os referidos textos normativos, havendo “ato ou despacho do juiz de que não calza recurso”, pode ser utilizado o instrumento correicional. Note-se que não há, aí, necessidade de se apontar “erro de ofício ou abuso de poder” para que se logre o conhecimento da correição. Esses aspectos só se apresentam indispensáveis, quando se tratar de *ato omissivo* da autoridade judiciária reclamada.

É essa, também, a interpretação de MONIZ DE ARAGÃO:

“Os atos comissivos, dos quais se exige apenas que sejam irrecorríveis pela via própria, ensejam a correição parcial ou porque resultam de ação equívoca ou porque se trata de ação indevida” (9).

E mais adiante acrescenta, em relação aos atos omissivos:

“As leis que se referem expressamente aos atos omissivos falam naqueles que o juiz comete por *erro de ofício* ou *abuso de poder*” (10)

Por essas razões consideramos, com as vênias de estilo, errônea a orientação que o Conselho da Justiça imprime no julgamento das correições em casos como o que foi, neste trabalho, delineado. Pior, ainda, a sugestão ofertada pela douta Subprocuradoria-Geral, porque: a) força uma situação que, materialmente, é impossível de se realizar, ou seja, como pode o Procurador da República provocar decisão do Juízo estadual, se o inquérito policial não lhe pode ser remetido, em razão de o Juízo Federal se considerar competente?; b) minimiza a autonomia do Ministério Público, porque, caso o Juízo estadual não suscite o conflito de competência mendigado, só restará, segundo o entender inusitado do parecer, *permissa venia*, ofertar a denúncia (na hipótese da existência dos pressupostos da ação penal). A esse aspecto voltaremos, no item seguinte.

(8) *Op. cit.*, pág. 24.

(9) *A Correição Parcial*, São Paulo, José Bushatsky — Editor, 1969, pág. 75.

(10) *Op. cit.*, pág. 76.

5 — Ausência de manifestação correicional: conseqüências

A situação que se põe diz respeito à inação do Ministério Público, diante de um decisório do Juízo Federal que, contrariando pronunciamento do primeiro, concluiu por firmar sua própria competência, em inquérito policial.

Na hipótese, o caminho a ser trilhado pelo Ministério Público, inconveniente diante da decisão, seria a interposição de correição parcial. Dela, porém, não se utilizou o órgão acusatório. Que conseqüências podem ser extraídas dessa inatividade?

Caso o Ministério Público entenda que não deve curvar-se ao decisório, interpondo a ação penal, ao Juízo caberá tomar a providência que o fato processual merece.

A solução, preconizada pelo parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República na correição parcial aqui analisada, ou seja, o Ministério Público deverá ofertar denúncia, iniciando a ação penal, “com ressalva do seu entendimento”, fere a própria autonomia do *parquet*.

Se o órgão de acusação inicia a *actio poenalis* contra um agente de delito, tendo ciência e consciência de que a jurisdição federal é incompetente para processar e julgar o fato criminoso, não há dúvida de que estará agindo com abuso de poder, extrapolando dos limites da legalidade. O constrangimento, que imporá ao acusado, trará a marca da ilegalidade e tal comportamento não se ajusta aos ditames que lhe são dirigidos nem se coadunam com a relevância de suas funções em defesa dos interesses sociais *lato sensu*.

Parece-nos que, diante da situação configurada, o único caminho a ser percorrido pelo Juízo Federal é remeter o inquérito policial ao Procurador-Geral da República em quem recairá a tarefa de oferecer a solução ao impasse.

Aplica-se, assim, analogicamente, o disposto gizado no art. 28 do Código de Processo Penal, quando trata de pedido de arquivamento de inquérito policial, formulado em 1ª instância. Se o juiz discorda do Ministério Público, diante de um pronunciamento favorável ao arquivamento da peça de investigação policial, deverá fazer a remessa desta ao Procurador-Geral da República, que poderá insistir no pedido de arquivamento ou optar pela instauração da ação penal.

O que não é válido é obrigar-se o órgão do Ministério Público a atuar, com interposição de denúncia. Não é demais lembrar-se a observação de FREDERICO MARQUES:

“A competência é um pressuposto processual para a validade da relação jurídica que existe no processo, incluindo-se assim entre aqueles pressupostos que se referem às condições “necessárias para que possa existir um pronunciamento jurisdicional sobre a procedência da acusação, ou sobre o mérito da causa penal deduzida em Juízo” (11).

(11) *Da Competência em Matéria Penal*, São Paulo, ed. Saraiva, 1953, pág. 306.

Ou, então, chamemos o magistério de EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, ao invocar decisão judicial, afirmando:

“A 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo em 11 de outubro de 1951, no Conf. Jur. n.º 33.733, rel. Des. Paulo Costa (vencido, Des. Alípio Costa), assentou que a regra do art. 28 do Cód. Proc. Pen. não se aplica, somente, nos casos de arquivamento de inquérito. Por ela se resolvem, por analogia, todas as divergências, que se manifestam entre juízes e promotores, em matéria de competência funcional destes, como todos os conflitos de atribuição que surjam entre representantes do MP” (12).

O corolário da não utilização do instrumento adequado para impugnar a decisão do Juízo será a obrigatoriedade de o juiz suscitar o pronunciamento do chefe do Ministério Público, que apresentará o desfecho derradeiro.

6 — Conclusão

Algumas palavras finais concludentes podem ser lançadas, quanto ao que se delineou neste trabalho.

A nossa preocupação foi tentar demonstrar que o impasse entre Juiz e Ministério Público, em matéria de competência, no âmbito do inquérito policial, pode ser resolvido, com a preservação da autonomia da *magistrature debout*.

Voltemos às palavras de MANZINI — palavras destacadas no vestibulo deste trabalho —, quando doutrinava:

“El Ministerio Público, que por su propio instituto vela sobre la observancia de la ley, está encargado también de vigilar y exigir que se mantenga el orden de las competencias (ejemplo: arts. 74, primer parágr. 369, 392, último parágr. etc., Cód. Proc. Pen.), a fin de prevenir los vicios del proceso que dependen de la incompetencia del juez” (13).

A circunstância de se afirmar que o magistrado é o juiz de sua própria competência não pode ser levada a extremos e, tratando-se da existência de inquérito policial, cabe ao Ministério Público impugnar a decisão judicial, porque uma de suas atribuições é velar pela ordem das competências, como preleciona o mestre italiano.

Não sendo interposta correição parcial contra a decisão judicial, o Ministério Público não está obrigado a ajulzar ação penal. É dever do juiz remeter o inquérito policial ao chefe do Ministério Público para a eleição da providência pertinente à espécie. Do contrário ferir-se-á, gravemente, a autonomia, débil embora, da instituição ministerial.

(12) *Código do Processo Penal Brasileiro anotado*, Rio de Janeiro, Editora Rio, 5ª ed., vol. I, pág. 363.

(13) *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, tomo II, pág. 42.

A instituição do Ministério Público perante a ação penal pública

JOÃO CARLOS KURTZ

Procurador-Geral de Justiça do Estado
de Santa Catarina

Em artigo publicado em **O Estado de S. Paulo**, edição de 22 do mês de junho de 1982, o Prof. DAMÁSIO E. DE JESUS, ao abordar a questão do procedimento penal de ofício por ato de juiz ou autoridade policial, em confronto com o que dispõem os arts. 3º, II, e 55 da Lei Complementar nº 40, de 1981 — Lei Orgânica Nacional do Ministério Público — a respeito da exclusividade do exercício de funções inerentes ao Ministério Público, em especial a ação penal pública, inserida dentro das funções institucionais do **parquet**, chegou às seguintes conclusões:

a) de que a vedação contida no art. 55 da Lei Complementar nº 40, de 1981 (“É vedado o exercício das funções do Ministério Público a pessoas estranhas”), além de não ter o condão de revogar normas estabelecidas no

Código de Processo Penal e em algumas leis extravagantes, que integrariam o que o ilustre penalista chama de "sistema harmônico e conciso a respeito da iniciativa da ação penal", não poderia, doutra parte, ter outro destinatário que não o Promotor *ad hoc* do Interior do Brasil, já que a expressão "pessoas estranhas" deve ser tida como menos adequada para designar, no caso, juízes e delegados;

b) de que a inserção da iniciativa da ação penal pública, dentro das funções institucionais do Ministério Público, não impede que idêntica atribuição se inclua entre as funções institucionais de membros de outra carreira.

Não pretendo, nem a tanto me proponho, enveredar pelo caminho percorrido pelo Prof. DAMÁSIO DE JESUS, para apreender o alcance dos preceitos contidos nos arts. 3º, II, e 55 da Lei Complementar nº 40, de 1981. E não o faço, pela simples razão de que não vejo como se possa penetrar o verdadeiro sentido de uma norma de gênese constitucional, sem que se insira no sistema que ela veio habitar, isto é, o das normas constitucionais, que balizam e regem a validade e eficácia das regras de direito ordinário, dentre as quais as do Código de Processo Penal e demais leis auxiliares.

Não vejo, por igual, como se possa cuidar do sentido e da abrangência de um preceito legal que implica na dedução de conceitos como "Constituição, lei complementar, instituição e função institucional", à luz, tão-somente, do impacto que esta norma possa causar em parcela reconhecidamente excrescente — é bom que se diga — do sistema normativo processual ou, o que é menos próprio, à vista de disposições que dizem mais com as orientações protocolares.

Aqui, então, o meu primeiro reparo ao trabalho do ilustre Prof. DAMÁSIO DE JESUS. A regra contida no art. 3º, II, da Lei Orgânica do Ministério Público, da qual é consequência lógica e até de cunho pedagógico a redação do art. 55, por se constituir em preceito de caráter constitucional, ainda que complementar, não pode ser confrontada com regras que lhe são hierarquicamente inferiores, mormente se estas são de caráter instrumental.

Para que se chegue a esta conclusão, faz-se necessária uma análise mais detida sobre o que sejam funções institucionais, partindo-se, é óbvio, do conceito de instituição.

Não cabe aqui, é evidente, dissecar as teorias que tratam da instituição. Se ela seria, ou não, uma "organização social pré-jurídica", configu-

rando “a existência de uma ordem espontânea anterior ao direito histórico”, segundo a concepção da teoria institucional do direito, ou, ao contrário, uma realidade criada pelo direito positivo. De uma ou de outra forma concebida, o que resta certo, como afirma LUIZ FERNANDO COELHO, é que a palavra instituição “só se aplica às organizações que, produto da evolução do povo, são por ele efetivamente acatadas, pois que correspondem às suas aspirações e à sua índole, e, por isso, tendem a permanecer, a despeito das modificações por que passam as normas jurídicas que as definem” (in **Enciclopédia Saraiva**, vol. 44, pág. 512).

Do cotejo deste conceito, que define a instituição como obra perene da vontade do grupo social, com o que vem disposto no § 1º do art. 1º da Constituição federal, segundo o qual todo poder emana do povo e em seu nome é exercido, liga-se de imediato, como faz PLÁCIDO E SILVA, a idéia de instituição à idéia de soberania. E as instituições de uma nação são precisamente isso: organizações sociais e políticas concebidas pela vontade nacional, absolutamente essenciais à vida da sociedade politicamente organizada, em que a Constituição, como afirma BURDEAU, atua como **quadro**, elaborado pela vontade da nação para acolher as instituições de uma época e em que “cada órgão dotado constitucionalmente de competência tem sua atuação circunscrita por aquela repartição, ficando impossibilitado de delegar sua titularidade, pois que ninguém delega aquilo de que não é dono” (JOÃO BOSCO L. DA FONSECA, in **Revista de Informação Legislativa**, 56, p. 171).

Ora, se as instituições foram concebidas como verdadeiras colunas de sustentação da nação; se são a própria vontade da nação rumo ao futuro, é inadmissível a hipótese de que possam os entes institucionais ver-se privados, por qualquer razão, de suas funções, perdendo a sua substância, a sua essência, pela perda de uma ou mais de suas funções institucionais.

Seria admissível, por exemplo, que o Poder Judiciário perdesse a função institucional de julgar este ou aquele tipo de ação? Seria admissível, também, e ainda em exemplo, que ao Poder Legislativo fosse vedado o exame deste ou daquele projeto de lei? Seria crível, por fim, que ao Poder Executivo fosse obstada a condução da política exterior do País ou, às Forças Armadas, a função de garantir o funcionamento de um dos Poderes constituídos?

É evidente que não. As funções institucionais, assim identificáveis por sua própria natureza ou como tais definidas pela norma de caráter constitucional, são indelegáveis, irrecusáveis e indivisíveis, o que torna inaceitável a afirmativa de que poderiam ser delegadas a outras instituições. E

não se argumente com o desvio de poder — tão comum no ordenamento jurídico brasileiro — porque é exatamente isso que se pretende evitar no caso agora em exame, quando se discute sobre a hipótese de se **retirar** do Ministério Público a função institucional de promover com exclusividade a ação penal pública, **poder-dever** que não só lhe é conferido pela Lei Complementar nº 40/81, mas que está intimamente ligado à vida e à história da instituição que agencia a pretensão punitiva do Estado. E tanto é pior quando se percebe que esse esvaziamento funcional do Ministério Público vem sendo pretendido não em razão de interpretação que se dê a preceitos de ordem constitucional, mas em nome, simplesmente, da preservação de regras de natureza instrumental, inseridas no sistema processual penal brasileiro, que data de 1941 e está em vias de ser integralmente reformulado.

Outro ponto interessante e que me proponho agora enfrentar, aventado no artigo que motivou este trabalho, diz respeito à afirmação feita de que o parágrafo único do art. 55 da Lei Complementar nº 40, de 1981, está a indicar claramente que o objetivo do **caput** não era vedar o exercício de todas as funções do Ministério Público, institucionais ou não, a pessoas estranhas à carreira. É curioso. Tenho para mim que o parágrafo único do art. 55 quer dizer exatamente isso. Ainda que o legislador não tenha feito, expressamente, a distinção entre funções do Ministério Público e funções institucionais do Ministério Público, a exceção prevista no aludido parágrafo está a indicar precisamente isso. Além de ser o único caso de delegação de função do Ministério Público a pessoa estranha à carreira, a delegação incide sobre função indireta ou auxiliar da instituição e não sobre função institucional, direta e essencial, como aquelas elencadas sob o **caput** do art. 3º. Vê-se, assim, que, quando o legislador poderia ter se contentado com a titularidade exclusiva para o Ministério Público das funções que lhe são essenciais, isto é, as institucionais, foi muito além, vedando o exercício de todas as funções do **parquet** a pessoas a ele estranhas, com a exceção apontada.

Ainda a respeito do tópico, outro aspecto que merece realce é quanto à situação do Ministério Público Federal com relação à Lei Complementar nº 40, de 1981. Alguns têm-se preocupado com este alcance, tendo em vista que a Lei Orgânica do Ministério Público estabelece normas gerais a serem adotadas no Ministério Público estadual. Valem aqui, mais uma vez, os conceitos acima emitidos acerca das funções institucionais do Ministério Público e aquelas chamadas indiretas ou auxiliares.

A própria Lei Orgânica do Ministério Público não deixa margem para dúvidas quanto à aplicabilidade de alguns de seus dispositivos ao Ministé-

rio Público da União. E são aqueles, precisamente, que cuidam da instituição como ente constitucional “essencial à função jurisdicional do Estado” (art. 1º); dos princípios e funções institucionais (arts. 2º e 3º); das atribuições dos membros do Ministério Público (art. 15); da vedação do exercício das funções a pessoas estranhas à instituição (art. 55). Como se há de notar, a Lei Orgânica do Ministério Público, quando trata dessas questões fundamentais, **comuns** ao Ministério Público como instituição nacional, o faz indiscriminadamente, isto é, sem se referir ao Ministério Público dos **Estados** ou **estadual**. Já quando edita normas de alcance contido, vale dizer, peculiares ao Ministério Público dos **Estados**, alerta, invariavelmente, ao destinatário da regra, usando as expressões do **Estado** ou **estadual**. Veja-se, a título de exemplo, os arts. 4º, 5º, 6º, 9º, 11, 12, 14, 16, 17, 19, 20, 22, 24, 25, 32, 38, 42 e tantos outros.

Vê-se, então, que na espécie agora enfocada, em que se discute a titularidade exclusiva para a promoção da ação penal pública, a Lei Complementar nº 40, de 1981, não deixa de agasalhar, também, o Ministério Público da União.

Finalmente, e no que tange ao aspecto até aqui enfocado, restaria indagar quanto à força da lei complementar em relação aos dispositivos contidos no Código de Processo Penal e leis extravagantes auxiliares.

Não resta a menor dúvida, que a lei complementar, o equivalente brasileiro às leis constitucionais de LOEWENSTEIN, é um **tertium genus** entre a Constituição e as leis ordinárias, já que as emendas à Constituição, quando aprovadas, passam a integrar a própria Constituição. E, sobre o impacto da lei complementar na legislação ordinária preexistente, invoco a lição de PINTO FERREIRA:

“A lei ordinária não pode destarte revogar a lei complementar, sendo evidentemente nula toda a lei ordinária ou parte dela que contraste com a lei complementar. A maneira inversa, a lei complementar, por força de sua posição hierárquica, revoga as leis ordinárias, impondo-lhes homogeneidade e integração à sua letra e a seu espírito.”

E continua o autor:

“O campo específico de incidência das leis complementares não pode ser invadido por outras normas jurídicas, exceto uma emenda à Constituição. Assim sendo, as leis ordinárias, as leis delegadas, os decretos-leis, os decretos legislativos e as resolu-

ções não têm força para invalidar as leis complementares no campo específico das ordenações que elas regulam constitucionalmente" (in *Enciclopédia Saraiva*, 48, págs. 497/499).

Diante da lição de PINTO FERREIRA, caberia, então, a pergunta: se a lei ordinária não pode sequer adentrar o campo reservado às matérias sensíveis à lei complementar, assim definidas na Constituição, como se explica que o Código de Processo Penal, vigente há tantos anos, assim o fez? Ocorre que a previsão constitucional para que o Ministério Público dos Estados fosse organizado por lei complementar só foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977, que, alterando a redação do art. 96 da Constituição, inseriu o parágrafo único que assim dispõe:

"Lei Complementar, de iniciativa do Presidente da República, estabelecerá normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual..."

Ora, se a inovação data de 1977 e as Constituições anteriores, mesmo a Emenda de 1969, nada dispunham sobre a organização do Ministério Público por via de lei complementar, o legislador ordinário sentiu-se à vontade para dispor sobre a função do Ministério Público no processo penal, hipótese hoje completamente afastada.

Sobre-resta abordar a alegação de que a expressão "pessoas estranhas" à carreira, usada no art. 55, não poderia ser dirigida a juízes e delegados, pois que impróprias para designar aquelas autoridades. E aqui concordo, em parte, com o ilustre articulista. De fato, dita expressão não se refere, especificamente, a juízes e delegados. Seus destinatários são os serventes dos Fóruns do interior, os oficiais de justiça, os cabos de plantão, os comissários, os comerciantes e, também, os juízes e delegados. Os destinatários da vedação são todos aqueles que, por esta ou aquela razão, com investidura ou não, com habilitação técnica ou não, exercitaram através dos tempos funções que a Nação não lhes delegou. A norma constitucional não se dirige a pessoas, a cargos, a categorias funcionais. A Constituição e as leis complementares à Constituição, pelo princípio de sua supremacia, que repousa na vontade e nos anseios fundamentais da Nação, adentram o grande sistema do direito positivo, sem freios, sem pruridos e sem cautelas, na certeza de que o ordenamento jurídico inferior haverá de se adaptar à nova realidade jurídica, sem que elas precisem declinar, expressamente, que os preceitos que com elas não se compatibilizem estão revogados.

O debate está aberto a toda comunidade jurídica nacional. Os Tribunais de todo o País já começam a enfrentar a questão, assim como já

alinhavam a sua contribuição os melhores juristas. Confio, tão-somente, que todos os que se aventurarem ao tema haverão de fazê-lo sem perder de vista a floresta, a que se refere ORLANDO GOMES, no seu livro, **A Crise do Direito**, não deixando ao largo o verdadeiro objeto dessa questão: a preservação da higidez das instituições nacionais, que não podem ser mutiladas ao sabor de pretensões hegemônicas ou conveniências episódicas, fatores que não contam na dedução de princípios de gênese constitucional.

“Para que uma Constituição seja viva” — afirmou LOEWENSTEIN, citado por JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA —, “não é suficiente que seja válida em sentido jurídico. Para ser efetiva, a Constituição terá que ser observada lealmente por todos os interessados e terá que estar integrada na sociedade estatal, e esta nela. A Constituição e a comunidade terão que passar por uma simbiose. Somente neste caso cabe falar em Constituição normativa: suas normas dominam o processo político ou, pelo contrário, o processo do poder se adapta às normas da Constituição e se submete a elas. Para usar uma expressão da vida diária: A Constituição é como um traje que assenta bem e que se usa realmente” (in **Revista de Informação Legislativa**, 56/174).

Sumamente feliz a imagem de LOEWENSTEIN, principalmente se se tiver presente o momento de institucionalização definitiva do Ministério Público brasileiro, quando se vive “um instante de revisão do Direito Constitucional, revisão esta que exige se conheça a origem e a idéia-mater de cada uma de suas instituições” e segundo a inspiração que predomina na sociedade, como apregoa MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO (in **Revista de Informação Legislativa**, 64/80).

E qual a “inspiração que predomina na sociedade” no momento atual?

Nada melhor do que buscá-la nos Projetos dos Códigos Penal e de Processo Penal, recentemente enviados ao Congresso Nacional e que representam não somente a obra do que há de melhor no intelecto jurídico brasileiro, mas, também — e o que é mais importante — uma irresistível tendência ao fortalecimento das instituições que têm a seu cargo a missão de recompor a ordem jurídica violada pelo delito.

E lá está, no art. 100, do Projeto do Código Penal, que “a ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido”. E diz seu § 1º: “A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.” E o art. 5º do Projeto do

Código de Processo Penal é mais enfático: "A ação penal é pública, promovendo-a o Ministério Público. Não se admite procedimento de ofício."

Poder-se-ia alegar, finalmente, que o simples fato de reservarem os aludidos projetos a titularidade exclusiva da ação penal pública ao Ministério Público não autoriza o entendimento de que a Lei Complementar nº 40/81 tenha pretendido fazê-lo. Se, num derradeiro gesto de boa vontade, tanto eu pudesse admitir, ainda me restaria a instância de buscar, na vontade do legislador, ou, ao menos, na origem da Lei Complementar do Ministério Público, e que é a mesma dos projetos agora sob o crivo do Congresso Nacional, isto é, o Ministério da Justiça, a melhor orientação para a questão.

Colho, então, da Exposição de Motivos do Senhor Ministro da Justiça, Ibrahim Abi-Ackel, ao Projeto do Código de Processo Penal, quando se referia ao Ministério Público:

"Já no projeto de sua organização, que tive a honra de submeter à alta consideração de Vossa Excelência e do qual resultou a Lei Complementar à Constituição nº 40, de 14-12-81, buscávamos conferir ao Ministério Público a dignidade de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, **reconhecendo-lhe não apenas a condição de titular exclusivo da ação penal pública** e de fiscal da aplicação da lei, mas também a de responsável pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade."

Se adotasse tal procedimento, a par de me ver confortado nas deduções que acabo de fazer dos arts. 3º, II, e 55 da Lei Complementar nº 40/81, não sofreria o embaraço de inovar na busca da melhor interpretação de texto legal, já que o Supremo Tribunal Federal, recentemente, e como é notório, provocou a Presidência da República para que esta declinasse o verdadeiro alcance de dispositivo de decreto-lei que dispõe sobre cálculo de adicionais por tempo de serviço da magistratura nacional.

Por tudo isso, impõe-se a conclusão:

A Lei Complementar nº 40, de 1981, por ser hierarquicamente superior à legislação ordinária e atuar no campo específico que lhe foi reservado pela Constituição, ao entrar em vigor, revogou todas as normas de direito ordinário, quer inseridas no Código de Processo Penal, quer em outros diplomas, que permitiam a pessoas estranhas à carreira do Ministério Público o exercício de funções típicas da instituição.

Políticas recentes de formação, treinamento e aperfeiçoamento de pessoal penitenciário

JOSÉ ARTHUR RIOS

Sociólogo criminal e pesquisador. Professor de Sociologia Criminal e Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Ex-membro do Comitê de Prevenção de Crime e Tratamento de Presos, da ONU e Consultor dessa Entidade.

Inicialmente convém esclarecer que não consideramos a pena de privação de liberdade como única alternativa para tipos de delitos graves. Outras são de considerar e algumas até já mereceram acolhida no Código Penal vigente e no Projeto, ora em discussão, que lhe altera dispositivos. Não contemplamos tampouco a penitenciária como a única forma possível de cumprimento da pena máxima que deve, cada vez mais, comportar variantes na sua execução. É nessa perspectiva que convém ler as considerações abaixo formuladas.

1 – Importância do treinamento

Certa vez o eminente Professor MANOEL LÓPEZ-REY perguntou-se: “Na renovação penitenciária o que deve vir primeiro, a construção de edifícios ou a reorganização do pessoal?” E neste passo confessou: “A resposta não é fácil” (1). Trata-se no ilustre criminólogo, de hesitação meramente retórica. Para ele como para nós a questão não comporta dúvidas. *O que constitui o caráter moderno de uma prisão não é o edifício nem o equipamento ou o cronograma bem riscado, mas a qualidade do pessoal que o administra.* Podemos afirmar sem hesitação que, dos quatro elementos de um programa de renovação carcerária, ou seja, filosofia, disposições legais, estabelecimento adequado e pessoal, é este último que vai decidir do sucesso das novas medidas a implantar. O treinamento do pessoal penitenciário é, portanto, atividade essencial num plano de reforma dos estabelecimentos prisionais.

Decorre ainda essa importância do caráter sistêmico que hoje se pretende imprimir à rede de estabelecimentos. É arriscada uma analogia estreita entre uma coletividade humana e um conjunto com entradas e saídas – com *inputs* e *outputs* fáceis de se reduzir a fascinantes equações. Todo o relacionamento humano comporta metas e valores que não se traduzem na descritiva dos sistemas. Estes só continuam válidos se considerados sob os aspectos de uma organi-

(1) MANOEL LÓPEZ-REY *apud* JULIO ALTMANN SMYTHE — *Bases para un Plan de Futura Política Penitenciária Nacional*, J. M. Baca, Lima, 1962, p. 254.

zação estática e de mera integração de partes, o que se pode aplicar aos estabelecimentos prisionais quando considerados em seus aspectos mecânicos como unidades em um todo.

Quando se fala, hoje, em humanização das prisões, o que se tem em vista é, antes de mais, a melhoria da qualidade do relacionamento entre os presos e o pessoal, objetivo que vai depender da seleção, formação e treinamento deste. Sem pessoal devidamente escolhido e recrutado, sério e capacitado, não há ideologia ou reformismo que possam valer ao funcionamento do sistema. O pessoal é o elemento catalisador que, conscientizado da filosofia proposta, usando adequadamente os espaços e equipamentos prisionais, transforma em ato as virtualidades contidas nos outros elementos. A tal ponto que é preferível contar com um pessoal reduzido, mas experiente e capaz, a dispor de condições materiais excelentes. Pela sua complexidade, pela divisão múltipla de trabalho que hoje exige um estabelecimento prisional, a função penitenciária requer cuidados especiais na seleção moral e técnica dos participantes.

Insistimos na moral — coisa diferente do moral — e não nos limitamos aos aspectos simplesmente técnicos em que hoje se pretende enquadrar o problema. Tratando-se de seres humanos, o aspecto moral é inevitável. A regra de conduta é inerente a todo relacionamento humano que visa clara ou implicitamente o bem individual e o bem comum. As penitenciárias não são apenas agrupamentos forçados de indivíduos, mas coletividades estruturadas, que visam finalidades corretivas, portanto, de aperfeiçoamento moral dos presos. Ainda que não logrem explicitamente essa finalidade, como toda coletividade humana, não fogem a uma regra moral.

Embora se lhes possa negar, como sustentam alguns, a designação de comunidade — por faltar à sua população a voluntariedade de participação e o consenso — não o deixam de ser do ponto de vista ecológico e psicossocial dado que aí coexistem face a face várias categorias de indivíduos, compelidos, por força da lei e dos trâmites da ordem pública, a constantes contatos e interações. Mas aqui, como em qualquer outro tipo de administração, não se pode omitir os requisitos morais do pessoal, dele exigindo meros atestados fáceis de obter em nossa sociedade cartorária. As qualidades de honestidade, sentido humano, coragem e justiça, devem constituir, entre outras, prévios requisitos para o ingresso na carreira, bem como uma vida familiar estável, sobretudo para aquelas categorias que lidam diretamente com os presos.

Como, entretanto, a recuperação ou reintegração social destes baseia-se, hoje, em postulados científicos, o penitenciarismo tornou-se também uma técnica, e as categorias funcionais que o instrumentam devem receber treinamento técnico-profissional adequado. É esta a razão pela qual alguns autores tendem a reduzir esse conjunto de disciplinas a um simples tecnicismo, o que não me parece correto, embora compreensível essa reação contra a tendência puramente jurisdicista que até pouco tempo reinou nessa matéria entre nós.

É dizer o menos afirmar que a complexidade dos sistemas penitenciários e das unidades que os constituem não mais se compadece com o empirismo adotado na seleção e no treinamento do pessoal. Esse empirismo resulta não apenas de um despreparo do administrador, mas do preço que pagam todos os nossos sistemas administrativos a vícios persistentes de nossa formação social familista e

clientelista que leva ao amadorismo e à improvisação para atender pressões empreguistas de vária natureza. No entanto esse empirismo impede, na prática, a norma hoje pacífica do tratamento individualizado. Como aplicá-lo se faltar ao pessoal o conhecimento mínimo das características biológicas e psíquicas sociais da conduta do sentenciado, como da manipulação e interpretação de testes de diagnóstico e avaliação da conduta, de processos de dinâmica de grupos, de manejo de multidões e de indivíduos colocados em situação massificada? Como poderá o responsável diagnosticar corretamente certas reações da população carcerária se lhe faltarem esses instrumentos elementares? Se não souber onde buscar na comunidade? Pode-se atribuir tranquilamente a maioria dos casos de insatisfação, atrito, conflito, motim e fuga em estabelecimentos prisionais a problemas suscitados pelo relacionamento inadequado entre pessoal e presos.

O objeto final do treinamento do pessoal é o bem-estar e a recuperação do sentenciado. É preciso insistir que um curso ou escola penitenciária não é uma academia onde se esgota na pessoa do treinando o processo de conhecimentos e técnicas. *O verdadeiro centro do sistema é o apenado.* Tudo se deve fazer para ele e por ele. Por isso é necessário levar em conta, num programa de formação e treinamento, as mudanças recentes que vêm sofrendo as populações penitenciárias, conseqüência, por sua vez, de transformações sociais e jurídicas.

A maré dos tempos vai trazendo às prisões um resíduo de criminalidade muito diverso do tradicional. Por toda parte onde se implanta o mesmo tipo de sociedade industrial ou neo-industrial, a partir dos centros avançados e destes para o Terceiro Mundo, notam-se uma tendência para a maior incidência dos crimes contra o patrimônio e conseqüente redução no percentual dos crimes contra a pessoa; novas modalidades de crime econômico; emprego de técnicas e recursos sofisticados no crime, como a contabilidade de empresa e o computador; o crime ideológico, a alta percentagem dos crimes de tráfico, dolosos ou culposos, sem falar nos delitos ecológicos. Tudo isso encaminha às prisões um novo tipo de criminoso que nada tem a ver com o criminoso tradicional, produto este das desigualdades sociais, recrutado nas camadas mais baixas da sociedade, acionado por motivações simples como a fome ou a paixão. O novo criminoso, de bom nível de instrução, às vezes universitário ou profissional formado, de toda maneira extremamente sofisticado e conscientizado, é o produto natural das sociedades modernas cuja lógica interna leva ao uso da tecnologia, à formação de minorias conscientes, à contestação e a reivindicações sociais. Além disso, entre a população das prisões e o mundo exterior, há hoje estreito relacionamento, criado pelos novos meios de comunicação. Daí a maior sensibilização dos sentenciados, mesmo nos ambientes tradicionais, às mensagens provocativas de mudança acelerada que lhes chegam emitidas pela sociedade maior.

As velhas categorias se esboroam: o preso convencional que trazia e ainda traz para as penitenciárias as dependências, submissões e — por que não dizer — as servidões da sociedade tradicional, sua sobrecarga secular de deficiências físicas e mentais, tende, sobretudo nas metrópoles modernas, a ser substituído por um preso “normal” que reage e resiste às classificações puramente psiquiátricas e que é levado à prisão por um estado anômico geral da sociedade, colhido literalmente nas “malhas da lei”, entendidas agora nos seus hiatos e rupturas, nas suas mudanças que são as da própria sociedade e nada têm a ver com taras

ou pressupostos lombrosianos. Basta atentar para as mudanças no próprio crime de estupro outrora tranquilamente imputável unicamente a indivíduos portadores de graves desequilíbrios mentais. Hoje, no entanto, utilizado como forma de agressão e protesto por membros de minorias étnicas e culturais contra os que julgam representantes da maioria dominante.

Nesse contexto cabe mesmo rever as ideologias penitenciárias da “re-educação” e da “re-socialização”. Esbarram ambas na recusa liminar do sentenciado a considerar de longe tal possibilidade desde que passou a encarar sua vida como contestação permanente à sociedade e ao sistema, fazendo do crime o instrumento dessa ruptura. É claro que essa situação extrema não é ainda o caso do Brasil, onde a sociedade tradicional e suas mazelas — os crimes de honra, os delitos passionais, o ladrão de carteira, o ventanista — continuam vigentes; mas onde já aparecem aspectos de crime organizado em torno do tóxico, das grandes fraudes econômicas, do assalto a bancos e do crime ecológico.

A organização penitenciária não pode tampouco escapar à complexidade da vida moderna nas cidades e metrópoles, à sua divisão do trabalho, à formação de uma cultura baseada na ciência e na técnica, no tecnicismo e na massificação — e é também por isso que as próprias penitenciárias tendem para o modelo das grandes organizações com as suas hierarquias em degrau e sua diversificação de papéis.

Tudo isso, assim como nos obriga a repensar com humildade os objetivos ideais do reformismo e o próprio conceito de penitenciária, também nos força a renovar nosso velho arsenal penitenciário e sobretudo nossa concepção do pessoal, de sua formação e treinamento e de suas novas funções.

2 — Funções do pessoal penitenciário

Ao delinear essas funções podemos dividi-las em dois grandes grupos: a) as que dizem respeito à integração e funcionamento estrito dos sistemas penitenciários num plano puramente administrativo e regulamentar e b) o grupo das funções normativas e aculturadoras, geralmente esquecidas ou colocadas em segundo plano. As primeiras dizem respeito aos estatutos e regulamentos e se exprimem nas atribuições; as segundas visam algo mais profundo, uma mudança de comportamentos. Sob o primeiro aspecto é importante que haja uma perfeita integração entre a cúpula do sistema, os altos escalões administrativos, os diretores e o pessoal, seja administrativo, seja técnico-profissional, seja da vigilância. Essas categorias devem estar entrosadas para que o conjunto exatamente funcione como sistema. Essa conceituação exclui imediatamente o empirismo, o amadorismo habitual das cúpulas e direções, escusável apenas num momento de transição, ou de aguda carência de competências, ou ainda num hiato momentâneo dos programas de treinamento.

Quanto ao segundo grupo, quer se pretenda dar normas a um comportamento anômico ou incorporar à massa maior da sociedade uma população desviante, trata de aplicar métodos de transmissão de cultura que mais se aproximam dos empregados quando alguém procura aprender uma língua estrangeira ou quando, num processo mais amplo, um indivíduo imigrante se vê constrangido a adotar padrões, normas e valores do país que o hospeda. Essa visão parece hoje, ante as definições de crime como subcultura, mais correta que as antigas

definições do criminoso como doente físico ou mental, como ser diferente etc. Nessa visão, mais que em qualquer outra, está o núcleo verdadeiro da renovação dos métodos e técnicas prisionais em nosso tempo e, portanto, deve constituir da mesma forma o essencial dos programas de formação e treinamento.

3 – Educação, formação e treinamento

Buscando um denominador comum para essas formas de aprendizado, dentro ou fora dos muros da penitenciária, não podemos deixar de ver, em todas, a transmissão, por diversas formas, de um determinado conteúdo cognitivo considerado válido. A *educação* é processo contínuo, amplo e multiforme de assimilação de valores morais, conhecimentos, técnicas e modos de ser pelos quais uma sociedade se mantém e uma cultura se transmite. Chama-se *formação* a aquisição específica de uma profissão ou ramo de conhecimentos constituído de disciplinas e técnicas determinadas, geralmente em espaços previamente definidos e através de um grupo de especialistas colocados em relacionamento formal com os educandos.

Treinamento é o aprendizado de um conjunto de técnicas para o desempenho específico de uma função ou o exercício repetido de uma tarefa. Costuma-se reduzir o treinamento a um mero condicionamento. Trata-se, neste caso, da emissão e recepção de sinais, a mais pobre das formas de aprendizado – que partilhamos com os animais – e só é válido nos níveis inferiores da personalidade humana. No entanto, ainda é preconizado por psicólogos e educadores que não hesitam em reduzir o ser humano ao nível dos cães salivantes do experimentador russo. Se o treinamento pode fornecer-nos algumas técnicas elementares de aprendizado, não constitui a essência do treinamento, muito menos da educação, a não ser que tivéssemos por alvo a criação de robôs ou humanóides.

3.1 – Formação

Sobre a formação, processo eminentemente educativo que exige tempo, currículos, disciplinas, pessoal especializado e visa produzir tipos altos de profissionalização científica e técnica – é claro que escapa ao âmbito estreito da penitenciária, e embora entre nós se busque, através de vários expedientes, suprir mediante reciclagens sucessivas, a deficiência fundamental das escolas, os resultados não são satisfatórios. A formação exige a convergência de um método científico e de um aprendizado prático, dado que o penitenciarismo representa hoje uma integração de ciências e técnicas, um coquetel interdisciplinar, de ingestão demorada, às vezes difícil, desde a sociologia, a psicologia e a antropologia penitenciária até o direito e a administração. É claro que as tentativas de improvisação de especialistas penitenciários nesse nível, através de cursinhos intensivos de curta duração, só podem ter valor informativo, válidas desde que não se pretenda com elas substituir a transmissão regular e curricular dessas disciplinas em lugar e tempos apropriados. Em suma, seria de desejar que essa formação fosse assumida regularmente em cursos integrados e interdisciplinares, em nível de pós-graduação, criando-se nas faculdades de direito, ou nos institutos de ciências sociais, uma área de especialização penitenciária. Parece-nos que isso se faria a baixo custo, porque não exigiria, dessas instituições, mais que uma reordenação dos docentes e disciplinas num sentido profissionalizante e especializante. É a solução mais prática até que se concretize o ideal de uma escola penitenciária

forçosamente de alto custo e lenta implantação, sobretudo se colocada à margem dos centros culturais do País, portanto limitada por dificuldades de suprimento de competências e experiências. Na formação dos técnicos, a linha tem que ser forçosamente acadêmica, os métodos do ensino disciplinar combinados, através de estágios, com a experiência da realidade penitenciária. Para isso, já se tem proposto em alguns países o modelo do interno em medicina que conjuga formação disciplinar e acesso à prática hospitalar.

3.2 — *Treinamento*

Compreende-se que, como acontece a toda forma pedagógica desde que não se trate de mero condicionamento, o treinamento também exige *pressupostos éticos e pré-condições sociais*. A função penitenciária é uma função social. Seu lema deve ser — “ajudar o preso a ajudar-se”. Daí resulta seu lastro ético. O Serviço Público vem depois. É por essa razão que se dá muita importância, hoje, aos códigos de ética do pessoal penitenciário e às associações profissionais e comunitárias em que se apóiam. As normas éticas ganham em viabilidade quando o código elaborado, formulado e votado pela associação profissional, tem nesta o principal supervisor e censor.

Não é menos importante acentuar as *pré-condições sociais* no treinamento. Expressão de origem inglesa, essa atividade surgiu em sociedades nas quais o mérito e a liderança democrática substituíram as linhas tradicionais de dominação, baseadas no *status* e na autoridade. O funcionamento eficaz de um sistema de treinamento exige mais que um conjunto de técnicas corretas. Vai até o abandono de práticas usuais como o paternalismo e o empreguismo indiscriminado que entre nós tudo viciam — a administração, a educação e a própria aplicação do direito. Num sistema onde se mantém esses vícios, torna-se difícil implantar o treinamento porque aí não encontrará atmosfera adequada para expandir-se, e seus valores irão fatalmente chocar-se com os dominantes. Se a razão de ser do treinamento, por exemplo, é qualificar o treinando para promoção na carreira, logo este se sentirá descorçoado ao ver que essa exigência básica não se estende a todos os candidatos e que seus esforços e méritos não lhe garantem a classificação almejada.

Quando se fala em treinamento, ocorre, de imediato, ao leigo a idéia de um conjunto de equipamentos e técnicas. Explica-se essa imagem, dada a origem do termo, que surgiu nas profissões mais em contato com a maquinaria e em sociedades industriais. Não corresponde, entretanto, à realidade. *O treinamento é antes de tudo um aprendizado de desempenho de papéis*. Papel aqui, expressão emprestada do teatro, nada mais é que a incorporação de traços de conduta dentro de uma organização ou sistema de ação voltado para tarefas específicas.

Em sistema tão caracterizado como o penitenciário, os papéis se diversificam conforme a natureza dos estabelecimentos e as categorias do pessoal. Antes de iniciar qualquer programa de treinamento, convém fazê-lo preceder de uma análise minuciosa das rotinas que correspondem a cada papel, ou seja, o que cada funcionário faz efetivamente no estabelecimento penitenciário durante o dia, a semana ou o mês, seja guarda, agente ou diretor. Rotina aqui é palavra mais ampla que atribuições. Estas em geral são fixadas idealisticamente no estatuto ou regimento de cada estabelecimento. As rotinas são condutas criadas

na prática, nas linhas e entrelinhas do regulamento. Estas jamais esgotam os problemas, imprevistos e emergências da vida penitenciária. Decorar um regulamento não faz um bom profissional. Por isso o conhecimento e a memorização das suas normas constituem apenas o primeiro passo do treinamento. A segunda mais importante é a vivência no estabelecimento prisional e a experiência de situações profissionais concretas que podem ser reais ou simuladas mas devem ser o mais cedo possível incorporadas ao comportamento do treinando.

3.2.1 – *Conteúdo do treinamento: o manual*

Todo treinamento comporta duas partes: 1) noções e conhecimentos; 2) práticas e desempenhos. À medida que se sobe nos diversos escalões das funções penitenciárias, a importância da primeira parte aumenta, a da segunda diminui. Em sentido inverso, os desempenhos ganham importância nos escalões inferiores onde tornam-se secundárias as noções técnico-científicas. Percebe-se a necessidade de abranger tudo isso em um bom manual de treinamento. Embora possa atravessar fases sucessivas de elaboração, é fundamental que o candidato, ao pôr o pé no estabelecimento, tenha nas mãos uma descrição quanto possível pormenorizada das rotinas de trabalho.

Há vários tipos de manuais. O Professor ANTONIO SANCHES GALINDO elaborou um manual para o governo mexicano (2). Trata-se de um texto ambicioso como se deduz da própria enumeração das suas principais partes: a) Noções de criminologia; b) Noções sobre Penitenciarismo — incluindo individualização do tratamento, pessoal idóneo, instalações adequadas, métodos de tratamento, distúrbios e fugas, motins etc.; c) Ética da guarda contendo conselhos práticos; d) Noções de Direito Constitucional; e) Noções de Direito Penal; f) Elementos de Direito Processual Penal; g) Princípios de Psicologia; h) Medicina Forense e Criminalística; i) Comentários à lei que estabelece as normas mínimas sobre a readaptação social dos sentenciados. Essa lei tem como principais títulos: Finalidades, Pessoal, Sistemas, Assistência ao Egresso, Remissão Parcial da Pena e Normas Instrumentais. É, como se vê, um manual que procura tomar um rumo metodológico e mais científico que técnico, talvez porque se dirija de preferência às cúpulas dirigentes do sistema ou aos diretores de estabelecimentos dos quais se espera venham a traduzi-lo em normas práticas. É, no entanto, de estranhar nesse manual, ainda que admitida essa intenção, a ausência de considerações sobre direito penitenciário, dinâmica de grupos, sociologia e psicologia — sobretudo nos seus aspectos especificamente penitenciários, de aplicação direta à realidade cotidiana dos estabelecimentos.

Muito diverso é o manual editado pelo Departamento Norte-Americano de Prisões, que busca uma finalidade eminentemente prática (3). Seu conteúdo é o seguinte: a) História e Filosofia Correcional; b) Procedimento de Segurança; c) Clima da Prisão; d) Supervisão dos Presos; e) Disciplina; f) Presos Especiais; g) Administração das Prisões (orçamento, planejamento de programas, gerência de pessoal e administração de operações); h) Programas Correcionais na Prisão e na Comunidade (planejamento dos programas e trabalho); i) Planejamento

(2) ANTONIO SANCHEZ GALINDO — *Manual de Conocimientos Básicos de Personal Penitenciario*, Ediciones Gobierno del Estado de México, México, 1974.

(3) US Bureau of Prisons — *The Jail: It's Operation and Management*, 1977.

das Prisões; j) Programas legais na Administração de Prisões; l) Relações com a Comunidade.

Entre nós cabe mencionar alguns esforços pioneiros que representam tentativas nucleares a serem desenvolvidas em futuros manuais. Entre elas as *Recomendações Mínimas para Formação de Agentes Prisionais* (4) e o *Manual de Normas*, elaborado pelo autor em demorado contato com diretores e funcionários de estabelecimentos no Rio de Janeiro (5). Todos esses trabalhos representam experiências válidas que merecem análise crítica na sua aplicação e adaptação.

3.2.2 – Diversificação do treinamento

O treinamento se diversifica, primeiro a) conforme as categorias funcionais do sistema penitenciário e depois b) quanto à natureza dos estabelecimentos.

A – O pessoal dos estabelecimentos prisionais (6) divide-se em diversas categorias cuja presença e número podem variar de acordo com o tamanho e a natureza do estabelecimento. Não mencionamos as autoridades dirigentes, o que não quer dizer que não devam ter formação especializada ou que dispensem qualquer treinamento. Devem sair, de preferência, do próprio sistema e não cooptados de outros setores como geralmente ainda ocorre, dispensando-se de qualquer informação ou familiaridade com as prisões. Esse pessoal comporta vários escalões. Recomenda-se, hoje, que essas funções se organizem em carreiras, cada uma delas com critério próprio de ingresso, acesso e promoção. Abrangem esses escalões:

a) *diretores e subdiretores* cuja função é aplicar na prática os princípios gerais da política penitenciária e cujo papel exige formação técnica e científica. Não importa o ramo da ciência ou atividade que os caracterizava. O importante é que tenham competência para liderar a equipe penitenciária, da qual adiante falaremos.

b) *pessoal administrativo*, ao qual compete a gestão econômico-administrativa da unidade – contadores, arquivistas, encarregados do almoxarifado, dos depósitos, das oficinas etc.

c) *guardas* (policiais) que fazem a vigilância externa dos estabelecimentos de segurança máxima e média e que não devem, em regra geral, ter contato com os presos nem com o pessoal interno, nele entrando apenas em momentos críticos a fim de tomar providências adequadas em caso de incêndios, tentativas de fuga e outras emergências.

d) *agentes prisionais*, entre nós chamados, equivocadamente, de guardas, dado certas peculiaridades de nosso sistema, sobretudo, a permanência nele de resí-

(4) ARMIDA BERGAMINI MIOTTO — “Panorama da Política Penitenciária Nacional”, in *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, julho a setembro, ano 16, nº 63, 1979, pp. 209 e segs., e pp. 249-254.

(5) JOSÉ ARTHUR RIOS — *Manual de Normas Técnicas* (mimeografado), Rio de Janeiro, 1977.

(6) SMYTHE, *op. cit.*, p. 237, e MIOTTO, *ib.*, pp. 249-252.

duos policiais-militares e repressivos. O papel do agente é fundamental no sistema porque é ele que mantém contato direto e continuado com os presos em todas as rotinas do dia-a-dia. Cabe-lhe zelar pela ordem interna e pela observância da disciplina; acompanhar os presos nas saídas, ouvir muitas vezes suas queixas, problemas e dificuldades. O agente, portanto, situa-se numa linha fronteira que demanda um tipo especial de personalidade bastante flexível e, ao mesmo tempo, capaz de resistir às inúmeras pressões e relações ambientais que o convidam a “pular o muro”. Se aceitamos a idéia de que o crime constitui uma modalidade de subcultura, com linguagem, hábitos e vícios próprios, temos de reconhecer que a penitenciária gera também processos interculturativos levando a uma “contaminação” — no grupo dos representantes da lei, como no grupo dos sentenciados — de atitudes e comportamentos criminais. Em certo sentido esse intercâmbio pode ser desejável, noutro perigoso. O papel condutor desses processos é o do agente. Na dura realidade da vida penitenciária é o alvo principal do suborno, da corrupção e do aliciamento. É o primeiro elo da resistência que configura para o preso uma ordem legal, mas também pode ser o fornecedor da maconha, o contrabandista de armas muro adentro da penitenciária, o aliado ativo ou passivo nas fugas, o leva-e-traz no relacionamento com os cúmplices, na prisão ou fora dela, e assim por diante. Daí sua importância acentuada em vários estudos sociológicos recentes que estabelecem analogia entre o agente e outros elementos intermediários impressados por escalões superiores e inferiores nas organizações industriais, militares, burocráticas etc. É também o objeto das transferências mórbidas do preso, que nele identifica uma autoridade detestada e nele concentra seus impulsos de agressão nos momentos de frustrações ou nas crises do motim em que figura, via de regra, entre os primeiros que são tomados como reféns e, muitas vezes, entre as primeiras vítimas.

Não menos importante é e) o pessoal doméstico, quando essas tarefas de limpeza, cozinha etc., não são exercidas pelos próprios presos. É conhecida a importância do preparo do alimento na prisão. Muitas revoltas tomam a qualidade da comida como causa ou pretexto.

Além dessas categorias, conforme o tamanho e a natureza do estabelecimento, há f) um pessoal técnico-especializado numeroso — médicos, psiquiatras, advogados, assistentes sociais, professores, mestres de oficina, agrônomos, psicólogos etc., que também orientam a direção nos problemas do dia-a-dia, no tratamento dos casos especiais, ou desempenham papel docente ministrando cursos aos presos; muitas vezes recrutam por sua vez um grupo de auxiliares, enfermeiras, práticos de farmácia, estagiários etc.

Figura à parte é o capelão e todo o pessoal que hoje integra a *Pastoral Penal*, religiosos ou leigos, cuja importância tende a crescer. Representam algo mais que a técnica, a presença de um senso de solidariedade e consciência moral que suaviza os problemas da vida carcerária.

Cabe acrescentar ainda a categoria dos voluntários, pessoas da comunidade, técnicos ou leigos, que se dispõem, individualmente ou através de associações, a colaborar com a direção dos estabelecimentos no sentido de atenuar a solidão dos sentenciados, promovendo visitas, comemorações, festividades, etc. Sua utilização dependerá muito da personalidade e da formação do diretor que contará com grande auxílio de parte dessas pessoas caso saiba identificá-las e mobilizá-

las. No caso dos egressos, a participação dos voluntários é da maior importância. O Japão mantém cerca de cinco mil voluntários para encaminhar os egressos a empregos e acompanhá-los no seu processo de reintegração na vida civil. Seria recomendável, em nosso caso, que, através de entidades religiosas ou filantrópicas, fossem até institucionalizados sob as espécies de padrinhos; designação que facilitaria seu emprego e sua difusão.

B — Esses desempenhos podem diversificar-se conforme a *natureza dos estabelecimentos dentro do sistema* (presídios, de classificação, penitenciárias, médico-penais, assistenciais etc.), e conforme o tipo de segurança e regime (o de segurança máxima terá regime fechado; o de segurança média, regime fechado ou semi-aberto; o de segurança mínima, regime aberto incluindo a prisão albergue). Conforme o tipo, pode variar a ênfase na estrutura material, na disposição dos prédios, nas precauções contra a fuga, na ordem interna e na disciplina.

Não podem receber o mesmo treinamento técnicos e agentes que vão atuar num sistema de segurança máxima, média e mínima. O agente penitenciário no primeiro caso estará mais atento aos aspectos da disciplina interna e aos processos de coerção que a impõem e mantêm. No caso dos estabelecimentos de segurança média, de regimes fechados ou semi-abertos, a persuasão e o apelo ao sentido de responsabilidade dos apenados tornam-se mais importantes que as técnicas coercitivas, e o agente deve estar preparado para um relacionamento mais aberto e desarmado com o preso. Deve estar preparado para orientá-lo nos contatos mais diretos com a família e com a comunidade, não só através das visitas de parentes, amigos ou de quem quer que seja, mas também preparando-o para a possibilidade de trabalhar na comunidade, visitar a família, freqüentar seu círculo de amizades etc. Esses requisitos aparecem ainda e com maior destaque nos estabelecimentos abertos. Toda perspectiva muda tanto para o agente ou guarda quanto para os técnicos e profissionais, para os assistentes sociais, os psicólogos, os sociólogos, para os encarregados da assistência religiosa e da assistência jurídica.

3.2.3 — Normas gerais

Sem descer a minúcias de tipo de estabelecimento, cabe-nos traçar algumas normas gerais deixando a critério do técnico encarregado do treinamento diversificá-las conforme a categoria do treinando. Partindo do princípio de que a finalidade maior é aperfeiçoar o desempenho dos papéis criados na organização penitenciária, o *treinamento deve ser permanente* e não se deve considerá-lo atividade aleatória, uma espécie de mordomia ou lazer disfarçado, em que o participante descansa de suas tarefas rotineiras, ouvindo, com meia orelha e disposição dormitiva, monótonas aulas de disciplinas em geral inacessíveis ao seu nível de conhecimentos e informações, ministradas por teóricos sem familiaridade com a vida penitenciária e sem a preocupação de qualquer opinião do treinando.

O *treinamento deve ser encarado pelo administrador como atividade permanente que atravessa todo o período útil do ano em curso*. A finalidade desses programas, por mais diversos que sejam, deve ser proporcionar ao novo funcionário a filosofia do sistema, os conhecimentos necessários ao exercício da sua função, as aptidões e técnicas indispensáveis; e ao funcionário já admitido, uma

oportunidade de revisão e autocrítica. Um sistema vivo e atuante deve prever constantes reciclagens do pessoal que proporcionem aperfeiçoamento das práticas adotadas ou a introdução de novas técnicas. Quando isso não se efetua, esse funcionário tende a recair na inércia e na rotina, usada agora a palavra com toda carga pejorativa que assume num sistema burocratizado. Do mesmo modo, a personalidade dos funcionários se deteriora pela rotina. Podem assimilar vícios e maus hábitos. As crises — fugas, motins, incêndios espontâneos ou produzidos — representam outros tantos sinais de alerta que devem ser utilizados imediatamente pelo administrador para essas reciclagens do pessoal, levando-o a uma conscientização das causas, das reações percebidas e dos erros cometidos. Sem esse tipo de programa que deve ser, no caso, improvisado, será inútil tentar introduzir inovações técnicas e treinar o pessoal na simples operação ou manuseio dos novos equipamentos. Estas devem servir de mero pretexto: criam situações novas que determinam mudanças de atitudes no pessoal e nos sentenciados. Outro aspecto do treinamento é a interpretação para os funcionários de novas medidas legislativas ou administrativas que, de outro modo, teriam dificuldade em apreender. Somente assim o administrador poderá ter a certeza de dispor de um pessoal atualizado e eficiente, cômico de suas responsabilidades e pronto a responder a situações de emergência.

3.2.4 — Métodos de definição das necessidades de treinamento

De tudo o que se disse, pode-se concluir que os programas de treinamento não são algo estabelecido *a priori* como um curso, o currículo de uma escola e todo o sistema formal de aprendizagem onde se sabe, de antemão, o conteúdo das disciplinas. O programa resulta de uma necessidade, de um aspecto concreto da vida penitenciária, seja segurança, procedimento, supervisão etc. É fundamental identificar essas ocasiões e necessidades. Para isso usam-se hoje vários métodos: (7)

1 — *Crítica e avaliação do desempenho* das diversas categorias. Procede-se a essa avaliação geralmente no contato entre o diretor e o supervisor imediato do funcionário.

2 — *Revisão e análise das emergências*, dos incidentes críticos que revelam ruptura, descontinuidade ou conflitos nos relacionamentos entre pessoal e presos, e acentuam a necessidade de uma reciclagem nas técnicas de supervisão.

3 — *Iniciação do pessoal em novos procedimentos*, seja em caráter definitivo, em função de mudanças legislativas ou de casos especiais; e em caráter provisório e experimental.

4 — *Introdução de novos equipamentos*, no setor da vigilância, de comunicação, no refeitório ou na cozinha, seja sirene, telex ou forno elétrico. Os efeitos desse equipamento devem ser analisados e previstos além do seu objetivo material imediato, nas possíveis reações que poderão despertar no pessoal e nos presos.

5 — *As reações dos funcionários* a problemas de emergência podem suscitar idéias de treinamento. Embora o funcionário nem sempre seja a melhor fonte de informações, recomendam-se entrevistas periódicas entre ele e o técnico do trei-

(7) US Bureau of Prisons, *ib.*, p. 127.

namento desde que não se transformem em apelos para a solução de problemas pessoais.

6 — *Certas reações dos sentenciados* também indicam a necessidade de programas, revelando pontos de atrito, insatisfações, queixas quando atribuíveis a imperícia, incompetência, erros do pessoal no relacionamento interno etc.

3.2.5 — *Técnicas*

Em função dos problemas identificados e descoberta a motivação para o treinamento, compete ao técnico considerar as alternativas e prioridades de programas que lhe aparecem, à luz das experiências de aprendizado, bem sucedidas. Procede-se à escolha das técnicas a serem adotadas atendendo-se a critérios de participação mais ativa do treinando, de sua conscientização dos resultados que se procuram obter com o treinamento; de transferência da experiência apreendida para o desempenho concreto da função, da clara compreensão do material utilizado. O treinando deve compreender que o programa não é uma corvêia a mais na sua agenda já congestionada, mas ajuda importante para o desempenho de sua tarefa, para sua promoção funcional e às vezes até para a sua sobrevivência. Convém indagar se a técnica utilizada reforça ou não o comportamento desejável, o que só se poderá saber pela avaliação permanente do treinando através do encarregado do programa e do supervisor do funcionário. Não se deve perder tempo tentando transmitir ao pessoal técnicas que não esteja em condições de utilizar realmente. *De nada adianta treinar um funcionário em aptidões desnecessárias, dentro da natureza da sua função e do estabelecimento e, principalmente, de nada serve obter a concordância do supervisor para que use essas técnicas.* É impossível, neste espaço, descer a detalhes sobre as diversas técnicas de treinamento hoje utilizadas. Os elementos fundamentais de qualquer modelo de treinamento de relações humanas acentuam, no entanto, dois aspectos que se devem levar em conta: a capacidade de discriminação, ou seja, de ouvir, de identificar o conteúdo e o sentido das interações verbais e não verbais, e a capacidade de comunicação, definida como a aptidão a transmitir uma compreensão autêntica, verbal ou não, ao sentenciado.

Motivações do treinamento.

Em todo programa de aprendizado, é da maior importância a motivação do treinando. Essa afirmativa é válida para o curso, a escola ou o simples programa de treinamento. No caso do funcionário prisional, essa motivação, que deve ser previamente analisada pelo técnico, pode ser um objetivo de promoção, um incentivo de melhoria financeira, um alvo de autopromoção ou de maior segurança no desempenho das funções e de maior prestígio perante os colegas. É legítimo que essas diversas motivações sejam usadas pelo técnico no desempenho e na promoção do programa.

Cada funcionário é uma personalidade à parte e como tal possui características rigorosamente individuais quanto à assimilação da informação e à rapidez do aprendizado. Não se devem, por exemplo, sobrecarregar os programas com um tipo de material que apele unicamente para a memória verbal porque levaria a desqualificar aqueles que menos a possuem.

Depois de rever essas pré-condições, o encarregado poderá, então, escolher a técnica mais indicada no seu programa. Descarte-se, desde logo, a mais con-

vencional e menos produtiva, que é a aula, conferência ou palestra em que a absorção do conhecimento é geralmente reduzida. Hoje as mais usadas são:

1) O *treinamento em serviço*, geralmente desempenhado por um funcionário sênior, já treinado, que responde pela transmissão de informações ou atitudes a um ou mais subordinados. Essa relação de encarregado e treinando permite maior flexibilidade e revisão, raramente encontradas numa situação de aprendizado em grupo.

2) O *sistema do padrinho* (coaching), em que um funcionário mais experiente orienta o novato no novo procedimento ou técnica, levando-o a aprender fazendo e a executar no ato as necessidades de correção. Essa técnica é a mais empregada quando se trata do manejo de equipamentos simples, evitando a imobilização de grupos onde a atenção do treinando necessariamente se dispersa.

3) O *rodízio de tarefas*, em que o treinando é submetido a uma variedade de situações correntes na vida penitenciária, de modo a criar um arsenal variado de respostas.

4) As *simulações* que podem se organizar em sala fechada, apresentando uma série de problemas ou situações de ocorrência comum a fim de verificar a assimilação da atitude correta, cuja teoria teria sido previamente transmitida.

5) *Grupos de discussão*, onde os treinandos possam exprimir livremente suas dificuldades em relação ao programa, ao material utilizado ou ao seu próprio conteúdo.

6) O estudo de casos, que consiste basicamente em propor aos treinandos uma situação problemática pedindo-lhes a solução apropriada. É recomendável que se utilizem problemas concretos ocorridos no estabelecimento, tanto nas suas rotinas quanto nas suas emergências.

7) O *ensino programado*, cuja principal vantagem é permitir o aprendizado individual dentro do ritmo próprio da personalidade do treinando.

8) *Publicações* de vários tipos e naturezas desde o folheto até o manual.

9) *Material audiovisual*, discos, lâminas, projeções etc., recursos que podem variar com as possibilidades do programa e, quando possível, devem ser preparados pelo próprio treinando (8).

Essas técnicas de repercussão e reprodução imediata na rotina do estabelecimento e na vida dos detentos não são mutuamente excludentes, podem ser combinadas de acordo com o programa. Por tudo isso a escolha do técnico de treinamento é capital. Deve conhecer os problemas do estabelecimento, suas normas e procedimentos, impor-se pela sua competência, ter facilidade de relacionamento, fluência verbal, sem falar na experiência em programas dessa natureza. Deve-se registrar continuamente o desempenho do treinando, bem como os programas em que participa, de modo que possa, a qualquer momento, fazer de tudo uma avaliação pessoal, acompanhando seus avanços e dificuldades. Por sua vez, é ponto básico a presença do administrador no desdobramento desses programas.

(8) *Ibid.*, pp. 125-129.

3.2.6 – *Problemas e programas específicos*

Um dos problemas apontados por diversos autores em programas de treinamento é a falta de integração entre teoria e prática. Neste terreno registram-se queixas recíprocas de criminólogos e administradores. Os primeiros lamentam que suas idéias não tenham curso na prática penitenciária corrente. Os administradores, por sua vez, criticam a desatenção dos criminólogos à realidade penitenciária concreta. A fim de enfrentar essas queixas recíprocas, as universidades canadenses procuraram desenvolver um programa especial voltado para o treinamento de um tipo particular de funcionário – o agente de programas criminológicos, que somaria noções teóricas à experiência prática. “Essa tarefa não foi compreendida apenas como solução aos problemas de mão-de-obra de um serviço correccional. É a única maneira em que se pode reunir os elementos constitutivos de uma política racional sobre o crime, o novo alvo da criminologia – controle do comportamento criminoso”⁽⁹⁾.

É cedo ainda para decidir se a experiência alcançou sucesso. O importante é que procurou responder a críticas dirigidas aos programas de treinamento correntes, como, por exemplo, a falta de uma definição clara dos fins e objetivos de um serviço correccional. Fala-se muito, por exemplo, que o objetivo das penitenciárias é administrar a sentença imposta pelos tribunais e ajudar a reabilitação do sentenciado. Nada se diz, porém, sobre o que seja essa reabilitação. Daí a hesitação das próprias políticas correccionais quanto aos objetivos propostos.

Por outro lado, discute-se ainda quanto à organização de um programa ideal para o treinamento dos técnicos. Geralmente as disciplinas escolhidas, segundo opinião unânime, deveriam estar compreendidas num contínuo, limitado de um lado pela aplicação do método científico e do outro por uma orientação subjetiva. Em suma, o programa deveria abranger disciplinas fortemente apoiadas na tradição científica, cuja dosagem varia muito de um programa para outro; e, por outro lado, práticas que se apóiam em atitudes e na intuição de certas aptidões necessárias à interação do pessoal. Neste caso, a ênfase do programa recai sobre situações problemáticas que o treinando deve enfrentar aperfeiçoando qualidades que já possui.

As discrepâncias não param aí. Aumentam quando se trata de ter um profissional específico. É o caso, por exemplo, dos assistentes sociais que trabalham em penitenciária. Um dado ponto de vista sustenta que o treinando deve analisar o problema apresentado e prescrever uma solução, inserindo-o numa tipologia de casos já observados e para os quais já se elaborou um formulário tanto descritivo quanto prescritivo. Outra corrente, no entanto, julga mais importante para o treinando uma compreensão da maneira como agem as pessoas em geral e, em particular, o cliente dos sistemas de justiça criminal. Opinam, portanto, que o programa deve acentuar a orientação de indivíduos sob tensões emocionais, ajudando o técnico a elaborar atitudes e técnicas especiais voltadas para problemas específicos. Em suma, a tônica do programa neste caso recairia sobre uma conscientização do treinando a respeito de sua

(9) C. H. S. JAYEWARDENE — “The Integration of Theory and Practice in Training for Corrections” in *Proceedings of the Canadian Congress of Criminology and Corrections*, Regina, Saskatchewan, 1973, pp. 110 e segs.

dinâmica pessoal e das iniciações e estímulos que podem informar suas relações com a clientela prisional.

Muitas críticas endereçadas ao sistema repercutem necessariamente no treinamento, habitualmente qualificado de ineficiente, confuso ou destituído de humanidade. Alguns estudiosos chegaram a definir os cinco desafios enfrentados habitualmente pelos profissionais de um sistema de justiça criminal. O primeiro consistiria em reduzir a confusão reinante, elaborando um arcabouço teórico consistente. O segundo, consequência imediata do primeiro, levaria a classificar os indivíduos segundo a importância das finalidades especificadas. O terceiro consistiria em elaborar e verificar o funcionamento de programas de tratamento e controle efetivos já adotados. O quarto se voltaria para avaliar a forma como serviços atingem ou não seus objetivos. O quinto, finalmente, representaria elaborar e verificar garantias de transmissão e utilização dos resultados de todos esses esforços.

É óbvio que todos os técnicos e profissionais que participam do sistema devem encontrar no programa de treinamento oportunidades de se familiarizarem com a penitenciária; devem demonstrar capacidade em traduzir os dados da folha corrida do sentenciado em termos dos problemas sociais e pessoais que o levaram aos caminhos do crime; entender o processo de seleção social que a vida prisional acarreta; ter uma visão clara da identificação oficial e legal das experiências e tensões características desse processo, dos distúrbios de personalidade que aparecem na história do delinqüente e das subculturas características deste grupo.

É importante, ainda, sugerir a introdução de outro conjunto de técnicas, além das que se voltam para o diagnóstico: seriam aquelas capazes de dar aptidões ao treinando para que funcione como membro da equipe penitenciária, motivando o sentenciado evasivo ou resiliente, empregando autoridade para tomar decisões e para exercer, quando necessário, certo controle do comportamento do indivíduo. Não se deve esquecer, sobretudo no caso dos assistentes sociais, psicólogos, psiquiatras etc., que o indivíduo sentenciado é parte de uma constelação de pessoas — família, parentes, amigos, sócios etc. — e demais relacionamentos comunitários dos quais, ao ser recolhido à penitenciária, foi artificialmente amputado, mas para os quais seu comportamento continua polarizado.

Tudo isso cobre a área de um programa ideal de treinamento. Na prática, muitas vezes, o técnico, na penitenciária, se vê armado unicamente com a sua inventiva e a sua intuição. É, porém, no sentido de superar esse empirismo intuitivo que se elaboram programas como o das universidades canadenses que buscam, em suma, uma comunicação entre a ideologia e a terapia, entre a criminologia e o penitenciarismo. De qualquer forma, convém acentuar que recentes experiências estão indicando a inadequação, no setor penitenciário, de programas de treinamento concentrados unicamente — e poderíamos acrescentar pobremente — em técnicas operacionais. O funcionamento eficiente de um técnico ou profissional nesse sistema deve partir de uma familiaridade crítica com as teorias criminológicas correntes, ainda que proporcionada por um programa de treinamento intensivo a curto prazo.

O problema do tempo e dos custos é essencial. Por isso lança-se hoje mão de um modelo já usado na educação médica: o do interno que na experiência

hospitalar integra teoria e prática. As técnicas usadas serão as mesmas, desde o desempenho de papéis até o *video tape*. O importante é buscar no desenho do programa a aproximação confiante e aberta entre a técnica e a prática, acentuando a responsabilidade do encarregado do treinamento como conetivo entre ambos, que transforma em programa, currículo, exercício e experiência, as idéias teóricas dos cientistas, incorporando-as aos programas penitenciários.

3.2.7 — Sugestão de uma estratégia nacional de treinamento

Em tudo isso é importante o papel do Ministério da Justiça através do Conselho Nacional de Política Penitenciária e do Departamento Penitenciário. Ainda que remoto o objetivo, já por muitos delineado, de um instituto ou escola dotado de recursos humanos e financeiros que o tornem capaz de treinar funcionários em todos os níveis e cargos do sistema, alguma coisa poderia ser feita inicialmente, talvez em sentido mais modesto, reduzindo-o ao projeto de uma coordenação de recursos e convênios, a fim de incentivar os Estados mais dotados a reproduzirem dentro de suas condições e necessidades o modelo proposto.

Essa estratégia poderia prever o deslocamento de técnicos que assessorassem os Estados acordos na elaboração e execução dos seus programas de treinamento, usando tanto quanto possível recursos humanos locais, suplementados por especialistas cooptados nos grandes centros que desempenhariam o papel de consultores. Um programa nacional capaz de exprimir a diversidade de situações e recursos de cada unidade da Federação, e bem assim de respeitar as iniciativas estaduais, poderia revestir características de eficácia e flexibilidade. É de presumir que esses programas estaduais obedeceriam a diversos modelos e caberia ao órgão nacional deles participar na medida das necessidades de cada um. Teríamos, assim, a curto prazo, no País, vários núcleos regionais de formação de pessoal penitenciário cuja ação poderia multiplicar-se, expandindo-se nos Estados participantes.

Parece-nos que a atenuação do regime da penitenciária e sua progressiva extinção ou substituição por outras formas de cumprimento da pena deverão começar não pela construção de imponentes estruturas materiais, nem mesmo pelo desenho de complexas organizações burocráticas, mas pela formação de tipos de profissionais que deverão liderar a transição dos regimes fechados para os regimes abertos, desde a prisão albergue até o cumprimento integral da pena na comunidade e as transformações que acarreta.

Neste sentido, o Projeto de Lei nº 1.657, de 1983, representa considerável avanço, discriminando penas privativas de liberdade e penas restritivas de direitos, nestas capitulando a prestação de serviços à comunidade (arts. 148 e 149), a limitação de fim de semana (arts. 150 a 152) e a interdição temporária de direitos (arts. 153 e 154); conferindo ao juiz a possibilidade de aplicar a suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade (arts. 155 a 162) ou a multa (arts. 163 a 168). Tudo isso introduz elementos de atenuação da rigidez do nosso sistema penal.

Essas idéias pretendem apenas estimular a reflexão dos penitenciaristas — homens da teoria e até da utopia, e homens da prática terrena — para o objetivo urgente em nosso tempo inaugurado por BECCARIA, que é a imediata humanização da pena de privação da liberdade.

Normas gerais de regime penitenciário. Um anteprojeto, sua explicação e um comentário

A. B. COTRIM NETO
Professor Titular da UFRJ

I — UM COMENTÁRIO

- 1 — A primeira cidade foi fundada por um criminoso — segundo o Gênesis.
- 2 — A preocupação moderna com repressão da criminalidade e regime das prisões.
- 3 — Organiza-se um anteprojeto de Normas Gerais de Regime Penitenciário, para o Brasil.
- 4 — Oportunidade de divulgação desta obra.

II — EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DIRIGIDA AO MINISTRO DA JUSTIÇA

III — ANTEPROJETO DE LEI QUE "DEFINE E DISCIPLINA AS NORMAS GERAIS DE REGIME PENITENCIÁRIO"

I — UM COMENTÁRIO

1. Narra o Gênesis, em seu Capítulo 4º, que Adão conheceu a sua mulher Eva, a qual concebeu e pariu a Caim; depois teve a Abel, que mais tarde viria a ser morto por seu irmão, num momento de ira movida pela inveja. Em punição do crime cometido, o Senhor expulsou Caim de sua presença: andando este errante pela terra, conheceu a sua mulher, que lhe deu um filho, Henoque, cujo nome o pai também atribuiria à cidade que então fundou.

Nessas condições, a primeira cidade que o homem terá construído foi obra e refúgio do primeiro criminoso que a terra conheceu e a Justiça puniu.

2. Admita-se, ou não, a validade do registro do Velho Testamento — aqui defrontamos uma questão de fé —, é todavia inquestionável que os índices de criminalidade, nos tempos modernos, têm crescido em termos jamais antes conhecidos, numa coincidência inequívoca com as taxas igualmente sem precedentes de urbanização da vida social, da megalopolização das cidades.

Por isso, a preocupação com a repressão da criminalidade se encontra na ordem do dia de todos os Governos; mas, como qualquer medida repressiva impõe a segregação dos delinquentes, resulta disso outra preocupação, qual seja a do tratamento a deferir aos condenados a penas privativas da liberdade ou — em outros termos — o problema das prisões.

3. Não é esta a oportunidade de se rememorar as tentativas que entre nós têm-se feito para o aperfeiçoamento material e institucional dos presídios e penitenciárias, desde quando, em 1769, o Rei de Portugal dirigiu uma Carta Régia ao Vice-Rei do Brasil, ordenando que no Rio de Janeiro se construísse uma “casa de correção”, para recolher homens e mulheres de “vida licenciosa”, obra essa que, entretanto, somente depois da segunda metade do século seguinte se concretizaria.

No concernente aos estudos preparatórios de legislação orgânica visando a um tratamento penitenciário eficaz e humano, e em relação aos objetivos de execução penal, nós os tivemos vários, desde 1935, sem que, todavia, nenhum deles haja ultrapassado o estágio de meros projetos ou anteprojetos.

O último desses estudos foi aquele elaborado por comissão de juristas com experiência do assunto, que o Ministro da Justiça reuniu, ao editar a Portaria nº 344-B, de 5 de agosto de 1974. De acordo com esse ato, um “Grupo de Trabalho”, cuja presidência nos foi atribuída, deveria organizar um anteprojeto de “normas gerais de regime penitenciário”, a fim de habilitar a União a expedir o diploma complementar previsto no art. 8º — XVII, letra c, da Constituição federal.

Promovendo reuniões com técnicos da matéria, solicitando contribuições das universidades e dos juizes, como dos membros do Ministério Público de todo o País, o Grupo de Trabalho elaborou o estudo encomendado, o qual foi entregue ao Ministro Armando Falcão, juntamente com a Exposição de Motivos que nós redigimos, na condição de Presidente, aos 8 de outubro de 1975.

Mas não se limitou a isso o resultado do funcionamento do Grupo que se tornaria conhecido como de estudo da reforma penitenciária. Mercê de suas proposições, foram criados, na estrutura básica do Ministério da Justiça, o Departamento Penitenciário Federal, bem como o Conselho Nacional de Política Penitenciária, este com função particular de formulação doutrinária dos princípios e de projetos que o Governo haja de adotar ou impor no campo da execução penal.

Por demais, o Grupo em referência foi solicitado pelo Ministro da Justiça para realizar estudos sobre a imediata construção de novas penitenciárias em Estados que haviam solicitado a colaboração do Governo federal

para tanto, tarefa de que seus membros se desincumbiram, do mesmo modo que elaboraram a minuta das Normas Técnicas adotadas pelo Ministério, não somente para a organização administrativa dos serviços penitenciários estaduais, como para a organização de projetos de estabelecimentos prisionais. Até a reativação do projeto da Penitenciária de Brasília, com profunda modificação no estilo do projeto contemporâneo da construção da Capital, até isso foi estudo de que se ocupou nosso Grupo de Trabalho.

4. Ocorreu, porém, que se exauriria o mandato do Governo Geisel sem que houvesse sido possível a aprovação — pelo Presidente da República — do Anteprojeto de Normas Gerais de Regime Penitenciário que a Comissão instituída pela Portaria nº 344-B/74 elaborou, por encargo do Ministro da Justiça, e a este entregou, com a Exposição de Motivos por nós pessoalmente elaborada. Em virtude disso, ficaria sem divulgação o referido Anteprojeto de Normas Gerais, do mesmo modo que a exposição do presidente do Grupo de Trabalho sobre a filosofia norteadora de sua elaboração.

No momento em que o Governo do Presidente Figueiredo, pela lúcida iniciativa de seu Ministro da Justiça, envia ao Congresso Nacional o Projeto de Lei de Execução Penal (nº 1.657/83) é oportuna a publicação do Anteprojeto a que vimos fazendo referência, com a Exposição de Motivos que o acompanhou. E isso, sobretudo, porque os Senhores Parlamentares, no estudo da matéria, desejarão recorrer aos inumeráveis projetos e anteprojetos de códigos ou de normas de regime penitenciário, encomendados aos técnicos, através dos tempos, e jamais submetidos ao crivo final do Poder Congressional.

II — EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DIRIGIDA AO MINISTRO DA JUSTIÇA

Em nosso País, e desde que o Professor ROBERTO LYRA entregou ao Governo federal, em 1963, Anteprojeto de sua lavra para a edição de um “Código das Execuções Penais”, logo seguido, em 1970, de outro Anteprojeto com idênticos nome e finalidade, da autoria do Professor BENJAMIN MORAES FILHO, tem-se avolumado a corrente dos que entendem dever-se legislar em normas especiais para a execução penal, como um todo.

Não obstante, e desde a Constituição de 1946, o que efetivamente as letras das Cartas federais têm recomendado é que a União legisle sobre “normas gerais de regime penitenciário”: e isto torna imperioso que, de fato, o Governo central se ocupe da matéria, principalmente quando diploma anterior e da mesma natureza — a Lei nº 3.274, de 2 de outubro de 1957 — mostrou suas insuficiências e desencadeou meditações sobre novos caminhos a serem trilhados, em legislação ferente.

Para o estudo de um anteprojeto dessas “normas gerais” — que, agora, são objeto do art. 8º, XVII, alínea c, da Emenda Constitucional nº 1 — e de outras medidas que instrumentem sua execução, tornando-a eficaz para o aperfeiçoamento das instituições prisionais do Brasil, Vossa Excelência criou um Grupo de Trabalho com cuja presidência nos honrou. Do que se produziu nesse Grupo, integrado por eminentes homens públicos, juristas e penitenciaristas, como o Desembargador JOSÉ DANTON DE OLI-

VEIRA, os Professores ARMIDA BERGAMINI MIOTTO, JOSÉ ARTHUR RIOS, FRANCISCO EVANDRO DE PAIVA ONOFRE, RUY REBELLO PINHO e o Dr. HÉLIO FONSECA, já tivemos ensejo de dar contas a Vossa Excelência, em nosso relatório de 24 de julho anterior.

Agora, cumpre-nos apresentar um resumo objetivo das motivações doutrinárias de quanto foi posto em feição normativa no Anteprojeto de Lei que “define e disciplina as normas gerais de regime penitenciário”, elaborado pelo Grupo de Trabalho referido e igualmente já entregue a Vossa Excelência.

A EXECUÇÃO PENAL DO PASSADO

1. MICHEL FOUCAULT, escritor francês contemporâneo, tem adquirido notoriedade excepcional por se haver dedicado a explorar os inquietantes lugares de permanência, que balizam nossa sociedade — o asilo, a clínica, a prisão... — e que tornam os corpos dóceis e domados.

Para o eminente professor de filosofia do Colégio de França — que FOUCAULT o é —, o último de seus estudos (*Surveiller et Punir — Naissance de la Prison* — ed. Gallimard, Paris) foi posto entre os séculos XVIII, XIX e XX, tendo por palco uma paisagem de suplícios, que já chegou a ser denominada como a apoteose final da grande festa punitiva. A cena está semeada de patíbulos, de cadafalsos, de fogueiras, de vítimas despedaçadas, enforcadas, rompidas em vida ou agonizantes nas rodas, que encham o ar dos gemidos de suas agonias; e, ao redor, o povo, que segue, com manifestações de espanto e de gozo, a liturgia infernal onde pleonasticamente abundam o sangue, a dor e o poder mefistofélico que dirige os papéis.

Tal espetáculo pode ser imaginado, em não importa qual país da Europa, no século XVIII. Entretanto, FOUCAULT abre seu livro com a cena do suplício do fanático Robert-François Damiens, que em 5 de janeiro de 1757 ferira ligeiramente Luiz XV, de França, a canivete, na execução de um plano que imaginava ter-lhe sido imposto por missão, para advertência do rei.

Num dia de março, ainda de 1757, tiraram Damiens da cela da Concièrgerie, onde cento e cinquenta anos antes também estivera Ravailiac — o assassino de Henrique IV: ele vinha irreconhecível, após dois meses de atrozes suplícios. Conduziram o apenas quase regicida para a praça da Grève, onde lhe atenazaram as mamilas, os braços, as coxas, as barrigas das pernas; queimaram-lhe a mão que cometera o delito, e nas chagas abertas vazaram-lhe chumbo derretido, azeite fervente, cera e resina. Em seguida, seu corpo foi esquartejado por quatro cavalos.

Isto era o que se poderia classificar de o mais apurado estilo de execução penal do tempo.

Contudo — e FOUCAULT prossegue no seu estudo —, em menos de um século essa paisagem se transforma.

BECCARIA E A REVOLTA CONTRA AS PENAS DE DESTRUIÇÃO

2. Parece que a humanidade se cansou dos espetáculos de destruição dos semelhantes, um dia introduzidos em Roma para edificar os cultores do paganismo com o castigo dos cristãos.

Como substitutivo das penas que, em última circunstância, acarretavam a destruição física do sujeito passivo da sanção, engendrou-se a prisão, que começara a ser introduzida por volta do século XV, na Europa, para adquirir maior significação pelos meados do século XVIII.

Mas a penalização nas prisões daquele tempo não tinha outra finalidade que a retribuição do crime pelo castigo, na consagração do binômio que serviria de tema a um dos livros mais contundentes já produzidos contra instituições penais, famoso produto do engenho de DOSTOIEWSKI.

Entretanto, em 1764, um jovem que bem distante ainda estava dos trinta anos, numa obra editada clandestinamente, iria traduzir com a maior eloquência a revolta dos espíritos generosos contra as penas infamantes, as torturas, a destruição física, a vingança social, e iria contribuir do modo mais eficiente para a proporcionalização das penas aos delitos e a definitiva secularização dos conceitos de ilícito e da organização da justiça. Com BECCARIA, este o jovem, se iniciava, ainda, o processo de aperfeiçoamento do instituto da prisão penal e a preocupação com a finalidade da prisão e o tratamento a deferir ao condenado.

Mas, na origem de todos esses interesses e das preocupações especulativas que mercê deles se desencadearia, repristinar-se-ia a anciã perquirição do bem e do mal, e dos veículos com os quais se poderá salvar o homem ou recuperar o que tenha incidido no erro.

NENHUM HOMEM É VOLUNTARIAMENTE MAU

3. Com efeito: o que é o **bem**? O que é o **mal**? — este tema que há sido o mais persistente dos que os filósofos e os moralistas têm perseguido através de todas as eras.

Todavia, como quer que a esta indagação os pensadores tenham respondido, existe um sistema de princípios éticos a que se haja de corresponder, em cada tempo histórico, em cada cultura ou civilização; mais exatamente, existe em cada época um padrão de valores que é elemento de equilíbrio da vida social, uma atitude que associa a razão, a reflexão e o sentimento de felicidade. Talvez seja esta a craveira de aferição da bondade ou da maldade dos homens, que o anseio de segurança social faz exaltar ou reprimir e que, embora cambiante na história, tem sempre um valor heurístico, para a formulação do conceito de crime.

Nessas condições, quando DEMÓCRITO proclamava não ser bom o homem que simplesmente pratica o bem, mas aquele que sempre deseja praticá-lo, de certo modo antecipava o pensamento socrático-platônico, que apresentaria a moral como a doutrina dos princípios práticos e a tradução, no real, da dialética das idéias: se o indivíduo tem compreensão do bem,

ele se esforçará por agir de acordo com o mesmo, pois nenhum homem é voluntariamente mau, enunciava SÓCRATES.

É mister que admitamos a boa razão desses pensamentos porque, só assim, estaremos em condições de admitir validade nos esforços em que devemos nos empenhar, para o aperfeiçoamento do regime penitenciário, com vistas a torná-lo capaz de possibilitar a ressocialização do homem delinqüente.

AS CRÍTICAS À PENA PRIVATIVA DA LIBERDADE

4. No entanto, quando se cuida de "regime penitenciário" só se pode ter em conta a **prisão**, isto é, qualquer expediente que implique na restrição da possibilidade de o indivíduo locomover-se. E ocorre, que, nos dias fluentes, a prisão e o instituto que lhe justifica a existência — a **pena privativa da liberdade** — estão sendo objeto de impugnações e de críticas. Ainda bem recentemente, nas Resoluções do XI Congresso Internacional de Direito Penal, que se reuniu em Budapeste, no mês de setembro de 1974, foi posta a questão nestes termos (Seção I, n.ºs 3 e 4):

"O primeiro problema a considerar é o da pena privativa da liberdade quase unanimemente criticada. Propõe-se reduzir consideravelmente sua esfera de ação. Sem dúvida, ela continua hoje sendo necessária, pelo menos inevitável, quando mais não seja com relação a certos delinqüentes, enquanto não tiver sido elaborado um sistema penal coerente, para substituí-la (...).

O principal esforço deve ser, pois, o da busca de substitutos para a pena privativa de liberdade, que podem ser encontrados:

- mediante utilização de certas sanções diferentes, como as privativas ou restritivas de direitos, pecuniários, paradisciplinares etc.;
- instituindo-se novas formas de reação anticriminal, principalmente para certos delitos menores ou para certas categorias de delinqüentes;
- recorrendo-se largamente a medidas de vigilância ou assistência — assim **individuais** (como a suspensão condicional da sentença) e igualmente as de **caráter coletivo ou social** (pela intervenção de certos organismos de proteção) (...)."

"A renovação da política criminal, como reação anticriminal organizada, requer exame rigoroso: a) dos casos em que convém prever a aplicação de pena — problema da **criminalização**; b) dos casos em que, ao invés, convém — seja excluir, em princípio, a sanção penal, suprimindo a infração como tal (problema da **descriminalização**), seja modificar ou atenuar a sanção existente (problema da **despenalização**)."

E em dias ainda mais próximos, em agosto deste ano, durante o Encontro Internacional de Criminólogos que o Instituto Oscar Freire e o Centro

Internacional de Criminologia Biológica e Médico Legal promoveram em São Paulo, partindo do estudo da fixação de um modelo unificado de interpretação do comportamento anti-social, nos países desenvolvidos e nos países em desenvolvimento, encerraram-se os debates pelas considerações que assim podem ser resumidas:

1º) admite-se hoje uma **tendência para despenalizar certos tipos de práticas ou cometimentos**, tornando-se dia a dia mais freqüentes as manifestações nesse sentido, desde a indicação da Associação Internacional de Direito Penal, da Fundação Internacional Penal e Penitenciária, da Sociedade Internacional de Defesa Social, e da Sociedade Internacional de Criminologia, para que o tema fosse inserido no programa de estudos do Colóquio de Bellagio, em maio de 1973;

2º) também se reconhece que o rol das infrações não há de ser imutável, pois são muitos os casos que deixam de ser puníveis, enquanto outros comportamentos passam a ser considerados anti-sociais, e provocam a criação de novos dispositivos penais. No que concerne aos casos da primeira referência, deve-se reconhecer que, no decurso das constantes mutações sociais, muitos tipos de comportamento deixam de ser considerados ilícitos penais, para passarem a ser vistos como simples desvios de conduta;

3º) em nossos dias, está ocorrendo nos países economicamente desenvolvidos uma proliferação de disposições penais e regulamentares, suscitando o que já foi chamado de autêntica **inflação penal** (exemplos: leis do trânsito, novas formas de repressão da delinquência organizada);

4º) menos visível, todavia, paralelo a esse processo de **criminalização maciça**, é o movimento contrário da descriminalização de certos atos considerados como infração penal, tais como o aborto e certos usos de drogas.

Esses fatos da **descriminalização** e da **despenalização**, entretanto, do mesmo modo que a apregoada **crise das prisões**, não significarão que se deva amesquinhar a preocupação com o aperfeiçoamento das instituições penitenciárias. Ao contrário, toda a ênfase tem de ser posta, e tem sido posta, pelos organismos internacionais mais idôneos — a começar pela própria Organização das Nações Unidas — na elaboração de recomendações e nos estímulos visando ao aperfeiçoamento material dos estabelecimentos e à sublimação dos regimes prisionais. E isto advém, simplesmente, do reconhecimento de que, enquanto substitutivos não sejam encontrados para a pena privativa da liberdade, como para a própria prisão — se é que algum dia virão a sê-lo —, não pode ser organizada a defesa social com dispensa dos elementos penitenciários.

Pouco importa o registro pessimista que se vem fazendo, em detrimento dessas instituições, e a alegação, segundo a qual, apesar dos cárceres e das penas de privação, ou simplesmente, de restrição da liberdade, verifica-se um sistemático aumento dos índices de criminalidade... Não obstante, redargüiria MANOEL LOPES REY, insigne professor de Cambridge, e autor de notável estudo (**Crime — An Analytical Appraisal**, 1970) sobre a criminalidade moderna: malgrado os aperfeiçoamentos que a ciência médica tem introduzido no tratamento das enfermidades, estas continuam a grassar.

sem que ninguém se aventure a proclamar o fracasso dos hospitais, ou preconize a sua supressão.

A CRISE DO DIREITO PENAL

5. Diante dos termos com que são apresentadas todas essas dúvidas sobre a eficácia das prisões, para o desempenho de um papel relevante na política de repressão ou de prevenção da criminalidade, não admira que também se oponha ceticismo à estimação da eficácia dos sistemas de pena agasalhados nos códigos penais de feição clássica. E, nessas condições, é o próprio Direito Penal que se acha em crise, porquanto — como complexo de preceitos jurídicos que enunciam o elenco dos fatos delituosos a reprimir e, concomitantemente, disciplinam a aplicação das sanções criminais — tem ele de se ajustar às tendências culturais e às necessidades da civilização, em cada momento histórico.

Com efeito, o que cabe ao Direito Penal é tipificar criminalmente, e penalizar, determinadas práticas que antes já terão sido reprovadas ética e socialmente pela comunidade. Só assim poderá este ramo do Direito refletir com justeza a fiel imagem dos valores básicos da cultura, em função de uma "Weltanschauung", de uma precisa concepção do mundo e dos elementos axiológicos que o grupo social preza, nos planos sociais e morais: foi a observação desses fatos que levou MAURACH ao proclama de que este mesmo Direito Penal continuamente sofre a infiltração abstrata da convicção cultural, na oportunidade em que a norma jurídico-penal é elaborada, como naquela em que vige.

Porque destarte, universal e contemporaneamente, vem sendo encarado o fenômeno cultural da criminalização é que se chegou à conclusão de que a figura do crime não há de ser objeto de uma construção dogmática abstrata; ela tem de ser, sobretudo, o resultado de uma investigação científica do catálogo dos valores jurídicos precedentes e persistentes, a serem preservados nos termos que a norma simplesmente colocará em positividade jurídica. E tal catalogação é que, como vimos precedentemente, vem sendo controvertida, nos debates sobre a descriminalização, despenalização, e a classificação de novos tipos de ilícitos a reprimir.

AUTONOMIA CIENTÍFICA DA EXECUÇÃO PENAL E DO PENITENCIARISMO

6. Enquanto que a perplexidade reina sobre a própria estrutura substantiva da ciência penal, é quando se convencionou atribuir foros de disciplina taxonomicamente autônoma à execução penal.

É certo, porém, que ainda não está assentado um entendimento pacífico sobre o exato conteúdo da novel disciplina, e se controverte, mesmo, sobre se não será conveniente, também, atribuir-se autonomia científica ao penitenciariismo, isto é, a quanto seja concernente à execução da pena de prisão e ao tratamento do preso.

Se os juristas da especulação científica ainda não foram capazes de estabelecer critério aceito pela generalidade, com relação ao conteúdo obje-

tivo de um ramo da Ciência Penal, que se haveria de chamar por Direito Penal Executivo ou por Direito Penitenciário, não serão os elaboradores de normas de direito legislado que mergulharão no bátrato das controvérsias desencadeadas.

POSIÇÃO DO GRUPO DE TRABALHO SOBRE A ESPÉCIE DE NORMA A EDITAR, SEU CONTEÚDO E **NOMEN** A LHE ATRIBUIR

7. A experiência frustrada dos Anteprojetos de Código de Execução Penal precedentemente organizados — e aos quais inicialmente já referimos — convenceu o Grupo de Trabalho instituído por Vossa Excelência para os estudos da Reforma Penitenciária de que não se deveria persistir na tentativa de anteprojeto onde se contivesse toda a execução penal: a idéia, conquanto válida, a nosso ver, ainda não está madura para o acolhimento pela opinião jurídica majoritária. E esta foi a razão principal por que se preferiu, no mesmo Grupo de Trabalho, elaborar uma obra mais restrita que se ocupasse, apenas, de matéria penitenciária. Mas, então, outra dúvida nos assaltou: qual o **nomen** a aplicar no diploma que se viesse a propor, no anteprojeto que nos cumpriria redigir?

Efetivamente o Grupo de Trabalho ficou hesitante, entre os nomes “código” e “normas gerais”, a colocar na ementa desse anteprojeto. Contudo, esta ainda não seria a única fonte de nossas dificuldades, porquanto também nos assaltou a dúvida sobre a espécie de lei recomendável para colocação dos preceitos que organizaríamos.

Embora ninguém, antes de nós, houvesse trazido à baila esta questão, poder-se-ia sustentar que a **lei complementar** seria o veículo idôneo para a edição da norma federal básica — a lei-quadro, a “Rahmengesetz”, da pertinente nomenclatura alemã — de organização dos sistemas penitenciários do País. Aplicando-se, aqui, os ensinamentos expendidos por AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO em apreciada tese de concurso, de 1948, sobre **As Leis Complementares da Constituição** (quando a Constituição determina uma norma jurídica, e recomenda a feitura de uma lei que a realizará, é à **lei complementar** que caberá dar eficácia ao preceito fundamental — obra citada, pág. 8), talvez fosse lícito recomendar-se, no caso, a edição de lei complementar, a qual, embora — consoante, ainda, ARINOS — sendo da hierarquia das leis ordinárias, exige **quorum** qualificado, para sua aprovação (Constituição federal, art. 50); mas, se nem o processo de legiferação de códigos se acha adstrito, pela Constituição, a votações qualificadas, salta à evidência o injustificável de se pretender o instrumento da lei complementar (de classificação teórica tão questionada, como observou o Professor MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, em sua tese **Do Processo Legislativo**, ed. Saraiva, 1968, pág. 208) para veicular as normas federais e gerais de regime penitenciário.

Por outro lado, há quem sustente a conveniência de se enquadrar a matéria num diploma a chamar-se de “código”. Há mais de quarenta anos, vários anteprojetos sobre o tema de que nos ocupamos têm sido feitos sob o título e a forma de códigos: isso ocorreu com o trabalho coletivo de CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, JOSÉ GABRIEL DE LEMOS BRITO e

HEITOR PEREIRA CARRILHO, elaborado em 1933, e que em 1935 chegou a transitar na Câmara dos Deputados como Projeto de Lei nº 1 (Código Penitenciário da República); com a obra que OSCAR STEVENSON apresentou ao Ministro da Justiça, em 1957 (Código Penitenciário). E não falamos, também, por havê-lo feito logo ao início desta Exposição, nos Anteprojetos de ROBERTO LYRA e BENJAMIN MORAES FILHO.

Noutras oportunidades houve quem pretendesse impugnar a edição de “normas gerais” em forma de “código”, com argumentos especiosos — a nosso ver, malgrado o respeito merecido pelos proponentes da tese adversa, com argumentos desvaliosos —, aos quais magnificamente respondeu, na Exposição de Motivos que precedeu a seu Anteprojeto, o Professor BENJAMIN MORAES (v. no *Diário Oficial da União*, de 9 de novembro de 1970). Desde que entendemos ser suficiente, para redargüir aos críticos dessa colocação das “normas gerais” de regime penitenciário em “código”, quanto se contém na Exposição da lavra do eminente autor do Anteprojeto do Código das Execuções Penais de 1970, eximimo-nos de outras considerações que, assim, seriam ociosas e pleonásticas; entretanto, é pertinente reclamar atenção para o fato de o Governo federal ter editado um “código” (precisamente o Código Tributário Nacional), para agasalhar “normas gerais” de matéria financeira, objeto da mesma alínea c do art. 8º — XVII, da Constituição federal, onde o Diploma Fundamental também referiu as “normas gerais de regime penitenciário”, como, outro tanto e sobretudo, “normas gerais de direito tributário”, que foram recomendadas pelo art. 19, § 1º, da Constituição de 1967, e pelo art. 18, § 1º, da Emenda Constitucional nº 1/69.

Dir-se-á porventura que, nos encerrros da palavra “código”, estará presuposta uma manifestação de potestade mais alta, que não admite complementação ou supletividade, da parte das Legislaturas dos Estados-Membros? É patente a impropriedade do argumento, quando, em complemento ao Código Tributário Nacional, existem inumeráveis códigos tributários estaduais.

O que efetivamente temos por inequívoco é inexistir uma categoria de ato normativo a que se deva chamar de “código”, tanto mais quanto dela nem cogita o art. 46 do Diploma Constitucional vigente. Tomando-se, outra vez, o magistério de GONÇALVES FERREIRA FILHO (obra citada, págs. 167/169), haver-se-á de concluir que — embora se possa distinguir entre “normas gerais” e “normas individuais” — a “expressão ato normativo (...) tanto abrange a produção de normas gerais como de individuais”. E ato normativo da mesma hierarquia tanto o é um código como uma lei de normas gerais (esta última, aliás, uma expressão pleonástica, pois não se compreenderá lei que não encerre normas gerais, ainda que para assegurar direitos ou determinar a conduta de indivíduos, em relação à generalidade).

A palavra “código” — que está longe de ter, hoje, aquele sentido que gerou a histórica polêmica entre THIBAUT e SAVIGNY — nada mais exprime que a elaboração de normas sistemáticas ou sistematizadas, sem propósito de estratificação do direito. Em outros termos, o código é um

ato legislativo que reúne as normas aplicáveis a um conjunto de relações jurídicas afins, colocadas segundo certos princípios e uma técnica uniforme; ou, como se diz em alemão, o código é uma compilação de preceitos normativos objetivamente coerentes, é um "livro de leis" (Gesetzbuch).

Diante dessas considerações, é evidente que poderíamos ter adotado para nosso anteprojeto a denominação de "código", de "Código de Regime Penitenciário" ou, simplesmente, de "Código Penitenciário", como outros o fizeram anteriormente.

Não obstante, por simples medida cautelar, visando a evitar discussões bisantinas sobre epígrafe, quando o próprio anteprojeto já encerra temas ensejadores de naturais controvérsias, ativemo-nos à nomenclatura constitucional, pura e simplesmente: "Normas Gerais"...

CONTEÚDO DO ANTEPROJETO

8. Na conformidade do que deduz-se das disposições constitucionais federais, a União tem genuína competência para instituir uma política penitenciária no País, no quadro da qual devem ser postas as normas gerais de regime penitenciário. Por isso, deliberou-se não restringir o anteprojeto em tela à mera enunciação de normas fundamentais, mas se elaborou como um elenco de normas, regras ou princípios encerrados no plano elevado de uma política penitenciária nacional, uniforme e realista.

Dentre os princípios enunciados, deve destacar-se o que estabelece ser privativo de entidades estatais o exercício de atividades relacionadas com a execução penal; apenas excepcionalmente pode ser deferido a entidades privadas, leigas ou religiosas, o desempenho dessas atividades, desde que elas fiquem juridicamente subordinadas à Administração Penitenciária. Resulta este enunciado da experiência observada nalgumas Unidades federativas, onde a direção de certos estabelecimentos prisionais é entregue a congregações religiosas, as quais, por vezes, impõem determinados critérios éticos ou confessionais conflitantes com a técnica e os objetivos de uma execução penal cientificamente orientada.

O anteprojeto também determina os objetivos e classifica e define as espécies de **regime penitenciário**. Na classificação foi incluído o regime presidiário, destinado a assegurar a custódia e o tratamento dos presos provisórios. Esta inclusão, além de aconselhada pela melhor doutrina, decorre do propósito de impedir que subsistam ou proliferem os depósitos humanos, restritos à finalidade de segregar, e desatados de qualquer ordenamento legal. As definições, pioneiras e inovadoras, incluem no conceito de **regime** o tipo de estabelecimento onde será cumprida a pena de prisão, define a natureza do tratamento a ser aplicado e o objetivo a ser perseguido. Supre-se, assim, nesta obra, um vazio doutrinário e legal, precisando-se a aceção de regime e estipulando-se a forma da sua execução.

Noutro tópico do anteprojeto foi disciplinado o tratamento penitenciário, o qual terá por finalidade incutir no preso um sentimento ético, inspirador de conduta futura compatível com os padrões de licitude e as exigências morais da sociedade. Os meios de tratamento para o alcance de

tal objetivo serão a **assistência**, a **educação**, o **trabalho**, a **disciplina**. O tratamento será aplicado, também, aos presos provisórios, tendo sido estipuladas como indispensáveis, nos estabelecimentos presidiários, a assistência e a disciplina, enquanto o trabalho e a educação dependerão das disponibilidades do estabelecimento.

No trabalho que o Grupo elaborou, foi enfatizada a necessidade de prévia classificação do sentenciado, com vistas ao estudo de sua personalidade, para a individualização do tratamento penitenciário a aplicar. Dispôs-se sobre a **assistência** — com o especial cuidado de se evitar um paternalismo nocivo — estabelecendo-se a sua classificação em **social**, **jurídica**, **médica**, **material** e **pós-penitenciária**.

Também houve atenção particular para os problemas da educação, que se entendeu dever ser cuidada com objetivos de formação ou aperfeiçoamento cívico-moral do sentenciado, bem como de seu preparo intelectual, cultural e profissional. Por isso, determinou-se a adoção do ensino escolar, extra-escolar, musical, artístico e profissional, e a promoção de iniciativas culturais. Foi previsto que o ensino de primeiro grau, compreendendo a alfabetização funcional e a educação permanente, será obrigatório, e deverá ser organizado em consonância com a legislação do ensino e as normas do Conselho Federal de Educação, integrando-se no sistema de ensino da Unidade federativa. O ensino profissional, visando primordialmente a habilitar o sentenciado para o exercício futuro de atividade remunerada compatível com as suas necessidades, deverá ser precedido de orientação vocacional. De modo terminante foi estabelecida proibição de subordinar-se o ensino profissional à conveniência ou interesse do estabelecimento prisional, e se recomendou fossem elaborados convênios com entidades públicas ou particulares, para a instalação de escolas ou a implantação de cursos especializados.

No anteprojeto foi expressado que **o trabalho deve ser concebido como dever social e condição de dignidade humana**, pelo que ele se imporá obrigatoriamente, sem que tanto implique, todavia, na sua aplicação em termos de atividade expiatória. A fixação da organização do trabalho e dos seus métodos inspirou-se no aconselhamento da ONU, que, nas Regras Mínimas editadas em 1955, ao ensejo do Congresso de Genebra, recomenda o estabelecimento da maior semelhança possível entre o trabalho penitenciário e o trabalho livre. São, por isso, determinadas condições de segurança e higiene, horário normal de oito horas diárias, e um salário adequado ao trabalho prestado. É disciplinado o desempenho de trabalho fora da prisão em regime semi-aberto ou aberto, admitindo-se, também, sua prestação em obras ou serviços de entidades privadas; esta disciplina do trabalho externo teve o objetivo de coibir os abusos, tanto que ele dependerá de autorização precedida de parecer do Conselho de Classificação e Tratamento, e que não será concedida a sentenciado cuja situação estiver pendente de recurso, inquérito ou processo por outra infração penal. Desta forma, o trabalho não se amesquinhará como uma atividade expiatória ou uma concessão privilegiada.

No que concerne à **disciplina** e às **sanções** disciplinares, elas serão regidas pelo **princípio da legalidade**. Também sob esta égide foi posto o capítulo

referente à disciplina penitenciária do magnífico Projeto de Código Penitenciário elaborado pelo eminente OSCAR STEVENSON, que, na sua Exposição de Motivos, assim justificava:

“O projeto, na importante matéria da disciplina, apresenta inovações que não se deparam nos sistemas positivos dos vários países. Assim, não deixa ao arbítrio dos regimentos ou decretos regulamentares a definição das infrações de disciplina, com a medida correspondente. Inculpe nesse terreno o princípio de legalidade, postando em perspicuo plano jurídico o direito penitenciário.”

São ainda inscritas, como determinações preliminares, no tópico pertinente à disciplina: a proibição de sanções que ponham em risco a saúde do preso ou ofendam a sua dignidade; o isolamento do preso fora das horas de repouso noturno; e a aplicação de sanção disciplinar em caso de dúvida ou suspeita. Também está determinado que o preso — quando de seu ingresso no estabelecimento prisional — será cientificado das normas disciplinares ali vigentes, como o será das modificações posteriores, o que se impõe, em face da adoção do princípio da legalidade. São conceituadas as **infrações disciplinares**, admitindo-se, entretanto, enumeração casuística, para o atendimento das peculiaridades regionais; mas esse desdobramento será possível apenas mediante legislação estadual supletiva. Evita-se, com este ordenamento, a criação descomedida, ou arbitrária, de infrações disciplinares. A estipulação das sanções disciplinares, e a forma de sua aplicação, estruturam o capítulo referente à disciplina, de modo a instrumentar a Administração para exercê-la, sem constrições ou sujeições que aviltam, antes de disciplinar.

Matéria que no anteprojeto recebeu particular e cuidadosa explicitação foi a pertinente aos **direitos e deveres do preso**. Muito se tem dito, na doutrina, sobre o **status** do homem preso; nas legislações, porém, **inexistem** dispositivos que especifiquem quais serão os direitos fundamentais, quantos os direitos específicos e que deveres devem ser impostos ao condenado à prisão. Neste estudo do Grupo se fez o enunciado de cada um deles, com o objetivo pedagógico de se preparar o homem preso para que, no seu retorno ao convívio social, saiba exercitar pacificamente os seus direitos e *cumprir ordeiramente os seus deveres sociais*.

Na obra em apresentação teve-se o cuidado de fazer **classificação dos estabelecimentos prisionais por categorias e divisão por tipos**. Foi estabelecida a destinação de cada um, bem como o regime a ser aplicado. Incluiu-se nesta catalogação o estabelecimento penitenciário aberto, o estabelecimento hospitalar para toxicômanos e o estabelecimento prisional para jovens adultos. Ficou definido considerar-se estabelecimento prisional todo aquele onde se acham recolhidas pessoas, em virtude de prisão provisória ou definitiva, bem como por força de medida de segurança detentiva. A fixação deste conceito impede a estratificação de mal, assás difundido entre nós, qual seja a conversão de xadrezes policiais em locais de recolhimento prolongado e até de cumprimento de penas privativas da liberdade.

No anteprojeto foram dispostos preceitos que ordenam a **estrutura e a organização da Administração Penitenciária**, em atendimento e consonância com o encerrado no Código de Processo Penal, ora em tramitação no Congresso. Nessa estrutura administrativa foram inseridos o Sistema Penitenciário e o Conselho Penitenciário, compreendendo aquele o órgão central do Sistema, os estabelecimentos prisionais, as comissões de classificação e tratamento e os conselhos de classificação e tratamento. Foram igualmente definidas as finalidades e as competências de cada órgão, com a idéia de implantar-se um ordenamento administrativo harmônico e homogêneo, capaz de bem desenvolver a política penitenciária fixada nas Normas, e fiscalizadas — em sua execução — por órgãos a instituir-se no Ministério da Justiça.

Destaca-se, igualmente, no trabalho que elaborou o Grupo, a relevância com que se tratou do **servidor penitenciário**. No mesmo se pretende que este servidor seja selecionado, de modo a que, além de sua aptidão profissional, se verifique sua qualificação pessoal, tendo-se em vista que de sua integridade, humanidade e devoção funcional específica depende a boa aplicação do regime penitenciário. Recomenda-se que a Administração deverá despertar e manter no espírito do servidor penitenciário a consciência de que sua função constitui relevante serviço social, e de que este deverá ser desempenhado de modo exemplar, capaz de inspirar respeito e de exercer influência benéfica no espírito do preso. Para que tais requisitos programáticos se realizem, determina-se a organização de quadro específico de servidores penitenciários, estruturado em carreiras e cargos, além de adequadamente preparados por meio de cursos e estágios. Decorrem os princípios aqui fixados não só dos aconselhamentos doutrinários mas, sobretudo, da realidade constatada, que evidencia a importância basilar dessa atividade funcional. É indispensável superar-se o vício de que ao guarda penitenciário devem ser cometidas todas as funções penitenciárias; deve-se compreender, não obstante, que — por mais capaz que ele seja — jamais terá aptidões tantas que o credenciem às múltiplas e importantes atribuições exigidas pela comunidade penitenciária. É indispensável, portanto, a criação de cargos que possibilitem o bom desempenho das outras funções pertinentes ao tratamento penitenciário, e de que se encarreguem especialistas.

Finalmente, e nas Disposições Gerais e Transitórias do anteprojeto, foram estabelecidos os limites a que devem obedecer as legislações estaduais supletivas. Assim, deixou-se preceituado que esta legislação não poderá, em nenhuma hipótese, instituir normas aditivas, restritivas ou modificativas das Normas Gerais, principalmente quanto às espécies de regime penitenciário, aos meios de tratamento, aos direitos e deveres do preso, às categorias e tipos de estabelecimentos e à Administração Penitenciária. Visou-se, destarte, a dar perfeito cumprimento às disposições constitucionais, e, outro tanto, a impedir que as Normas Gerais de origem federal venham a ser convertidas em dispositivos anódinos, como aconteceu com as Normas Gerais editadas através da Lei nº 3.274, de 1957, das quais se chegou mesmo a proclamar que, na prática, apenas ensejaram uma sistemática negação dos seus preceitos.

ASPECTOS MAIS SALIENTES DO ANTEPROJETO

9. Entretanto, além dos tópicos que antes realçamos, na obra organizada pelo Grupo de Trabalho da Reforma Penitenciária, outros merecem particular destaque por suas excepcionais características. Assim, cabe uma apreciação à parte sobre:

1º) a disciplinação das atividades relacionadas com o trabalho dos presos, encarado nos seus enfoques terapêutico e educacional, e a inclusão obrigatória dos condenados a penas privativas da liberdade na previdência social e no regime de seguro contra acidentes do trabalho;

2º) ainda no pertinente à regulamentação do trabalho, estatuiu-se a possibilidade da preservação de relação de emprego constituída anteriormente à condenação;

3º) a complementação legal do instituto do “incidente de excesso de execução” — criado pelo Anteprojeto de Código de Processo Penal, em tramitação no Legislativo federal — de modo a prevenir conflitos de atribuições entre autoridades penitenciárias e judiciárias;

4º) o cuidado posto no tratamento do preso provisório, que se encontra em regime de prisão administrativa ou civil, ou, ainda, preventiva;

5º) a elisão das cláusulas penais que contêm menção a certos regimes prisionais “sem rigor penitenciário”, os quais constituem fontes de problemas e são desarrazoados, em face da prevista dignificação sistemática do tratamento penitenciário e da criação do “incidente de excesso de execução”;

6º) a recomendação para que se institua uma estrutura administrativa, na área do Ministério da Justiça, capaz de habilitar o Governo federal ao desempenho de atribuições normativas e fiscalizadoras, que contribuam para o aperfeiçoamento da execução penal no País;

7º) e, finalmente, a criação de uma empresa pública que, em regime de convênio com os Estados da União, proporcione a formação profissional dos presos e, ainda, crie fontes de trabalho nas prisões do País, para as finalidades ergoterápicas.

Passemos, então, a apreciar individualizadamente a cada um dos tópicos acima destacados.

O TRABALHO DOS PRESOS: SEU SALÁRIO E SUA INCORPORAÇÃO AOS SISTEMAS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL E DO SEGURO DE ACIDENTES DO TRABALHO

10. Recomendações das que são feitas com mais ênfase, pelos penitenciaristas contemporâneos, e, **de reliquo**, enfatizadas nas “Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos”, expedidas pela ONU, são as que dizem respeito à “obrigação de trabalhar”, a que estarão sujeitos todos os sentenciados à privação de liberdade.

Todavia, se a obrigação de trabalhar, ao mesmo tempo em que permitirá ao preso escapar ao tédio da ociosidade, lhe possibilita remuneração,

por outra parte acarreta perigos, os riscos ordinários de trabalho. Como pode acontecer a qualquer pessoa que trabalhe, pode o preso morrer no trabalho, ou ficar mutilado; o que não se compreende é que o Estado deixe de pagar à sua família, no primeiro caso, ou ao próprio, no segundo, qualquer indenização, aqui contribuindo para o aumento da coorte dos mendigos de amanhã.

Na oportunidade em que — entre 1965 e 1971, quando ocupamos a Secretaria de Justiça da Guanabara — tivemos a nosso cargo a responsabilidade do Sistema Penitenciário do Estado, esforçamo-nos pela concretização destas duas iniciativas:

1) colocação dos presos, especialmente dos que exerciam trabalho remunerado, no sistema da Previdência Social;

2) inscrição nos planos de seguros contra infortúnios do trabalho, monopolizados pelos órgãos oficiais da Previdência Social, dos prisioneiros ocupados em atividades laborativas.

A primeira iniciativa não logrou êxito: as portas do INPS mantiveram-se hermeticamente fechadas para os privados de liberdade, sem qualquer exame atento de possibilidades. E o nº 27, de 1971, da *Revista do Conselho Penitenciário Federal*, em nota posta sob este título — “Conselho do INPS rejeita os detentos” — informava:

“O Conselho Diretor do Departamento Nacional da Previdência Social acaba de recusar, por unanimidade, a filiação de detentos e reclusos à Previdência Social. Segundo a resolução do DNPS, o INPS já vem concedendo os benefícios previstos na Lei Orgânica aos detentos e reclusos que possuíam a condição de segurados antes de serem recolhidos a estabelecimentos penais (...).”

Quanto ao nosso interesse em inscrever os presos nos planos de seguros de acidentes do trabalho, apenas conseguimos dar início a um processo que foi nedamente cevado na burocracia previdenciária, mas do qual também nada resultou, na oportunidade.

Sem dúvida todo um sistema normativo — a começar com a Lei de Acidentes do Trabalho, baixada mediante o Decreto-Lei nº 7.036, de 10 de novembro de 1944 (art. 9º, § 2º, letra e), reiterado com a Lei nº 5.316, de 14 de setembro de 1967, que integrou o seguro de acidentes do trabalho na Previdência Social (art. 14-II), e, em continuidade, por via do Regulamento do Seguro de Acidentes do Trabalho (Decreto nº 61.784, de 28 de novembro de 1967, art. 2º-III, e art. 80-III) — prevê a admissão dos “presidiários” nos planos de tais seguros. Por demais, no interregno desses diplomas, as “Normas Gerais de Regime Penitenciário”, editadas pela Lei nº 3.274, de 2 de outubro de 1957, ao mesmo tempo em que proclamaram a obrigatoriedade do trabalho dos sentenciados presos, determinaram o seguro contra acidentes, no trabalho, interno ou externo, dos estabelecimentos penitenciários (art. 1º, incisos IV e VII, respectivamente).

Ocorre, porém, que, não obstante as prescrições legais e as recomendações da ONU pertinentes à colocação de “presos” ou “presidiários” no

regime de seguro de acidentes do trabalho, as exigências a cumprir são de tal ordem complexas que tornam os preceitos legais virtualmente inexecutáveis ou ineficazes, no Brasil.

Com efeito, o maior óbice que, até o momento, se tem oposto à incorporação dos presos no sistema previdenciário social resulta de se fazer necessário atribuir ao estabelecimento prisional a qualificação de “empresa” ou de estabelecimento empregador. Ora, ademais dos inúmeros problemas de ordem administrativa e legal a resultar dessa qualificação, é óbvia a sua impropriedade, tanto mais quanto o preso não poderá ser classificado como elemento vinculado numa relação empregatícia e o seu trabalho, frequentemente, tem a natureza de aprendizado pré-profissionalizante, por isso mesmo com baixos índices de produtividade. É certo que o ilustre Curador de Acidentes do Trabalho no Estado do Rio de Janeiro, HUMBERTO PIRAGIBE MAGALHÃES, em livro dedicado ao estudo dos **Acidentes do Trabalho**, e sob este título publicado, sustentou que, sem dúvida, *ex lege*, o preso está equiparado ao empregado, e o INPS pode e deve exigir do “presídio ou penitenciária” as contribuições devidas por quaisquer empregadores, com base no salário mínimo, se outra não houver sido estabelecida (ob. cit., ed. Borsoi, 1972, págs. 91/92).

Todavia, o Anteprojeto de Normas Gerais encarou o problema por diverso prisma, exatamente como o fazem os modernos previdenciaristas, a exemplo de CELSO BARROSO LEITE, para quem, “atualmente, o principal aspecto e sobretudo a principal tendência da Previdência Social é sua nítida expansão, no rumo de cobertura da população inteira” (in **Previdência Social: Atualidade e Tendências**, ed. da Universidade de São Paulo, 1973, pág. 15); e isso com obediência a critérios prevalentemente assistenciais, antes que dependentes de relações de trabalho. Se fosse necessário aduzir mais argumentos, em reforço do entendimento de BARROSO LEITE, que é dos mais conceituados técnicos nacionais da Previdência Social e, no momento, colaborador do Ministro LUIZ GONZAGA DO NASCIMENTO SILVA, no Ministério da Previdência e Assistência Social, poderíamos referir uma das conclusões da V Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (1974), onde foi proclamado que “A Previdência Social, em sentido lato, é um dos direitos humanos fundamentais”.

Desde que o trabalho constitui dever do preso (“Regras Mínimas da ONU”, nº 71.2), além de constituir um dos elementos do tratamento penitenciário (arts. 17-III, e 54, do anteprojeto); e como, nos termos, ainda, do anteprojeto, em seu art. 55, a todo trabalho prestado pelo preso condenado deve corresponder um salário adequado, nada mais curial do que a inclusão desse homem no sistema da Previdência Social e, outro tanto, no que lhe é complementar, no plano de seguro contra acidentes do trabalho.

Como quer que venha, entretanto, a ser programada essa inclusão — que há de ser obrigatória — de todos os sentenciados na Previdência Social, e no seguro contra acidentes do trabalho, ela não o será em forma de relação contratual de emprego (anteprojeto, arts. 66 e 67). Mas a elaboração do que se faça mister, para tal concretizar, é encargo do setor previdenciário do Governo, o qual aliás já o tem na pauta de estudos em curso.

Deve ser esclarecido que, antes de o Grupo de Trabalho se ocupar da redação dos textos pertinentes à Previdência Social e ao seguro da infelizmente, em nossa condição de seu Presidente tivemos vários contatos com autoridades do Ministério da Previdência e Assistência Social, especialmente com o Secretário para a Previdência Social, o Dr. CELSO BARROSO LEITE, que manifestou seus aplausos à orientação que adotamos, e se inscreveria neste anteprojeto.

O SENTENCIADO A PRISÃO, DESDE QUE NÃO PERIGOSO, PODERÁ MANTER RELAÇÃO DE EMPREGO ANTERIORMENTE CONSTITUÍDA

11. O efeito mais imediato da segregação imposta, através da prisão, ao indivíduo sentenciado à privação da liberdade, é a desvinculação de seu meio social, familiar e profissional. Na hipótese de não se tratar de meio corrompido, e de o condenado não apresentar índices de periculosidade que, por todas as razões, imponham seu afastamento, reconhece-se dever ser preservada, ao máximo, a relação do homem com as suas bases comunitárias. Isso, aliás, é objeto de várias das recomendações que se encontram nas "Regras Mínimas" da ONU, sendo de salientar-se a que proclama que, "no tratamento penitenciário, não se deverá dar relevo ao fato da exclusão dos presos da sociedade, mas, pelo contrário, ao de que eles continuam fazendo parte dela" (nº 61); e, noutra parte, onde é aconselhado "que se velará, particularmente, pela manutenção e pelo melhoramento das relações entre o preso e sua família, quando estas forem convenientes para ambas as partes" (nº 79).

O reconhecimento de que a ablação do condenado, em relação ao seu ambiente social, traz consequências que se refletirão de modo inconveniente quando de seu retorno, foi exatamente o que levou à instituição das prisões abertas, ou semi-abertas, nos sistemas penais mais modernos. Recolhido a esses estabelecimentos, o preso terá condições de prosseguir em seus estudos ou de manter íntegras as relações profissionais anteriormente firmadas.

Em várias das suas disposições o anteprojeto possibilita a instituição de um regime prisional com as características aqui salientadas, conforme pode ser visto em seus arts. 62, 63, 93-IV, 112, e outros.

A COMPLEMENTAÇÃO LEGAL DO "INCIDENTE DE EXCESSO OU DESVIO DA EXECUÇÃO", COM O OBJETIVO DE PRESERVAR O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA EXECUÇÃO PENAL

12. Uma das mais generosas iniciativas inscritas na legislação penal ferente, da Revolução brasileira, reside precisamente no instituto do "incidente de excesso ou desvio da execução penal", que anteriormente fora colocado no Anteprojeto de Código das Execuções Penais, do Professor BENJAMIN MORAES FILHO, e hoje tem acolhida nos arts. 874 ~~usque~~ 876, do Anteprojeto FREDERICO MARQUES, de Código de Processo Penal. O que se objetiva, fundamentalmente, com essa feliz inovação processual e penal-executiva, é garantir que o condenado não suporte tratamento incompatível com os princípios legais aplicáveis ao seu caso, o qual tanto poderá resultar de prepotência judicial quanto de arbítrio administrativo.

Sucedee, entretanto, que os termos com que o instituto em tela foi implantado no Anteprojeto de Código de Processo Penal poderiam dar causa a freqüentes conflitos de atribuições, entre autoridades judiciárias e administrativas, com nocivos reflexos no curso da execução penal e na disciplina que a todo custo deve ser preservada nas casas prisionais. Para que o tumulto se estabelecesse — com estribo neste incidente — bastaria que o preso fosse um querelo-maniaco ou um contumaz criador de incidentes.

No art. 144 do presente Anteprojeto de Normas Gerais de Regime Penitenciário, acreditamos ter bem complementado o preceito da lei processual penal sobre a matéria, entretanto o fazendo, apenas, para o incidente suscitado contra ato executivo praticado por autoridade da Administração Penitenciária. Obviamente transcende dos limites de uma lei, como a que estudamos, o incidente de desvio ou de excesso de execução, em que o suscitado seja uma autoridade judiciária: neste caso, a matéria há de ser disciplinada por lei processual ou por diploma de organização judiciária.

**ANTES DE CONDENAÇÃO TODO PRESO SERÁ TRATADO COM
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (“DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS
DIREITOS DO HOMEM”, ARTIGO 11: RECOMENDAÇÃO DA
ONU, REGRA Nº 84.2)**

13. Múltiplas razões existem que possibilitam a prisão de um homem, sem julgamento formal, mediante simples decretação por ato administrativo, emanada de um juiz ou de uma autoridade administrativa no sentido estrito. Efetivamente, um “acusado” em processo instaurado pode ter sua prisão “preventiva” decretada pelo magistrado do feito, para garantia da ordem pública ou para obviar a que seja perturbado o curso da Justiça (Lei nº 5.349, de 3 de novembro de 1967); pode ser preso administrativamente um indivíduo, à ordem de autoridade administrativa e sem processo anterior, em casos previstos no art. 319 do Código de Processo Penal; do mesmo modo pode ser preso um funcionário público, conforme o art. 214 do Estatuto (Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952); outra espécie de prisão administrativa, e precedendo qualquer ação no Judiciário, é a que o Ministro da Fazenda tem competência para impor a um contribuinte, nas hipóteses do art. 3º do Decreto-Lei nº 1.060, de 21 de outubro de 1969, com a redação modificada pelo Decreto-Lei nº 1.104, de 30 de abril de 1970; também podem ser presos, a título civil, o devedor de alimentos, em mora (Código de Processo Civil, art. 733, § 1º), o que indevidamente retém títulos de valor (Código de Processo Civil, art. 20), o comerciante que desobedece ordem judicial de apresentação de livro (Código Comercial, art. 20); o comerciante que, em situação falimentar, desatende a certas determinações judiciais, igualmente está sujeito a prisão administrativa (Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, arts. 35, 60, 69, § 7º) ou a prisão preventiva (nos casos de que trata o art. 14, parágrafo único-VI, da citada Lei de Falências); igualmente pode ter sua prisão administrativa decretada por qualquer chefe de repartição federal quem, funcionário público ou não, haja participado de crime contra o patrimônio da Fazenda Nacional (Decreto-Lei nº 3.415, de 10 de julho de 1941, art. 1º); e, ainda, pode

ter prisão preventiva decretada pelo Ministro da Justiça o estrangeiro submetido a processo de expulsão (Decreto-Lei nº 941, de 18 de outubro de 1969, art. 78).

Referindo todas essas espécies de prisão — que podem ser classificadas como administrativas ou civis, e outras vezes como preventivas — sob a rubrica de prisão “em caráter provisório”, o anteprojeto estatuiu que quantos a ela estejam submetidos, particularmente os que fizerem jus a prisão provisória “especial”, terão direito de ser recolhidos a pavilhões ou setores separados, ainda que anexos, de “presídio” (art. 102), onde receberão tratamento igualmente especial, inconfundível com o deferido aos que foram presos em virtude de condenação. (art. 23).

O regime prisional qualificado, que se pretendeu fosse aplicado a certas categorias de presos especiais, tem sua raiz no direito legislado brasileiro e, em parte, na tradição do País. Mas ela se explica, sobretudo — como noutra oportunidade escreveu AMÍLCAR DE CASTRO — porque a prisão civil é um meio executivo de finalidade econômica: “prende-se o executado, não para puni-lo, como se criminoso fosse, mas para forçá-lo indiretamente a pagar, supondo-se que tenha meios de cumprir a obrigação e queira evitar a sua prisão, ou readquirir a sua liberdade”. E, mais adiante, prosseguia AMÍLCAR DE CASTRO, arrimando-se agora em MATTIROLLO: a prisão civil constitui uma violação de direitos e um absurdo econômico, pois o corpo humano não é um *corpus vile*, eis que tem razão e dignidade de fins, não podendo ser simples meio, do mesmo modo que a liberdade da pessoa não pode constituir garantia de obrigação civil (in **Comentários ao Código de Processo Civil de 1939**, ed. Forense, vol. X, págs. 146/148).

Acresce que a Constituição federal vigente proíbe a prisão civil por dívida, multa ou custas, fazendo exceções, apenas, para os casos de depositário infiel (hipótese do art. 1.287 do Código Civil, onde se dá à prisão feição de condenação penal) e do responsável por inadimplemento de obrigação alimentar; destarte, os casos de prisão especial que acima referimos, exclusive os de prisão preventiva, não constituindo sanções punitivas, mas instrumentos administrativos de coerção, devem implicar em tratamento do preso com mais dignidade do que aquele que ordinariamente já haverá de ser atribuído aos condenados.

Quanto ao preso a título de prevenção, este faz jus a tratamento qualificado pelo fato de se encontrar sob égide de presunção de inocência.

O ANTEPROJETO E AS CLÁUSULAS PENAIS A SEREM EXECUTADAS “SEM RIGOR PENITENCIÁRIO”

14. Universalmente é reconhecido que a prisão penal foi instituída como fórmula substitutiva para o velho estilo de execução penal, que se consumava pela destruição física — imediata ou lenta, como ocorria nos priscos regimes dos trabalhos forçados — dos condenados. E tal foi apontado por nós mesmos, em trecho anterior.

Contudo, se o movimento desencadeado por BECCARIA — quiçá antes mesmo desse autor, iniciado com famosa obra que o sacerdote MABILLON

dedicou à crítica do regime das prisões mantidas por Ordens religiosas — implicou no interesse pela humanização da execução penal, a concretização desse anseio haveria de tardar.

Nessas condições, durante mais de um século prevaleceriam determinadas idéias e regimes pertinentes à execução penal, onde o “rigor” no tratamento do preso lembrava anciães estilos retributivistas, resíduos do primitivo talião.

Foi nesse quadro que surgiu na legislação penal de nosso País a determinação para que — em relação a certas categorias de condenados ou à natureza de específicos ilícitos criminais — penas de prisão fossem cumpridas “sem rigor penitenciário”. Assim efetivamente se dispôs para a execução da pena de prisão simples, na punição de contravenções, segundo o preceito do art. 6º do Decreto-Lei nº 3.668, de 3 de outubro de 1941; outro tanto foi o que se estatuiu no art. 76 da Lei de Segurança Nacional (Decreto-Lei nº 898, de 29 de setembro de 1969).

Essas disposições, pertinentes a uma execução penal semiprivilegiada, “sem rigor penitenciário”, não têm nenhum sentido, em face dos conceitos modernos de penitenciarismo e, no Brasil, por força de preceito constitucional que impõe respeito à integridade física e moral do preso (art. 153, § 14). A menos que se queira desrespeitar a Constituição do País, o seu sistema legal, e as Recomendações das Regras Mínimas editadas pela ONU, em seu I Congresso para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente, havido na cidade de Genebra, em 1955 — Regras Mínimas que se integram plenamente na consciência jurídica nacional — somente em atitude de afronta ao espírito contemporâneo do penitenciarismo, enfim, é que se admitirá procedimento executivo penal com “rigor”.

Destarte, não tem sentido técnico que permaneçam essas disposições referentes a espécies de execução penal por cumprir “sem rigor penitenciário”.

No Anteprojeto de Normas Gerais, que o Grupo de Trabalho elaborou, todo o cuidado foi posto para que a execução penal entre nós seja operada em termos humana e cientificamente corretos, sem nenhuma espécie de rigor, que agora seria acientífico e irracional. Por isso, no artigo 147 se inscreveu uma determinação que proíbe tratamento discriminatório dos condenados — e não de presos provisórios — recolhidos aos estabelecimentos prisionais do País, que são todas as prisões civis, *ex vi* do art. 3º, parágrafo único, ainda deste anteprojeto.

NECESSIDADE DE ESTRUTURA ADMINISTRATIVA FEDERAL PARA ORIENTAÇÃO NORMATIVA E FISCALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL NO PAÍS

15. Consoante tivemos ensejo de referir, aqui mesmo, nesta Exposição de Motivos, a Lei nº 3.274, que desde 1957 deveria ter disciplinado e regulado o regime penitenciário brasileiro, perdeu eficácia e se tornou virtualmente

dessueta, em virtude da inexistência de uma autoridade que velasse por seu cumprimento, ou impusesse sanções, nos casos de desrespeito dos seus preceitos.

Há muito tempo que se criou, na estrutura do Ministério da Justiça, uma Inspetoria-Geral Penitenciária; e, mais recentemente, transformou-se — nominalmente, apenas, bem se diga — o antigo Conselho Penitenciário do Distrito Federal em Conselho Penitenciário "Federal".

Não obstante, carentes de infra-estrutura administrativa, e de alicerces jurídicos idôneos para o desempenho de funções que os respectivos nomes sugerem, ambas as entidades vegetaram ingloriamente, apesar do relevo cultural e do espírito público dos titulares que têm tido.

No seio do Grupo de Trabalho elaborador do anteprojeto em apresentação, foi unânime o reconhecimento de que se impõe o aparelhamento do Ministério da Justiça para o cumprimento de atribuições normativas e fiscalizadoras, sem cuja ação as Normas Gerais de atual feitura terão o mesmo destino das contidas na Lei nº 3.274.

Quando em toda parte — na Suíça como nos Estados Unidos — os sistemas de federação de Estados vão apertando seus vínculos com a União, naquilo a que o publicista norte-americano BERNARD SCHWARTZ chamou de "federalismo cooperativo", tem-se de reconhecer a legitimidade do exercício de autoridade normativante e fiscal, pelo Governo central, para zelo da eficácia das Normas Gerais que ele editar, no cumprimento do art. 8º, XVII, c, da Constituição federal. O art. 120 atende ao objetivo de possibilitar o aparelhamento do Ministério da Justiça, para os fins aqui referidos, enquanto o art. 150, nas Disposições Gerais e Transitórias, opera a elisão dos órgãos de ação anódina, atualmente existentes.

IMPÕE-SE A CRIAÇÃO DE EMPRESA PÚBLICA QUE PROPORCIONE FORMAÇÃO PROFISSIONAL E TRABALHO AOS PRESOS DO PAÍS

16. Tema sempre presente, em qualquer estudo de assuntos penitenciários, é o que diz respeito ao preparo profissionalizante dos presos e à sua ocupação em trabalhos, para espancar a ociosidade, que velho e sábio provérbio já classificou de "mãe de todos os vícios".

De fato, as atividades laborativas são elemento, e da maior valia, no tratamento penitenciário: elas ensejam, quando bem organizadas, o ensino profissional do homem, além de lhe proporcionar ganhos, os quais se converterão em conforto para os familiares e formação de pecúlio pessoal. Sobretudo a profissionalização do preso é que tem importância, no caso, uma vez que — demonstram-no as estatísticas internacionais — na massa dos delinquentes é onde mais ocorre a falta de qualificação para o trabalho.

Considerando tudo isso, nos Estados Unidos se resolveu, há mais de quarenta anos, a criação de uma empresa pública — a "Federal Prison Industries, Inc." — que instala oficinas e fábricas e escolas profissionais, nos estabelecimentos penitenciários federais, que atualmente acolhem cerca

de trinta mil presos. De tal forma foi apreciável o resultado da criação dessa empresa que, em 1955, um grupo de estudo de reforma administrativa do Governo americano registrava:

“A produção de bens e serviços deve ser considerada como em relação íntima com a finalidade primeira do programa das indústrias estabelecidas nas prisões, pois visa a empregar a todos os internos que, de outro modo, estariam condenados à indolência; e ela visa, ainda, a proporcionar oportunidades para desenvolvimento da vocação profissional de prisioneiros, que, destarte, ficarão habilitados ao granjeio do próprio sustento, quando readquirirem a liberdade (in “Staff Study on Business Enterprises”, grupo técnico da “Commission on Organization of the Executive Branch of the Government”, 1955, pág. 69. capítulo XIII, estudo sobre a “Federal Prison Industries, Inc.”).”

De fato, existem vários expedientes para a organização e exploração da atividade laborativa dos internos das prisões, tanto mais quanto, segundo percucientemente há quase meio século assinalava ARMAND MOSSÉ:

“A questão do trabalho penitenciário é muito vasta, pois coloca em presença e, por vezes, em conflito, um certo número de interesses: o da sociedade, que o quereria sobretudo moralizador; o do Tesouro, que o desejaria produtivo; e o do próprio preso, que pede não seja ele prejudicial à sua saúde e atenda parcialmente às suas necessidades” (in *Les Prisons*, ed. Bocard, Paris, pág. 145).

Em nossos estudos sobre a matéria focalizada, e em nossas visitas a diferentes sistemas penitenciários, temos encontrado duas modalidades de organização do trabalho penitenciário mais dignas de consideração:

1) aquela em que o preso estuda uma profissão e trabalha sob remuneração em estabelecimento integrado na Administração Pública *en régie*, como escreveu MOSSÉ, e é da nomenclatura administrativa francesa);

2) aquela em que o preso também se aplica a um treinamento vocacional profissional, e trabalha, com paga, entretanto para serviços implantados na prisão por empresa privada.

Pelas nossas observações, parece que o segundo é o sistema dominante na Alemanha, enquanto o primeiro vige na França e nos Estados Unidos, onde, inclusive, no plano da União — como antes mencionamos — existe uma “Empresa de Indústrias Federais das Prisões” (criada em 1934, pela transformação da antiga Divisão Industrial do Serviço Federal de Prisões).

Também nalguns Estados da federação americana (lá, como no Brasil, cada Estado institucionaliza seu sistema penitenciário) existem serviços industriais organizados, ao lado de outras espécies de serviços cuja organização não pode obedecer ao mesmo esquema: na Califórnia, por exemplo, os prisioneiros trabalham em unidades industriais que suprirão o Estado (em San Quentin funcionam 3 fábricas de porte bastante considerável, sendo uma de móveis, outra de tecidos e, a terceira, de confecção de rou-

pas); noutros locais do mesmo Estado, em campos que agasalham uma média de cem condenados, em regime de semiliberdade, estes são ocupados no combate aos incêndios de florestas, lá muito freqüentes, ou em conservação e limpeza de estradas, e noutras atividades exercidas em terreno aberto.

Como se vê, nos Estados Unidos é obedecida literalmente aquela Norma 73.1, da ONU, segundo a qual há de ser preferível que as indústrias e granjas penitenciárias sejam dirigidas pela Administração estatal e não por contratantes particulares.

No Brasil seria impraticável criar-se uma empresa pública, no gênero da existente nos Estados Unidos, pela simples razão de não haver, aqui, um sistema penitenciário federal.

Entretanto, é factível a criação de uma empresa pública pela União, nos termos do estabelecido no Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, art. 5º, a qual operará em regime de convênio com os Estados, conforme o permissivo da Carta federal (art. 13, § 3º).

Esta entidade de Administração Indireta virá suprir carências de recursos da maioria de nossos Estados, os quais, doutra forma, não podem implantar serviços educacionais em suas penitenciárias, muito menos instalar oficinas, que correspondam a investimentos ponderáveis.

O art. 148 do anteprojeto corresponde à aplicação das idéias acima desenvolvidas, que serão tanto mais viáveis quanto seja possível — e certamente o é — mobilizar, articuladamente, as forças administrativas da União e de instituições paraestatais devotadas à aprendizagem comercial e industrial, que existem no País.

17. As considerações postas nesta breve Exposição de Motivos encerram o que nos ocorreu, Senhor Ministro, dever ser esclarecido, para exata compreensão global de quanto se contém nas Normas Gerais de Regime Penitenciário, elaboradas pelo Grupo de Trabalho criado por Vossa Excelência em agosto do ano anterior.

Do desenvolvimento das atividades do referido Grupo de Trabalho já demos conta, mediante Relatório que acompanhou o próprio anteprojeto, entregues ambos ao digno titular da Pasta da Justiça, no dia 24 de julho passado.

Por fim, aprez-nos exprimir os agradecimentos, do signatário e do magnífico grupo de cidadãos que Vossa Excelência convocou, para o que reputamos ter sido supinamente honroso, este trabalho em que nos empenhamos, no sentido do aperfeiçoamento das instituições jurídico-penais do Brasil.

Respeitosas saudações. — **A. B. Cotrim Neto**, Presidente do Grupo de Trabalho para a Reforma Penitenciária.

III — ANTEPROJETO DE LEI QUE “DEFINE E DISCIPLINA AS NORMAS GERAIS DE REGIME PENITENCIÁRIO”

TÍTULO	I — Das Disposições Introdutórias
TÍTULO	II — Dos Objetivos do Regime Penitenciário
TÍTULO	III — Das Espécies de Regime Penitenciário
TÍTULO	IV — Do Tratamento Penitenciário
CAPÍTULO	I — Da Finalidade do Tratamento
CAPÍTULO	II — Da Classificação dos Sentenciados
CAPÍTULO	III — Da Assistência
SEÇÃO	I — Da Assistência Social
SEÇÃO	II — Da Assistência Jurídica
SEÇÃO	III — Da Assistência Médica
SEÇÃO	IV — Da Assistência Material
SEÇÃO	V — Da Assistência Pós-Penitenciária
CAPÍTULO	IV — Da Educação
CAPÍTULO	V — Do Trabalho
CAPÍTULO	VI — Da Disciplina
SEÇÃO	I — Disposições Preliminares
SEÇÃO	II — Das Infrações Disciplinares
SEÇÃO	III — Das Sanções Disciplinares
SEÇÃO	IV — Da Aplicação das Sanções Disciplinares
TÍTULO	V — Dos Direitos e Deveres
CAPÍTULO	I — Dos Direitos Fundamentais
CAPÍTULO	II — Dos Direitos Específicos
CAPÍTULO	III — Dos Deveres
CAPÍTULO	IV — Das Recompensas
TÍTULO	VI — Dos Estabelecimentos Prisionais
CAPÍTULO	I — Das Categorias e dos Tipos de Estabelecimentos Prisionais
CAPÍTULO	II — Do Ingresso nos Estabelecimentos Prisionais
TÍTULO	VII — Da Administração Penitenciária
CAPÍTULO	I — Da Estrutura e Organização
CAPÍTULO	II — Do Sistema Penitenciário
CAPÍTULO	III — Do Conselho Penitenciário
CAPÍTULO	IV — Do Servidor Penitenciário
TÍTULO	VIII — Das Disposições Gerais e Transitórias

TÍTULO I

Das Disposições Introdutórias

Art. 1º — Esta Lei define e disciplina, com fundamento no art. 8º, inciso XVII, alínea c, da Constituição federal, as Normas Gerais de Regime Penitenciário, aplicáveis

à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Territórios, sem prejuízo da respectiva legislação supletiva, na forma do parágrafo único do referido art. 8º

Art. 2º — São Normas Gerais de Regime Penitenciário as que disciplinam:

- I — os objetivos do regime penitenciário;
- II — as espécies de regime penitenciário;
- III — o tratamento penitenciário;
- IV — os direitos e deveres dos presos;
- V — as categorias e os tipos de estabelecimentos prisionais;
- VI — a administração penitenciária.

Art. 3º — As normas constantes desta Lei aplicam-se a todos os casos de privação de liberdade em virtude de prisão provisória ou definitiva e, ainda, medida de segurança detentiva decorrentes da prática de crime de competência da Justiça comum.

Parágrafo único — São ainda aplicáveis as normas desta Lei aos casos de prisão resultante da prática de crime eleitoral, militar ou contra a segurança nacional e a ordem política e social, quando os responsáveis estiverem recolhidos a estabelecimentos prisionais civis.

Art. 4º — Ninguém será recebido em estabelecimento prisional sem documento assinado por autoridade competente, expedido em obediência às formalidades legais, nem será nele mantido além do tempo que a sentença fixar ou a lei permitir.

Art. 5º — A execução das sanções penais é privativa do Estado e será desempenhada com estrita observância do disposto nesta Lei, não podendo ser delegada a terceiros, sob nenhum pretexto.

Parágrafo único — Excepcionalmente poderá atribuir-se o exercício de atividades relacionadas com a execução penal a entidades privadas, leigas ou religiosas, desde que se estabeleça vínculo jurídico de serviço público entre essas entidades e a Administração Penitenciária, de modo a se determinar a responsabilidade legal pela observância destas Normas.

TÍTULO II

Dos Objetivos do Regime Penitenciário

Art. 6º — O regime penitenciário tem por finalidade a efetivação da prisão provisória e a eficaz execução da pena aplicada e da medida de segurança detentiva imposta na sentença.

Art. 7º — São objetivos do regime penitenciário:

- I — reduzir as diferenças entre a vida prisional e a vida em liberdade, para que o homem preso não renegue seu senso de responsabilidade e sua dignidade pessoal;
- II — possibilitar a individualizada execução da pena;
- III — incutir ou preservar no preso a consciência moral e cívica para que ele, retornando à liberdade, seja capaz de assumir suas responsabilidades;
- IV — prevenir a reincidência;
- V — cumprir as decisões judiciais relativas à execução da pena, tendo em consideração a necessidade de preparar o preso para as exigências da vida em liberdade.

TÍTULO III

Das Espécies de Regime Penitenciário

Art. 8º — O regime penitenciário compreende as seguintes espécies:

- I — regime presidiário;
- II — regime fechado;

- III — regime semi-aberto;
- IV — regime aberto;
- V — regime médico-penal.

Art. 9º — O regime presidiário será cumprido em estabelecimento presidiário, e visa a assegurar a custódia e o tratamento dos presos provisórios, na forma estabelecida por estas Normas.

Art. 10 — O regime fechado será cumprido em estabelecimento penitenciário de segurança máxima, e imporá um tratamento que objetivo, fundamentalmente, incutir no sentenciado o hábito de conduta disciplinada.

Art. 11 — O regime semi-aberto será cumprido em estabelecimento penitenciário de segurança média, e possibilitará o exercício gradativo e controlado de contatos e atividades externas, que preparam o sentenciado para o seu retorno definitivo ao convívio social.

Art. 12 — O regime aberto será cumprido em estabelecimento penitenciário de segurança mínima, e proporcionará ao sentenciado contatos e atividades externas fiscalizadas mas sem vigilância, com o objetivo de ajustá-lo às exigências da vida em liberdade.

Art. 13 — O regime médico-penal será cumprido em estabelecimento médico-penal, e adaptará as prescrições destas normas às condições psicossomáticas de cada internado.

Art. 14 — A fixação do regime a ser cumprido pelo sentenciado compete ao Conselho de Classificação e Tratamento, ressalvada a competência da autoridade judiciária prevista nos Códigos Penal e de Processo Penal.

Art. 15 — O Conselho de Classificação e Tratamento poderá, a qualquer tempo, por iniciativa própria ou atendendo à iniciativa do sentenciado, do diretor do estabelecimento ou do Conselho Penitenciário, no caso do § 2º do art. 52 do Código Penal, modificar o regime fixado para o sentenciado desde que constatada a inconveniência da sua aplicação, em virtude de alteração do grau de periculosidade.

Parágrafo único — Quando o regime tiver sido determinado por autoridade judiciária, o Conselho de Classificação e Tratamento promoverá a modificação perante a autoridade competente.

TÍTULO IV

Do Tratamento Penitenciário

CAPÍTULO I

Da Finalidade do Tratamento

Art. 16 — O tratamento penitenciário tem por finalidade incutir no preso um sentimento ético, inspirador de conduta futura compatível com os padrões de licitude e as exigências morais da sociedade.

Art. 17 — São meios do tratamento penitenciário:

- I — a assistência;
- II — a educação;
- III — o trabalho;
- IV — a disciplina.

Parágrafo único — Esses meios deverão ser coordenados pela direção do estabelecimento.

Art. 18 — A assistência visa ao atendimento das necessidades espirituais, morais, sociais, psicológicas e materiais do preso.

Art. 19 — A educação dotará o sentenciado de habilitações indispensáveis à sua integração no convívio social.

Art. 20 — O trabalho deve ter sentido moral, objetivando preparar o sentenciado para uma atividade profissional honesta, e não terá caráter expropriatório.

Art. 21 — A disciplina incentivará no preso o hábito da ordem, o respeito ao próximo e a responsabilidade.

Art. 22 — O tratamento penitenciário será aplicado de forma individualizada e progressiva, de acordo com a espécie de regime adotado.

Art. 23 — No regime presidiário são considerados meios de tratamento, indispensáveis, a assistência e a disciplina.

Parágrafo único — Os demais meios de tratamento, quando aplicados, na espécie, reger-se-ão pelo disposto nos Capítulos IV e V deste Título.

Art. 24 — Nos regimes fechado, semi-aberto e aberto serão aplicados, obrigatoriamente, todos os meios de tratamento.

Art. 25 — No regime médico-penal os meios de tratamento serão aplicados, conforme as condições psicossomáticas de cada internado.

Art. 26 — Não haverá distinção de tratamento em razão da natureza da pena privativa de liberdade.

CAPÍTULO II

Da Classificação dos Sentenciados

Art. 27 — É obrigatório, no início do cumprimento da pena privativa de liberdade, o exame do sentenciado para efeito de classificação e indicação do regime e tratamento penitenciário adequados.

Art. 28 — O exame de classificação, que terá em vista o estudo da personalidade do sentenciado, abrangerá:

- I — exame médico;
- II — exame psiquiátrico;
- III — verificação da situação sócio-familiar;
- IV — verificação do senso moral e de responsabilidade;
- V — apuração do grau de instrução;
- VI — verificação de tendência ou aptidão profissional;
- VII — aferição do grau de inadaptação social.

Art. 29 — Nos estabelecimentos penitenciários os sentenciados serão agrupados de acordo com a classificação respectiva.

CAPÍTULO III

Da Assistência

Art. 30 — A assistência, quanto à sua natureza, será:

- I — social;
- II — jurídica;
- III — médica;
- IV — material;
- V — pós-penitenciária.

Parágrafo único — Deverá haver estreita coordenação entre os serviços que prestam essas diversas modalidades de assistência.

SEÇÃO I
Da Assistência Social

Art. 31 — A assistência social, prestada tanto ao preso e ao egresso, como às suas famílias, usará as técnicas de caso, de grupo e de comunidade.

§ 1º — Quando solicitada ou necessária, também será prestada assistência à vítima e sua família.

§ 2º — A assistência social será prestada por técnico de serviço social.

Art. 32 — A assistência às famílias incluirá a companheira, e não distinguirá entre parentesco legítimo e ilegítimo, natural e civil.

Art. 33 — Sempre que possível, o serviço social deverá recorrer ao auxílio e à colaboração da comunidade e de entidades particulares.

Art. 34 — Cumpre à assistência social:

I — promover o preso como pessoa, e cooperar no preparo de seu retorno ao convívio social;

II — conhecer o resultado dos diversos diagnósticos e exames a que for submetido o sentenciado;

III — verificar e diligenciar a solução dos problemas sociais que aflijam os familiares do preso;

IV — criar, fortalecer ou preservar os vínculos familiares do preso;

V — promover o contato do preso com o ministro da sua religião, para a indispensável assistência espiritual;

VI — diligenciar a solução dos problemas pessoais do preso encaminhando-o, quando for o caso, ao órgão ou pessoa competente;

VII — informar os diretores dos estabelecimentos sobre problemas que possam influir na conduta do preso, durante ou após o cumprimento da pena;

VIII — promover a visitação ao preso por parentes, amigos ou pessoas interessadas;

IX — promover, no estabelecimento prisional, por todos os meios disponíveis, o emprego sadio do lazer;

X — prestar informações, quando solicitadas, à autoridade competente, sobre a conduta do sentenciado, nos processos de transferência, de concessão de trabalho externo e de livramento condicional;

XI — promover o aconselhamento e acompanhamento do liberado condicional e do egresso, de modo a facilitar sua reintegração na comunidade;

XII — providenciar a obtenção dos documentos necessários ao liberado condicional e ao egresso, de modo a facilitar sua integração na comunidade, sempre que possível antes do término do período da prisão.

SEÇÃO II
Da Assistência Jurídica

Art. 35 — A assistência jurídica tem por fim a proteção dos direitos e interesses do preso e do egresso, onde se fizer necessário.

Art. 36 — A assistência jurídica só será prestada a preso ou a egresso que não dispuserem de recursos para constituir advogado.

Art. 37 — A assistência jurídica consistirá em:

I — diligenciar, quando necessário, para expedição de guia de internação;

II — requerer e acompanhar pedido de livramento condicional;

III — requerer e acompanhar pedido de indulto e comutação;

- IV — requerer e acompanhar pedido de soma e unificação de penas;
- V — promover diligências relativas ao esclarecimento ou retificação da data do término da pena ou de medida de segurança detentiva;
- VI — providenciar a obtenção do alvará de soltura;
- VII — requerer ordem de **habeas corpus**, especialmente, quando ocorrer retardamento na expedição do alvará de soltura ou na efetivação do livramento condicional;
- VIII — requerer revisão criminal;
- IX — providenciar o atendimento jurídico para o preso provisório carente de recursos;
- X — promover a obtenção do auxílio-reclusão em benefício do preso ou de seus familiares, bem como, quando for o caso, dos benefícios da previdência social e do seguro de acidentes do trabalho;
- XI — encaminhar o egresso ou a família do sentenciado a serviços de advocacia gratuita, quando solicitada.

SEÇÃO III

Da Assistência Médica

Art. 38 — A assistência médica será exercida no sentido preventivo e curativo, de modo a assegurar a plenitude das condições físicas e mentais do preso.

Parágrafo único — Quando o estabelecimento médico-penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em estabelecimento médico externo.

SEÇÃO IV

Da Assistência Material

Art. 39 — O estabelecimento prisional deverá assegurar ao preso alimentação variada, suficiente e de boa qualidade, bem como instalações materiais e higiênicas satisfatórias.

Art. 40 — O vestuário do preso não terá aparência degradante e deverá sempre proporcionar-lhe apresentação digna.

Art. 41 — Os estabelecimentos dispõem de instalações e serviços que atendam aos presos nas necessidades relacionadas com a sua apresentação pessoal, tais como salas de barbeiro e corte de cabelo.

SEÇÃO V

Da Assistência Pós-Penitenciária

Art. 42 — A assistência pós-penitenciária será prestada ao liberado condicional e ao egresso dos estabelecimentos prisionais e compreende:

- I — amparo moral e material que lhes assegure lar honrado, profissão honesta e ambiente de bons costumes;
- II — levantamento de oportunidades de trabalho que lhes ofereça salário ou remuneração condigna;
- III — observação cautelar e proteção aos liberados que apresentarem tendência ao crime, com o fim de evitar a reincidência;
- IV — preparação do ambiente familiar, para lhes assegurar uma vida familiar normal;
- V — obtenção de documentos necessários à colocação e ao exercício profissional;
- VI — preparo da comunidade, através de suas instituições, lideranças e órgãos de classe, para a recepção do liberado e do egresso;
- VII — proteção jurídica, quando solicitada.

CAPÍTULO IV Da Educação

Art. 43 — A educação tem por objetivo a formação moral e cívica do sentenciado bem como seu preparo intelectual, cultural e profissional.

Art. 44 — O ensino visará, por todos os meios, ocupar a atividade intelectual do sentenciado e criar-lhe hábitos de trabalho e lazer.

§ 1º — O ensino poderá ser escolar e extra-escolar, musical, artístico e profissional.

§ 2º — Cada tipo de ensino utilizará recursos e técnicas apropriadas, inclusive as audiovisuais, e será ministrado nos horários e calendário das atividades dos estabelecimentos.

Art. 45 — A Administração Penitenciária promoverá, através de órgão próprio, as seguintes iniciativas de objetivo cultural:

I — organização e manutenção de bibliotecas;

II — realização de conferências que contribuam para a elevação da moral dos sentenciados;

III — exibição cinematográfica de cunho educativo;

IV — audições artístico-educativas, que despertem ou aprimorem a sensibilidade;

V — programações de caráter cívico, por meio de conferências e comemorações;

VI — programações e realizações de exercícios físicos;

VII — exposições e audições de trabalhos artísticos realizados nos estabelecimentos, visando a estimular as emoções sadias.

Art. 46 — O ensino de primeiro grau será obrigatório e obedecerá à legislação do ensino e às normas do Conselho Federal de Educação, integrando-se no sistema de ensino da Unidade federativa.

Parágrafo único — O ensino compreenderá a alfabetização funcional e a educação permanente.

Art. 47 — O ensino profissional visa primordialmente habilitar o sentenciado a exercer, de futuro, atividade remunerada compatível com as suas necessidades.

Parágrafo único — Fica vedado subordinar o ensino profissional à conveniência ou interesse do estabelecimento prisional.

Art. 48 — O ensino profissional será ministrado em nível de iniciação ou em nível de aperfeiçoamento técnico.

Art. 49 — O ensino profissional será sempre precedido de orientação vocacional e, quando não agrícola, será ministrado em oficina escola.

Art. 50 — As oficinas ou instalações industriais dos estabelecimentos serão primordialmente utilizadas para atividades de ensino profissional, onde não houver oficina escola.

Art. 51 — As mulheres sentenciadas receberão ensino profissional adequado à sua condição.

Art. 52 — O jovem-adulto tem prioridade nas atividades de ensino profissional.

Art. 53 — As atividades educacionais podem ser objeto de convênio com entidades públicas ou particulares que instalem escolas ou ofereçam cursos especializados.

Parágrafo único — Pode ser concedido ao sentenciado freqüentar escola ou curso fora do estabelecimento onde estiver recolhido, mediante parecer favorável do Conselho de Classificação e Tratamento, aprovado pela autoridade administrativa competente para a execução.

CAPÍTULO V

Do Trabalho

Art. 54 — O trabalho, como dever social e condição de dignidade humana, será obrigatório para os sentenciados de ambos os sexos e qualquer idade, observando-se as exceções previstas neste Capítulo.

Parágrafo único — A organização e os métodos do trabalho penitenciário deverão assemelhar-se, o mais possível, aos que se aplicam a trabalhos similares fora do estabelecimento, inclusive no concernente às precauções estabelecidas em benefício da segurança e da higiene dos trabalhadores.

Art. 55 — A todo trabalho prestado pelo sentenciado, e atribuído em função do tratamento penitenciário, corresponderá salário adequado, que, entretanto, não possui a natureza da contraprestação de serviço prevista nas leis trabalhistas.

Art. 56 — Na atribuição do trabalho, ter-se-ão em conta a habilitação, a condição pessoal e a necessidade futura do sentenciado.

Art. 57 — Todos os sentenciados serão classificados para o trabalho; os habilitados conforme sua aptidão, e os ineptos segundo critério fixado pelo exame de orientação vocacional.

§ 1º — No curso da execução poderá o sentenciado ser reclassificado para trabalho mais compatível com as prescrições do tratamento penitenciário.

§ 2º — É desaconselhável a classificação do sentenciado para trabalho burocrático que implique em manuseio de prontuário.

Art. 58 — O sentenciado não aproveitado na atividade em que se encontra classificado poderá sê-lo em atividade congênere, sem perder, todavia, a classificação.

Art. 59 — Os maiores de 60 (sessenta) anos poderão solicitar ocupação compatível com a sua idade.

Art. 60 — Os doentes ou deficientes, declarados tais pelo órgão competente, terão ocupação compatível com o seu estado.

Art. 61 — O horário normal de trabalho não excederá 8 (oito) horas diárias.

Parágrafo único — O trabalho extraordinário obedecerá às normas da legislação trabalhista.

Art. 62 — O sentenciado poderá prestar trabalho em obras ou serviços fora do estabelecimento, mediante parecer favorável do Conselho de Classificação e Tratamento, aprovado pela autoridade administrativa competente para a execução.

Parágrafo único — O trabalho externo poderá ser prestado em obras ou serviços de entidades privadas.

Art. 63 — O trabalho externo será prestado em regime semi-aberto ou aberto, e o salário correspondente será previamente aprovado pela autoridade administrativa competente para a execução.

Art. 64 — Não poderá prestar trabalho externo o sentenciado cuja situação estiver pendente de recurso, inquérito ou processo por outra infração penal.

Art. 65 — Perderá o direito à prestação de trabalho externo o sentenciado que praticar falta disciplinar grave.

Art. 66 — Todos os sentenciados que exercerem atividade laborativa serão inscritos como contribuintes obrigatórios da Previdência Social, nos termos do que for disposto na legislação específica.

Parágrafo único — Para o cumprimento do disposto neste artigo não se considera empresa o estabelecimento penitenciário, nem se classifica como relação contratual de emprego nenhum vínculo de trabalho estabelecido com o preso.

Art. 67 — O seguro de acidentes do trabalho será obrigatório para todos os sentenciados que exercem atividade laborativa, na forma da legislação em vigor, mas respeitado o disposto no parágrafo único do art. 66.

Art. 68 — O Conselho de Classificação e Tratamento acompanhará diretamente a atividade de cada sentenciado em trabalho externo, e decidirá sobre a conveniência e oportunidade de sua continuação.

CAPÍTULO VI

Da Disciplina

SEÇÃO I

Disposições Preliminares

Art. 69 — Não há infração nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal.

Art. 70 — Não se aplicará sanção disciplinar em caso de dúvida ou suspeita.

Art. 71 — Nenhuma sanção disciplinar poderá pôr em risco a saúde do preso ou ofender-lhe a dignidade.

Art. 72 — O preso será cientificado das normas disciplinares e de suas modificações, desde o momento do seu ingresso no estabelecimento prisional.

Art. 73 — Salvo quando exigido por interesse disciplinar relevante, não é permitido o isolamento do preso fora das horas de repouso noturno.

Art. 74 — A autoridade administrativa ou seu agente poderá usar, nos estritos limites da necessidade, meios de defesa contra o preso ou internado.

SEÇÃO II

Das Infrações Disciplinares

Art. 75 — São consideradas infrações disciplinares a prática de atos constitutivos de crimes ou contravenções, bem como o descumprimento dos deveres a que está obrigado o preso.

Parágrafo único — As sanções disciplinares cominadas em virtude da prática de atos também constitutivos de crimes ou contravenções serão aplicadas sem prejuízo do processo penal correspondente.

Art. 76 — A enumeração casuística das infrações disciplinares conceituadas no artigo anterior, para atender às peculiaridades regionais, somente poderá ser feita mediante legislação estadual supletiva.

SEÇÃO III

Das Sanções Disciplinares

Art. 77 — São aplicáveis aos infratores as seguintes sanções principais:

I — repreensão;

II — isolamento na própria cela ou no alojamento coletivo, em estabelecimentos que não disponham de celas individuais;

III — isolamento em cela de segurança;

IV — transferência de estabelecimento.

Art. 78 — São consideradas sanções secundárias:

I — perda de recompensas;

II — apreensão de valores ou objetos.

Art. 79 — A cela de segurança terá as dimensões da cela comum, com a mesma higiene, aeração e iluminação, tendo como guarnição mínima, instalações sanitárias e cama.

Art. 80 — A apreensão será sempre aplicada quando o preso tiver em seu poder, irregularmente, valor ou objeto.

§ 1º — Quando a apreensão incidir sobre valor ou objeto que, pela sua natureza e importância, autorize a presunção de origem ilícita, a autoridade administrativa o remeterá ao Ministério Público, para as providências penas cabíveis.

§ 2º — Nos casos em que não ocorra a hipótese prevista no § 1º, o valor apreendido será depositado na conta do pecúlio do preso.

§ 3º — O objeto de uso não autorizado, que tiver sido apreendido, só será restituído ao preso quando lhe for permitido usá-lo ou ao ser posto em liberdade.

SEÇÃO IV

Da Aplicação das Sanções Disciplinares

Art. 81 — Na aplicação das sanções disciplinares, ter-se-ão em conta os antecedentes do preso na vida prisional, o motivo que determinou a infração, as circunstâncias em que ocorreu e as conseqüências que acarretou.

Art. 82 — As sanções disciplinares de isolamento na própria cela ou em alojamento coletivo, bem como a de isolamento em cela de segurança, não poderão ser superiores a 90 (noventa) dias.

Art. 83 — As sanções disciplinares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

Art. 84 — São circunstâncias que sempre atenuam a sanção:

- I — a boa conduta do preso;
- II — a ausência de infrações anteriores;
- III — ser menor de vinte e um ou maior de sessenta anos;
- IV — ter sido de somenos importância sua cooperação na infração;
- V — ter confessado, espontaneamente, a autoria da infração ignorada ou imputada a outrem;
- VI — ter agido sob coação a que podia resistir;
- VII — ter procurado, logo após a infração, evitar ou minorar suas conseqüências.

Art. 85 — São circunstâncias que sempre agravam a sanção:

- I — a má conduta do preso;
- II — a reincidência;
- III — promover ou organizar a cooperação na infração ou dirigir a atividade dos demais agentes;
- IV — ter coagido ou induzido outros presos à prática de infração;
- V — ter cometido a infração abusando da confiança nele depositada;
- VI — ter agido em conluio com funcionário.

Art. 86 — A execução da sanção disciplinar poderá ser suspensa condicionalmente, pelo prazo de um a seis meses, quando as circunstâncias, a gravidade da infração e os antecedentes do preso autorizarem a presunção de que não reincidirá.

Parágrafo único — Se o preso não cometer outra infração, durante o período de suspensão condicional, fica extinta a sanção disciplinar.

Art. 87 — O preso que cometer infração durante o período de suspensão condicional e for punido cumprirá as sanções cumulativamente.

Art. 88 — A execução da sanção disciplinar poderá ser suspensa por determinação médica fundamentada.

Art. 89 — O infrator recolhido à cela de segurança deverá ter visita médica e saída diária ao ar livre.

Art. 90 — Por necessidade de segurança individual ou coletiva, e imediatamente após o cometimento da infração disciplinar, poderá ser determinado o isolamento preventivo do infrator.

Parágrafo único — O prazo de isolamento preventivo não poderá ultrapassar cinco dias, salvo motivo de força maior, reconhecido pela Comissão de Classificação e Tratamento, e será computado no período de duração da sanção disciplinar.

Art. 91 — Compete à Comissão de Classificação e Tratamento julgar as infrações e aplicar as respectivas sanções disciplinares, cabendo ao diretor do estabelecimento executá-las.

Parágrafo único — A sanção da transferência de estabelecimento somente poderá ser aplicada pelo Conselho de Classificação e Tratamento, e será executada pelo dirigente do órgão central do sistema.

Art. 92 — A legislação supletiva ou os preceitos regulamentares estabelecerão as normas do processo disciplinar, assegurado o direito de defesa com previsão de recursos e respectivos prazos.

TÍTULO V

Dos Direitos e Deveres

CAPÍTULO I

Dos Direitos Fundamentais

Art. 93 — São direitos fundamentais do preso:

I — ser tratado com a dignidade inerente à pessoa humana, sem qualquer discriminação de raça, cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou condição social;

II — receber trato condizente com a sua conduta;

III — merecer respeito em suas crenças religiosas e nos preceitos morais do grupo a que pertencer;

IV — conservar, quando sentenciado, durante a execução da sanção, todos os direitos que não haja perdido ou não lhe tenham sido suspensos por força de lei ou sentença.

CAPÍTULO II

Dos Direitos Específicos

Art. 94 — São direitos específicos do preso:

I — dispor de assistência social, jurídica, médica, material e religiosa, obedecido o princípio da liberdade de culto;

II — ser ouvido pelo diretor do estabelecimento, nos dias e horas previamente designados;

III — conferenciar sigilosa e livremente com advogado constituído ou dativo, dentro do horário estabelecido pela administração;

IV — ser visitado, se estrangeiro, pelos representantes oficiais do seu país;

V — não ser constrangido ao exercício de espionagem ou delação, ressalvado o disposto na lei processual penal quanto ao testemunho;

VI — ser regularmente visitado pelo cônjuge ou companheiro e pelos parentes em linha reta;

VII — não sofrer discriminação ou desigualdade de tratamento, salvo a resultante da individualização da sanção;

VIII — ser protegido contra o sensacionalismo publicitário;

IX — não ser chamado ou referido por número;

- X — não sofrer formas aviltantes de tratamento;
- XI — continuar, no estabelecimento prisional, as atividades intelectuais ou artísticas exercidas anteriormente;
- XII — defender-se, sempre que responsabilizado por qualquer infração disciplinar;
- XIII — interpor recursos de ordem administrativa, em matéria disciplinar;
- XIV — constituir pecúlio;
- XV — receber educação moral, cívica, intelectual, física e profissional;
- XVI — requerer a revisão do grau de periculosidade declarado na sentença condenatória;
- XVII — requerer à superior instância judiciária, nos termos estabelecidos pelo Código de Processo Penal, o exame para a verificação da cessação da periculosidade, quando submetido a medidas de segurança detentiva;
- XVIII — requerer o livramento condicional;
- XIX — receber auxílio-reclusão, nos termos da legislação da Previdência Social;
- XX — receber orientação e amparo para o retorno ao convívio social;
- XXI — suscitar o incidente de excesso ou desvio de execução.

Parágrafo único — Os direitos previstos nos incisos XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX e XXI são específicos dos sentenciados.

Art. 95 — O pecúlio a que se refere o inciso XIV do artigo anterior é o saldo resultante da dedução feita no salário do preso, das quantias destinadas a compor as indenizações previstas em lei, as estipuladas na sentença, e ao pagamento da multa imposta na condenação.

§ 1º — A dedução a que se refere este artigo será mensal e consecutiva, e o seu valor máximo será fixado pela Comissão de Classificação e Tratamento.

§ 2º — O pecúlio se destina ao uso particular do sentenciado, ao sustento de seus dependentes, quando os tiver, e à constituição de poupança, nas proporções a serem fixadas pelas disposições estaduais supletivas.

§ 3º — O sentenciado poderá operar investimentos com as parcelas do seu pecúlio destinadas a seu uso particular e à poupança, mediante prévia autorização da autoridade administrativa competente para a execução.

§ 4º — Em caso de necessidade, devidamente justificada, a autoridade administrativa poderá autorizar o levantamento de quantia destinada à poupança, para atendimento de dependentes do sentenciado.

Art. 96 — Quando funcionário público ou servidor de entidade da Administração Direta ou Indireta, o preso tem direito de continuar percebendo:

I — dois terços do vencimento, remuneração ou salário, durante o afastamento de exercício do cargo, função ou emprego, em virtude de prisão provisória ou de prisão resultante de sentença condenatória não transitada em julgado;

II — um terço do vencimento, remuneração ou salário durante o afastamento de exercício do cargo, função ou emprego, em virtude de prisão resultante de sentença condenatória transitada em julgado, que não determine a demissão.

Art. 97 — O sentenciado inicialmente classificado no regime aberto se equipara ao beneficiado pela suspensão condicional da pena, para os efeitos de conservação da relação de emprego, nos termos da legislação trabalhista (CLT, art. 482, alínea d).

CAPÍTULO III Dos Deveres

Art. 98 — São deveres do preso:

- I — proceder de acordo com os ditames da moral, da lei e dos bons costumes;

II — ter conduta ordeira e disciplinada, observando as limitações fixadas pela sentença condenatória e acatando as imposições decorrentes de sua execução;

III — nada reivindicar ou exigir além dos seus direitos e das recompensas adquiridas durante sua permanência no estabelecimento;

IV — manter com as autoridades e funcionários atitudes de respeito e obediência, e tratar os demais presos com urbanidade e decência;

V — cuidar da higiene corporal, do asseio da cela ou alojamento e da conservação de objetos de uso pessoal;

VI — não se evadir ou tentar evadir-se nem incitar movimentos coletivos de subversão à ordem ou à disciplina, ou deles participar;

VII — não praticar crime ou contravenção;

VIII — executar as tarefas e cumprir as ordens que receber, sem formular exigência ou reclamação manifestamente improcedente e reprovável;

IX — submeter-se ao tratamento que lhe for aplicado sem relutância ou recusa injustificada;

X — indenizar o Estado através do Sistema Penitenciário e na proporção de seus recursos pessoais, das despesas realizadas com a sua subsistência.

Parágrafo único — Cabe à autoridade administrativa competente para a execução, ouvido o Conselho de Classificação e Tratamento, determinar o valor-dia da indenização prevista no inciso X, em relação a cada preso, bem como estabelecer os casos de isenção.

CAPÍTULO IV

Das Recompensas

Art. 99 — São recompensas a serem conferidas aos presos:

I — visitas de parentes em qualquer grau, e de pessoas amigas, em dias certos e em número limitado;

II — visitas especiais, fora do horário normal;

III — visitas em local reservado;

IV — participação em espetáculos recreativos;

V — práticas esportivas;

VI — uso de aparelhos radioreceptores e outros objetos voluptuários nas celas ou alojamentos;

VII — ter em seu poder, quando no interior do estabelecimento prisional, importância em dinheiro não superior a dez por cento do salário mínimo;

VIII — períodos extraordinários de lazer;

IX — circulação pelo estabelecimento;

X — recolhimento à cela ou alojamento depois do horário normal;

XI — visita ao local onde se encontra ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, ou irmão em estado de enfermidade grave;

XII — comparecimento ao sepultamento de ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, ou irmão;

XIII — posse da chave da própria cela;

XIV — visita ao lar, durante o dia;

XV — descanso por quinze dias úteis, após doze meses contínuos de trabalho, com dedicação e produtividade.

Parágrafo único — As recompensas a que se refere este artigo serão conferidas tendo em vista o índice de aproveitamento revelado, ou de acordo com atos exemplares de conduta praticados pelo preso, e visam a complementar o tratamento penitenciário.

TÍTULO VI
Dos Estabelecimentos Prisionais

CAPÍTULO I
Das Categorias e dos Tipos de
Estabelecimentos Prisionais

Art. 100 — É considerado estabelecimento prisional todo aquele em que se acham recolhidas pessoas, em virtude de prisão provisória ou definitiva, bem como de medida de segurança detentiva.

Art. 101 — Os estabelecimentos prisionais serão classificados dentre as seguintes categorias:

- I — estabelecimentos presidiários;
- II — estabelecimentos de classificação e triagem;
- III — estabelecimentos penitenciários;
- IV — estabelecimentos médico-penais;
- V — estabelecimentos assistenciais.

§ 1º — Haverá sempre separação e distinção dos estabelecimentos, conforme o regime a aplicar e, ainda, conforme se destinem a homens ou mulheres adultos ou a jovens-adultos entre dezoito e vinte e um anos de idade.

§ 2º — Onde não houver estabelecimentos separados e distintos serão construídos anexos, pavilhões ou setores, para a separação dos presos.

Art. 102 — Os estabelecimentos presidiários destinam-se aos que estiverem presos em caráter provisório, podendo, também, abrigar, em pavilhão ou setor anexo mas separado, os condenados a prisão simples e a penas de detenção e de reclusão de curta duração.

Parágrafo único — As pessoas que se acham submetidas a prisão administrativa ou civil, bem como aquelas que tenham direito a prisão provisória especial, na conformidade da lei processual, também serão recolhidas em pavilhão ou setor anexo desses estabelecimentos.

Art. 103 — Os estabelecimentos de classificação e triagem destinam-se ao exame da personalidade dos sentenciados, aos quais tenha sido aplicada pena privativa de liberdade ou imposta medida de segurança, para efeito de classificação, fixação do regime penitenciário adequado, bem como para verificação da cessação da periculosidade e outros fins atinentes à execução penal.

Parágrafo único — O período de internamento em estabelecimento de classificação e triagem não excederá de noventa dias.

Art. 104 — Os estabelecimentos penitenciários destinam-se aos condenados a penas de detenção e reclusão.

Art. 105 — Os estabelecimentos médico-penais destinam-se aos submetidos à medida de segurança detentiva e à prestação de tratamento médico aos sentenciados.

Art. 106 — Os estabelecimentos assistenciais destinam-se a prestar assistência aos presos, aos egressos definitivos dos estabelecimentos prisionais, às vítimas de práticas criminosas, bem como às respectivas famílias, a fim de realizar a observação cautelar e proteção dos liberados condicionais, dos submetidos à medida de segurança de liberdade vigiada, e dos beneficiados pela suspensão condicional da pena.

Art. 107 — Os estabelecimentos penitenciários, do ponto de vista da segurança, devem ser dos seguintes tipos:

- I — estabelecimento de segurança máxima;
- II — estabelecimento de segurança média;
- III — estabelecimento de segurança mínima.

Art. 108 — O estabelecimento de segurança máxima terá regime fechado; o de segurança média terá regime fechado ou semi-aberto; o de segurança mínima terá regime aberto, no qual se inclui a espécie denominada prisão-albergue.

Art. 109 — Os estabelecimentos médico-penais devem ser dos seguintes tipos:

- I — estabelecimento hospitalar para toxicômanos;
- II — sanatório;
- III — manicômio;
- IV — hospital.

Art. 110 — Os estabelecimentos assistenciais serão do tipo patronato.

Art. 111 — Os estabelecimentos penitenciários, do ponto de vista da atividade laborativa neles desenvolvida, devem ser dos seguintes tipos:

- I — estabelecimento industrial;
- II — estabelecimento agrícola;
- III — estabelecimento misto.

§ 1º — O estabelecimento industrial é destinado, preferentemente, ao recolhimento dos sentenciados oriundos dos meios urbanos ou das regiões onde a economia industrial é predominante.

§ 2º — O estabelecimento agrícola deve ser instalado nas regiões onde predomina a economia agropecuária e se destina, preferentemente, ao recolhimento dos condenados oriundos de ambientes rurais, em imóveis capazes de proporcionar boa produção na sua exploração específica.

§ 3º — O estabelecimento misto, que apresente características comuns aos dois tipos referidos nos §§ 1º e 2º, deve ser instalado em áreas de transição das economias industrial e agropecuária, ou onde ambas sejam concorrentes.

Art. 112 — Nos estabelecimentos penitenciários onde se faça a aplicação do regime semi-aberto ou aberto, quer sejam localizados em centros urbanos ou regiões rurais, as atividades laborativas previstas no artigo anterior poderão ser substituídas por atividades externas de outra natureza.

Art. 113 — Em nenhum caso será permitida a coabitação do preso com seus familiares ou dependentes, no recinto do estabelecimento prisional.

CAPÍTULO II

Do Ingresso nos Estabelecimentos

Art. 114 — A determinação do estabelecimento prisional onde será cumprida a prisão provisória ou definitiva caberá à autoridade administrativa competente para a execução, respeitado o disposto nos arts. 4º, 14 e 15 das presentes Normas.

Art. 115 — O ingresso por transferência será sempre precedido de parecer do Conselho de Classificação e Tratamento, que atenderá à conveniência da disciplina ou à necessidade de dar ao sentenciado tratamento mais compatível com a sua classificação.

§ 1º — As transferências serão comunicadas à autoridade judiciária.

§ 2º — A transferência para estabelecimento situado em outra Unidade da Federação dependerá de autorização judicial, e de anuência da autoridade administrativa sob cuja custódia deverá ficar o sentenciado.

Art. 116 — Ocorrendo a transferência para estabelecimento situado em outra Unidade da Federação, as autoridades judiciárias e administrativas desta Unidade passarão a ser competentes para a execução.

Parágrafo único — O disposto neste artigo se aplica ao sentenciado pela Justiça Federal.

TÍTULO VII
Da Administração Penitenciária

CAPÍTULO I
Da Estrutura e Organização

Art. 117 — Para o exercício das atribuições de órgão de execução penal, a Administração Penitenciária, nos Estados, Distrito Federal e Territórios, será integrada pelo Sistema Penitenciário e pelo Conselho Penitenciário.

Art. 118 — Compete à Administração Penitenciária velar pela custódia dos presos, que ficarão submetidos a um regime preservador de boas condições físicas e morais, e, sobretudo, a aplicação do regime e tratamento penitenciários aos sentenciados a penas privativas de liberdade ou a medidas de segurança detentivas, na conformidade desta Lei.

Parágrafo único — Compete, também, à Administração Penitenciária;

I — participar das atividades dos estabelecimentos assistenciais previstos nesta Lei, ou controlá-los, inclusive no concernente a verbas e subvenções que lhes forem atribuídas;

II — fornecer informações, relatórios ou pareceres às autoridades judiciárias e administrativas, na forma da lei;

III — cooperar com os órgãos responsáveis pela elaboração e execução de política de prevenção da criminalidade e de defesa social;

IV — colaborar com os órgãos normativos e executivos federais em tudo que se relacione com a política penitenciária adotada, e a perfeita observância do regime penitenciário previsto nesta Lei.

Art. 119 — A Administração Penitenciária será organizada com a observância dos seguintes princípios:

I — todos os estabelecimentos prisionais serão integrados em Sistema Penitenciário, instituído como entidade da Administração Direta, capaz de assegurar a uniformidade de critérios para a correta execução penal e melhor aproveitamento dos elementos materiais e do pessoal disponível;

II — os Conselhos Penitenciários serão organizados com autonomia administrativa e técnica, e terão serviços próprios.

Art. 120 — Compete ao Governo federal a organização de um Conselho, vinculado ao Ministério da Justiça, com os respectivos órgãos de apoio administrativo, que tenha atribuições normativas e fiscalizadoras visando ao aperfeiçoamento científico da execução penal no País, consoante os termos e finalidades da legislação penal, processual penal e penitenciária.

CAPÍTULO II
Do Sistema Penitenciário

Art. 121 — É considerado Sistema Penitenciário o conjunto de órgãos, estabelecimentos prisionais, comissões e conselhos das Unidades federativas, aplicados na execução das normas de regime penitenciário e submetido a um órgão central, em cuja estrutura administrativa ficam integrados.

Art. 122 — O Sistema Penitenciário compreende:

I — o órgão central do sistema;

II — os estabelecimentos prisionais;

III — as Comissões de Classificação e Tratamento;

IV — o Conselho de Classificação e Tratamento.

Art. 123 — Ao órgão central do Sistema incumbe coordenar e orientar as unidades nele integradas, estudar e editar normas regulamentares que disciplinem ou complementem suas atividades, fiscalizar o cumprimento daquelas e o perfeito desempenho destas,

executar todos os serviços que lhe sejam diretamente afetados e as atribuições que lhe sejam conferidas por lei.

Parágrafo único — O dirigente do órgão central do Sistema é a autoridade administrativa competente para a execução penal, referida no Código de Processo Penal.

Art. 124 — Aos estabelecimentos prisionais cabe o cumprimento das suas finalidades, nos termos do contido nesta Lei e na conformidade dos preceitos regulamentares fixados pela legislação supletiva ou pelo órgão central do Sistema.

Art. 125 — As Comissões de Classificação e Tratamento funcionarão nos estabelecimentos prisionais e serão constituídas pelo diretor do estabelecimento, que a presidirá, e mais dois membros por ele escolhidos dentre os servidores e aprovados pelo Conselho de Classificação e Tratamento.

Parágrafo único — Compete à Comissão de Classificação e Tratamento:

I — julgar as infrações disciplinares cometidas pelos presos no estabelecimento e aplicar as sanções cabíveis;

II — promover e fiscalizar a aplicação do regime fixado pelo Conselho de Classificação e Tratamento para cada preso;

III — orientar o tratamento de cada preso, nos termos do regime fixado;

IV — propor ao Conselho de Classificação e Tratamento as transferências de estabelecimento;

V — solicitar ao Conselho de Classificação e Tratamento as medidas julgadas necessárias para o melhor aproveitamento do regime penitenciário aplicado ao preso;

VI — fixar o valor máximo da dedução que incidirá sobre o salário do preso;

VII — identificar o preso, por ocasião do seu ingresso, das normas regulamentares do Sistema.

Art. 126 — O Conselho de Classificação e Tratamento funcionará no estabelecimento de classificação e triagem e será constituído pelo diretor do estabelecimento, que o presidirá, e mais quatro membros designados pelo dirigente do órgão central do sistema.

§ 1º — Serão membros do Conselho de Classificação e Tratamento: um jurista, um médico, preferencialmente psiquiatra, um educador ou psicólogo e um assistente social ou sociólogo.

§ 2º — Compete ao Conselho de Classificação e Tratamento:

I — realizar o exame de classificação dos sentenciados;

II — fixar o regime penitenciário adequado a cada sentenciado;

III — decidir sobre as medidas solicitadas pelas Comissões de Classificação e Tratamento;

IV — julgar os recursos das decisões disciplinares proferidas pelas Comissões de Classificação e Tratamento;

V — aplicar a sanção disciplinar de transferência de estabelecimento;

VI — supervisionar as atividades e fiscalizar as decisões das Comissões de Classificação e Tratamento, para o fim de mantê-las, modificá-las ou revogá-las;

VII — propor à autoridade competente a alteração do regime penitenciário fixado por decisão judicial;

VIII — emitir parecer sobre a saída de presos para gozar de recompensa concedida ou de sentenciados para exercer atividade externa, bem como sobre as transferências para outros estabelecimentos;

IX — emitir parecer sobre o valor-dia das indenizações, bem como sobre as isenções previstas no inciso X do art. 98;

X — apreciar as indicações dos diretores de estabelecimentos penitenciários para membros das Comissões de Classificação e Tratamento.

Art. 127 — Nos Sistemas onde não exista estabelecimento de classificação e triagem, o Conselho de Classificação e Tratamento funcionará junto ao órgão central e será presidido pelo dirigente desta entidade.

CAPÍTULO III Do Conselho Penitenciário

Art. 128 — O Conselho Penitenciário é órgão da Administração Penitenciária, que tem por finalidade precípua contribuir tecnicamente para o bom desempenho da execução penal e a eficaz aplicação do regime penitenciário.

Art. 129 — O Conselho Penitenciário será composto dos seguintes membros: um representante do Ministério Público Federal, um representante do Ministério Público local, um representante da Seção local da Ordem dos Advogados do Brasil, dois professores de Direito Penal, Processual Penal, Penal Executivo ou Penitenciário, ou juristas de notório saber nessas especialidades, e dois médicos psiquiatras, ou psicólogos, nomeados, por dois anos, pelos Governadores nos Estados, no Distrito Federal ou Território.

§ 1º — O Presidente do Conselho será designado pelo Governador do Estado, Distrito Federal, ou Território respectivo, dentre os membros do órgão, cabendo sua substituição ao Vice-Presidente, designado nas mesmas condições.

§ 2º — Para substituir os membros do Conselho em suas faltas ou impedimentos, as autoridades referidas neste artigo nomearão, como suplantes, um jurista, um médico psiquiatra ou psicólogo e um membro do Ministério Público.

§ 3º — Os representantes do Ministério Público Federal e Ministério Público estadual serão indicados pelo Procurador-Geral da República e pelo Procurador-Geral da Justiça local, respectivamente.

§ 4º — As deliberações do Conselho serão tomadas por maioria da votos, presentes no mínimo cinco membros.

§ 5º — Participarão das sessões do Conselho, como membros informantes sem direito a voto, e quando convocados, dirigentes do Sistema penitenciário.

Art. 130 — O exercício da função de membro do Conselho Penitenciário é serviço público relevante.

Art. 131 — Compete ao Conselho Penitenciário:

I — emitir parecer nos casos de livramento condicional, pedidos de indulto ou comutação de pena;

II — dirigir ou inspecionar patronatos que efetivam a observação cautelar e a proteção dos liberados condicionais, dos beneficiados com a suspensão condicional da pena, e dos que obtiveram a desinternação condicional, conforme previsto na legislação penal;

III — suscitar incidente de excesso ou desvio da execução penal;

IV — propor à autoridade judiciária competente a modificação das condições da suspensão condicional da pena e do livramento condicional;

V — propor o restabelecimento de medida de segurança, nos casos em que o desinternado condicionalmente, durante o período de prova, venha a praticar fato indicativo de persistência de sua periculosidade;

VI — requerer o livramento condicional de condenados;

VII — comunicar à autoridade judiciária as transgressões das condições do livramento condicional, e, conforme a gravidade da falta, representar àquela autoridade para o efeito de ser revogado o mesmo livramento;

VIII — propor concessão do indulto individual através do Ministério da Justiça;

IX — propor à autoridade judiciária as providências necessárias para o reconhecimento da aplicação de indulto coletivo a caso individual;

X — opinar, quando solicitado pela autoridade judiciária, sobre modificação na execução de pena privativa de liberdade e sobre a transferência de condenado para estabelecimento penal aberto ou para o regime de prisão-albergue;

XI — visitar, por um de seus membros no mínimo, e pelo menos uma vez por mês, os estabelecimentos prisionais da zona de sua jurisdição, verificando a boa execução do regime penal e representando a autoridade competente, sempre que entender conveniente, a adoção de qualquer providência;

XII — realizar nos estabelecimentos prisionais a cerimônia do livramento condicional deferida aos condenados que neles estejam recolhidos;

XIII — apresentar ao órgão superior, no primeiro trimestre de cada ano, relatório dos trabalhos realizados no exercício anterior.

Art. 132 — O Conselho Penitenciário dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios têm sob sua jurisdição todos os sentenciados recolhidos nos estabelecimentos prisionais locais.

CAPÍTULO IV

Do Servidor Penitenciário

Art. 133 — O servidor penitenciário será selecionado de modo a que, além de sua aptidão profissional, se verifique sua qualificação pessoal, tendo-se em vista que de sua integridade, humanidade e devoção funcional específica dependerá a boa aplicação do regime penitenciário.

Art. 134 — A Administração Penitenciária diligenciará por despertar e manter, no espírito do servidor penitenciário, a consciência de que sua função constitui um relevante serviço social.

Art. 135 — É dever do servidor penitenciário sempre desempenhar as suas funções de modo que seu exemplo inspire respeito e exerça influência benéfica no espírito do preso.

Art. 136 — O quadro de servidores penitenciários será organizado em carreiras e cargos, que atendam à especialização de atribuições concernentes às funções de direção, de tratamento e de segurança.

Art. 137 — A União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios organizarão escolas para a seleção e formação do servidor penitenciário.

Parágrafo único — O exercício da atividade do servidor referido neste artigo será precedido de curso e estágio visando à preparação adequada para as funções mencionadas no artigo anterior.

Art. 138 — Durante o exercício de sua atividade funcional, o servidor penitenciário deverá freqüentar cursos de aperfeiçoamento, a fim de aprimorar seus conhecimentos e sua capacidade profissional.

TÍTULO VIII

Das Disposições Gerais e Transitórias

Art. 139 — A legislação estadual supletiva em nenhuma hipótese poderá estabelecer normas aditivas, restritivas ou modificativas destas Normas Gerais, principalmente quanto às espécies de regime penitenciário, aos meios de tratamento, aos direitos e deveres dos presos, às categorias e tipos de estabelecimentos e à Administração Penitenciária.

Art. 140 — Todo Sistema Penitenciário terá um regulamento geral aplicável aos estabelecimentos que o integram.

Parágrafo único — Onde não houver legislação supletiva, os regulamentos obedecerão, estritamente, aos preceitos contidos nesta Lei.

Art. 141 — Todo preso, provisório ou sentenciado, terá um prontuário, onde serão registradas as ocorrências de sua vida prisional e arquivados os documentos relacionados com o período de privação de liberdade.

Art. 142 — O prontuário conterá, necessariamente, as indicações da identidade, dos antecedentes penais e fotografia recente do preso.

Parágrafo único — O prontuário dos sentenciados conterá, também, o resumo do processo a que respondeu, a guia de internação, o laudo do exame de classificação e os boletins médico e penitenciário.

Art. 143 — O boletim penitenciário objetivará a aferição do Índice de aproveitamento revelado durante a execução da pena, e registrará dados relativos ao senso moral e de responsabilidade, ao grau de sociabilidade e à conduta, na vida prisional.

Art. 144 — Haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato executivo for praticado além dos limites fixados na sentença condenatória ou nas normas previstas em lei.

§ 1º — Considera-se ato executivo capaz de ensejar o incidente de excesso ou desvio de execução aquele que a autoridade administrativa competente para a execução praticar ou referendar, contrariamente aos limites fixados na sentença condenatória ou às normas desta Lei, que fixam os direitos do preso.

§ 2º — Só é cabível suscitar o incidente de excesso ou desvio de execução, após esgotados os recursos administrativos previstos em normas supletivas ou regulamentares.

Art. 145 — Toda atividade ou recompensa que importar na saída do preso do estabelecimento prisional, onde estiver recolhido, dependerá de parecer favorável do Conselho de Classificação e Tratamento e aprovação da autoridade administrativa competente para a execução.

Art. 146 — É proibida a divulgação de ocorrência verificada nos estabelecimentos prisionais, quando seja capaz de perturbar sua segurança ou disciplina e de expor os presos a inconveniente notoriedade.

Art. 147 — Nenhum sentenciado recolhido a estabelecimentos prisionais regidos por estas Normas terá regime ou tratamento especial que implique discriminação em relação ao regime comum.

Art. 148 — O Governo federal fica autorizado a criar uma empresa pública destinada a utilizar o trabalho dos presos do País, com a obrigação de lhes pagar salários e contribuir para a sua formação profissional.

§ 1º — A empresa ficará vinculada ao Ministério da Justiça, para os fins do art. 19 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, e poderá ter a participação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios na realização de seu capital.

§ 2º — A empresa poderá firmar convênios com as Unidades federativas interessadas nos seus serviços, e com entidades privadas de objetivos sociais, mantidas por contribuições obrigatórias, a fim de aumentar os recursos disponíveis e possibilitar a localização regional dos seus estabelecimentos.

Art. 149 — O produto das indenizações previstas no inciso X do art. 98 será destinado ao atendimento das finalidades dos estabelecimentos assistenciais.

Art. 150 — Ficam extintos a Inspetoria-Geral Penitenciária e o Conselho Penitenciário Federal.

Parágrafo único — Até que seja criado o Conselho Penitenciário do Distrito Federal, prorroga-se o mandato dos membros do Conselho Penitenciário Federal, para apreciação dos processos relativos à Justiça do Distrito Federal.

Art. 151 — Estas Normas aplicam-se às execuções penais em curso, retroagindo seus efeitos quando beneficiar o preso.

Art. 152 — Estas Normas entrarão em vigor no dia...

En torno a la libertad vigilada

JULIO PEÑA NÚÑEZ

Corresponsal Nacional en Prevención
del Delito y Justicia Penal de la
Secretaría de Naciones Unidas

I) *Antecedentes*

Desde 1951 (Resolución 390 E (XIII) del Consejo Económico y Social), las Naciones Unidas vienen insistiendo ante los Gobiernos en la urgencia de dar favorable acogida a la adopción y desarrollo de la libertad vigilada.

Hasta ahora, no ha habido una respuesta significativa a este llamamiento. El peso de la represión del delito continúa recayendo en la aplicación de penas privativas de libertad, ejecutadas por lo general en establecimientos cerrados, mediante métodos puramente institucionales.

Hay problemas conceptuales y de organización administrativa y técnica que representan serios obstáculos para el desarrollo orgánico de esta institución.

¿Constituye la libertad vigilada una sanción penal?

¿Es una medida de seguridad?

¿Es una medida de vigilancia?

¿Puede decretarse durante la tramitación del juicio criminal?

¿Existen diferencias entre la libertad vigilada y la suspensión condicional de la ejecución de la pena?

Este artículo tiende a adelantar algunas reflexiones al respecto.

II) *Concepto*

La libertad vigilada es una medida especial de política criminal, decretada por la autoridad judicial, cuyo aspecto básico es el tratamiento en la comunidad de delincuentes especialmente seleccionados

Este concepto representa una enérgica reacción contra la concepción tradicional de la libertad vigilada, que pone especial énfasis en la *vigilancia o control de actividades* a que puede quedar sujeto el condenado.

El *tratamiento en la comunidad* es el elemento que otorga individualidad propia a la institución.

La expresión "tratamiento" debe entenderse en un sentido amplio, que abarca los aspectos reeducativos, terapéuticos y de asistencia social.

Este tratamiento implica un trabajo de terreno destinado a orientar al sujeto atendido y a facilitarle los medios que le hagan posible superar, en base a su propio esfuerzo y con la participación de la comunidad, las condiciones adversas que lo condujeron al delito o que pueden llevarlo nuevamente a él.

El control de actividades es un *aspecto secundario* que puede darse o no en la libertad vigilada.

En cambio, en la concepción tradicional libertad vigilada y control de actividades se confunden.

Esta confusión se mantiene, incluso, en legislaciones muy recientes, como el Código Penal de Costa Rica de 1971, cuyo artículo 101 califica a la libertad vigilada como *medida de vigilancia*.

La denominación de libertad "vigilada" arranca precisamente de la atención preferente dispensada a la vigilancia o control de actividades.

La circunstancia de que la vigilancia o control de actividades no haya pasado de ser puramente nominal en casi todas partes, ha conducido al desprestigio de la institución.

Refiriéndose a la situación en Costa Rica, el Profesor GUILLERMO PADILLA, durante la discusión del Código Penal Tipo para Latinoamérica, dijo que la libertad vigilada en su país había constituido solamente una institución establecida en el papel⁽¹⁾.

Relativamente a la situación en Chile, el Profesor BERNARDO GESCHE, en su trabajo sobre la "Remisión condicional de la pena", recoge las impresiones de un funcionario que por años tuvo a su cargo la vigilancia de condenados a quienes se había suspendido condicionalmente la pena, el cual declaró que "la vigilancia sobre la conducta del reo se traduce en la única obligación de presentarse una vez al mes en la Oficina del Patronato de Reos para firmar el Registro de Remitidos; si un reo deja de concurrir en tres oportunidades, o sea, durante tres meses a dicha Oficina, se comunica el hecho a los Tribunales, los que ordinariamente se limitan a archivar estas comunicaciones". "Resulta así -- dice el Profesor GESCHE -- que la libertad vigilada a que la doctrina asigna gran importancia para el éxito de la remisión condicional de la pena, sólo constituye una declaración de buenos propósitos. Los reos, en realidad, gozan de una libertad irrestricta durante el período de observación, salvo la obligación de no dejar transcurrir más de tres meses sin presentarse al Patronato de Reos para firmar el Libro de Registro de Remitidos" ⁽²⁾.

De allí que insistimos en la conveniencia de centrar la atención en el tratamiento a que debe ser sometido el condenado en la comunidad. Es lo que corresponde hacer en doctrina y en la práctica.

(1) *Código Penal Tipo para Latinoamérica*, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1973, Tomo II, Volúmen I, página 506.

(2) BERNARDO GESCHE, *La Remisión Condicional de la Pena*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1975, páginas 30 y 31.

III) *Hay que distinguir entre medidas de vigilancia y libertad vigilada*

Las medidas de vigilancia se caracterizan por ser restrictivas de la libertad y someter a control la conducta del sujeto a quien se aplican.

El artículo 57 del Código Penal Tipo para Latinoamérica califica como medidas de vigilancia las siguientes:

- a) fijación de domicilio;
- b) prohibición de concurrir a determinados lugares;
- c) obligación de presentarse a los organismos especiales de vigilancia;
- d) obligación de abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas; y
- e) abstenerse de empleo de sustancias estupefacientes, alucinógenas o que produzcan adicción.

Ninguna de estas medidas implica tratamiento del delincuente y la tendencia predominante es considerarlas como medidas de seguridad.

Así, la "vigilancia de la autoridad" constituye una medida de seguridad en el Código Penal del Uruguay de 1933, y lo mismo ocurre con la "prohibición de frecuentar determinados lugares" en el Código Penal de Costa Rica de 1971 y en el Código Penal de Guatemala de 1973.

Se tiende actualmente a distinguir entre las medidas de vigilancia y la libertad vigilada.

Esta distinción fue por primera vez acogida en el nuevo Código Penal de Guatemala, de 1973, cuyo artículo 97 dice que la libertad vigilada no tiene carácter de custodia, sino de protección, designándola su artículo 88 separadamente de la prohibición de residir en lugar determinado y de la de concurrir a determinados lugares.

Libertad vigilada y medidas de vigilancia pueden, sin embargo, coexistir.

Efectivamente, junto con someter al sujeto a tratamiento en la comunidad, puede el juez dejarlo afecto a determinadas medidas de vigilancia.

Así, además del tratamiento en el seno de la comunidad, podría el juez decretar la prohibición de concurrir a determinados lugares, la de abstenerse del consumo de bebidas alcohólicas o cualquiera otra medida de vigilancia que estime conveniente, dentro del marco señalado por la ley.

En estos casos, el delegado de libertad vigilada, además de encauzar y supervisar el tratamiento en el medio libre, debería velar por el cumplimiento de las restricciones impuestas, personalmente o con la ayuda de organismos de la comunidad.

IV) *La libertad vigilada es ajena a las nociones de restricción de libertad y sanción penal*

Como aspectos inherentes al tratamiento en la comunidad, el juez podría disponer arreglos para atención médica, psiquiátrica y psicológica; el ingreso a actividades de formación o capacitación para la vida del trabajo; el mejoramiento del nivel educativo; la incorporación a actividades culturales, deportivas o de

recreación dirigida; el apoyo para obtener y mantener un trabajo remunerado y otras actividades semejantes.

Ninguna de estas actividades puede ser calificada como restrictiva de libertad. Así como el padre no restringe la libertad de su hijo cuando dispone su ingreso a la escuela de enseñanza básica, tampoco el juez restringe la libertad del beneficiario de esta medida, cuando dispone en su favor un determinado tratamiento en la comunidad.

En consecuencia, la libertad vigilada no es restrictiva de libertad en sí; lo son las medidas de vigilancia que adicionalmente puede decretar el juez.

No hay tampoco en la libertad vigilada sentido de retribución, ni moral ni jurídica, ni sentido de expiación. Lo que se pretende es evitar la comisión de nuevos delitos, aumentando la capacidad del sujeto para respetar el orden jurídico y convivir normalmente en sociedad.

En la práctica, la libertad vigilada se presenta ordinariamente como *medida sustitutiva de una sanción penal*, cuya ejecución ha sido suspendida (condena de ejecución condicional). El juez suspende la ejecución de la pena y somete al inculcado a tratamiento en la comunidad; pero esto no significa que ese tratamiento invista el carácter de sanción, como tampoco lo es el tratamiento intramuros a que es sometido el condenado a una pena privativa de la libertad. La sanción corresponde a la pena impuesta en la respectiva sentencia judicial.

V) *El universo de la libertad vigilada es más amplio que el de las medidas de seguridad*

En el medio latinoamericano se observa la tendencia a tratar la libertad vigilada entre las disposiciones aplicables a las medidas de seguridad: Código Penal de Colombia de 1936 (artículos 61 a 68); Código Penal de Brasil de 1940 (artículos 88, 90, 94, 95 y 96); Código Penal de Costa Rica de 1971 (artículos 97 a 102) y Código Penal de Guatemala (artículos 84 a 97).

En muchos casos, la libertad vigilada constituirá netamente una medida de seguridad. Tal es el caso del sujeto que, cumplida una pena privativa de libertad, es sometido por el juez a libertad vigilada, por considerar que la pena ha sido ineficaz como instrumento de resocialización.

Pero ¿por qué reducir las perspectivas de la libertad vigilada al solo universo de las medidas de seguridad?

Las medidas de seguridad se apoyan en la noción de "peligrosidad" o "estado peligroso" y tienden a impedir que ciertas personas, especialmente proclives al delito, cometan en el futuro hechos delictivos o que habiéndolos cometidos, queden sin sanción por ser inimputables ante la ley penal y no poder, en consecuencia, ser alcanzado por la pena.

¿Por qué limitar la libertad vigilada a los sujetos en estado peligroso?

¿Acaso sus fines no son más amplios que la "seguridad" del organismo social?

¿Por qué no aplicarla, en reemplazo de la pena privativa de libertad, a delinquentes que no constituyen un peligro social, a quienes conviene sustraer del ambiente contaminado de la prisión?

Los muchos problemas doctrinarios relacionados con las medidas de seguridad, aconsejan por otra parte reaccionar contra un criterio restrictivo.

Aquí mencionamos solamente algunos: si hay o no diferencias esenciales entre la pena y la medida de seguridad; si deben elaborarse leyes o códigos separados para estas medidas o si pueden tratarse conjuntamente con las penas dentro de los códigos penales; si deberían existir medidas de seguridad pre-delictuales o si sólo pueden aplicarse al sujeto que ha delinquido; si deben ser impuestas solamente por la autoridad judicial o si pueden quedar entregadas, en ciertas circunstancias, a la autoridad administrativa.

Todas estas cuestiones pueden conducir a largas discusiones que en definitiva esterilicen las iniciativas vinculadas con la libertad vigilada y se continúe postergando su establecimiento legal, a la espera de conciliar puntos de vista en torno a los problemas mencionados.

La experiencia del Código Penal Tipo para Latinoamérica es muy eleccionadora al respecto.

Durante el estudio de la Parte General surgió la posibilidad de incorporar la libertad vigilada al capítulo destinado a las medidas de seguridad, pero el intento se perdió en el curso de la discusión.

La Comisión Centroamericana presentó un proyecto que incluía la libertad vigilada como medida de seguridad que no requiere internación. El proyecto dió lugar a un extenso debate acerca de si las medidas de seguridad debían o no regularse en el Código Penal Tipo (la Delegación Chilena opinó que las medidas de seguridad no debían ser reguladas en este Código). En definitiva, se destinó todo un capítulo de este Código a las medidas de seguridad (artículos 55 a 62), pero la libertad vigilada desapareció como medida específica.

Es una de las razones por las cuales nosotros calificamos a la libertad vigilada como *medida especial de Política Criminal*.

VI) *Hay que distinguir claramente entre suspensión condicional de la ejecución de la pena y libertad vigilada*

Este es un aspecto muy importante.

TORSTEN ERIKSSON, ex-Director de Prisiones de Suecia y Consejero Interregional de las Naciones Unidas en Defensa Social, tuvo ocasión de pronunciarse sobre esta materia en los años 1971 y 1972, en informes entregados a los Gobiernos de Panamá, Costa Rica y Honduras.

El señor ERIKSSON dijo:

“Una legislación Penal moderna hace una distinción muy clara entre la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia (condena condicional) y la *probation* (libertad vigilada). La condena condicional es simplemente una sentencia regular por el delito cometido, aunque la ejecución de la misma sea postergada durante cierto número de años. Si el culpable no cometiere ningún nuevo delito durante este período de observación, se le exonerará de cumplir la sentencia. Pero

si cometiere una nueva falta tendría que cumplir tanto la sentencia por el delito nuevo como la sentencia por el delito anterior. *No hay arreglos específicos para supervisar al culpable*" (3).

En cambio, el aspecto básico de la libertad vigilada es el *tratamiento en la comunidad*.

Para la aplicación de uno u otro beneficio, el juez atenderá básicamente a los resultados de la investigación previa. Podría, incluso, someter a medidas diferentes a personas condenadas a penas de una misma duración.

Ejemplo:

Un juez del Crimen de Santiago condena a 541 días al autor de un cuasidelito de homicidio, pena que suspende condicionalmente por tratarse de un conador con oficina establecida, jefe de un hogar bien organizado, cuyos hijos se encuentran estudiando y que se ha obligado ante el Tribunal a pagar en 10 cuotas la indemnización fijada en la sentencia, a mantener una ocupación conocida y honesta y a no cometer nuevo delito durante el plazo de tres años. El control administrativo del cumplimiento de estas obligaciones queda entregado al Patronato de Reos, en la forma que el Reglamento determine; pero no hay arreglos para el *tratamiento* del culpable en la comunidad.

El mismo juez condena a 541 días al autor de un hurto que registra los siguientes antecedentes: es soltero, tiene 19 años, hijo de una unión de hecho, fué abandonado por el padre y vive actualmente con la madre; cursó solamente hasta tercer año básico y se vió obligado a desertar de la escuela; há trabajado en forma ocasional y no está preparado para la vida del trabajo; frecuente malas compañías y la madre se siente impotente para dirigirlo. El juez, para sustraerlo del ambiente criminógeno de la prisión, sustituye la ejecución de la pena por la libertad vigilada, ingresando el culpable al Servicio de Libertad Vigilada de Gendarmería de Chile. Aquí el sujeto recibe tratamiento que apunta a su formación integral, con especial énfasis en las actividades de educación formal, formación para la vida del trabajo e integración a actividades de educación social, de recreación dirigida y deportiva.

Se insiste en la conveniencia de distinguir claramente entre ambas instituciones.

Algunos hablan de "discreta vigilancia y asistencia" para referirse a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, y de activo control y asistencia, respecto de la libertad vigilada; pero estas expresiones pueden dar lugar a confusiones en la práctica.

Es preferible dejar señalado, sin que haya lugar a dudas, que en la suspensión condicional de la ejecución de la pena no hay tratamiento, y que si lo hay en la libertad vigilada; lo anterior no excluye, evidentemente, la utilización de controles administrativos en ambas.

La confusión, existente en muchas partes, se debe a que en América Latina el desarrollo de la libertad vigilada ha estado fuertemente ligado al de la sus-

(3) TORSTEN ERIKSSON, *Informes a los Gobiernos de Panamá, Costa Rica y Honduras, años 1971 y 1972*, Oficina de Cooperación Técnica de Naciones Unidas, Nueva York, 1971 y 1972.

pena y remisión condicional de la ejecución de la pena).

Como se sabe, en esta región, por influencia del sistema franco-belga en que se inspiró, la condena de ejecución condicional se limita a la suspensión de la ejecución de la pena, sin extenderse a la suspensión del pronunciamiento de la misma y sin consultar asistencia técnica ni tratamiento del condenado durante el período de prueba, a diferencia de la *probation* de la legislación anglo-sajona, que otorga especial relevancia al tratamiento del probacionario y que puede comprender la suspensión de la imposición o de la ejecución de la sentencia que decreta la pena.

De lo dicho se desprende que la ley debería ser clara en cuanto a que los jueces, atendidos los antecedentes personales del condenado y las circunstancias que rodearon el hecho punible, podrían suspender la ejecución de la pena con o sin sometimiento a tratamiento durante el período de prueba, denominándose libertad vigilada aquella que incluya tratamiento; en los demás casos se hablaría — siguiendo la denominación usada en Chile — de remisión condicional de la pena.

VII) *Aplicación de la libertad vigilada como medida provisional durante la tramitación del juicio criminal*

Hay buenas razones que favorecerían esta aplicación provisional:

— la libertad vigilada no es sanción, por lo que no es necesario esperar hasta la sentencia para su imposición;

— su aplicación durante el juicio permitiría sustraer al delincuente del pernicioso ambiente de la prisión;

— permitiría también actuar con mayor oportunidad. La sentencia puede constituir una etapa procesal tardía, especialmente en los casos de encarcamiento prolongado. El deterioro en la personalidad que ocasiona la prisión puede traducirse en serias dificultades para asimilar el tratamiento en el medio libre.

No debe perderse de vista, sin embargo, que un programa de libertad vigilada supone personal especializado (que no se puede improvisar de la noche a la mañana) e importantes gastos de operación. Nada costaría abrir las compuertas a una aplicación amplia, comprensiva de procesados y condenados, pero todo hace prever que la insuficiencia de recursos humanos y materiales afectaría a los resultados de la labor en el terreno. Ello obliga a obrar con cautela al fijar la extensión de las actividades de libertad vigilada.

VIII) *Aplicación de la libertad vigilada como medida de tratamiento complementaria de la libertad condicional*

Su aplicación es posible en Brasil y Guatemala.

El artículo 94 del Código Penal del Brasil, de 1940, dispone que la libertad vigilada se aplicará obligatoriamente, durante un año a lo menos, al liberado condicional.

El artículo 97 del Código Penal de Guatemala, de 1973, prescribe que en estos casos la libertad vigilada durará el mismo tiempo que se haya fijado para la libertad condicional.

IX) *Aplicación de la libertad vigilada como medida de tratamiento post-institucional*

Esta es una modalidad que se abre paso en varias legislaciones latinoamericanas.

El Código Penal del Brasil, de 1940, autoriza la aplicación de la libertad vigilada:

- los egresados de un manicomio judicial (art. 91);
- los egresados de casas de custodia y tratamiento (arts. 88 y 94);
- los egresados de colonias agrícolas o institutos de trabajo, de reeducación o de enseñanza profesional (arts. 88 y 94).

Los artículos 91, 92 y 93 detallan los casos en que procede la internación en los establecimientos mencionados.

De acuerdo con el artículo 102, letra c, del Código Penal de Costa Rica, de 1971, "la libertad vigilada se ordenará en los casos de condena de ejecución condicional, así como en los casos en que se suspenda o termine otra medida de seguridad o una pena y el juez ordena aplicarla por un tiempo prudencial".

Algunos de estos casos son los siguientes: cuando se trata de un delincuente habitual o profesional; cuando cumplida la pena, el juez estime que ha sido ineficaz para la readaptación del reo; cuando la prostitución, el homosexualismo, la toxicomanía o el alcoholismo son habituales y han determinado la conducta delictiva del reo.

El juez procede con informe del Instituto de Criminología y está facultado, en los casos señalados, para aplicar la libertad vigilada u otra medida de seguridad.

Por último, los artículos 87 y 88 del Código Penal de Guatemala, de 1973, autorizan la aplicación de la libertad vigilada con posterioridad a la pena en caso de "mala conducta observada durante el cumplimiento de la condena".

Esta modalidad obliga a ser especialmente riguroso en la selección de los delincuentes, de tal suerte que la libertad vigilada se aplique solamente a aquellos que puedan responder con éxito a las exigencias del tratamiento; si hay antecedentes que desaconsejen la medida, lo recomendable sería, como prevé el Código costarricense, que se recurra a otras medidas de seguridad.

X) *Aplicación de la libertad vigilada como medida de tratamiento en favor de menores adultos imputados de delito*

La Reunión de Trabajo de un Grupo de Expertos Latinoamericanos sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, organizada por las Naciones Unidas (La Guaira, Venezuela, septiembre de 1963), recomendó otorgar

especial atención a la situación de los jóvenes adultos imputables ante la ley penal (4).

Consecuente con esta recomendación, los debates de las Primeras Jornadas Hondureñas de Derecho de Menores (Tegucigalpa, Honduras, enero de 1975) se extendieron expresamente a los jóvenes de edades comprendidas entre los 18 y 21 años, "a los cuales debería brindarse tratamiento especial, diferente al de los delincuentes adultos, especialmente para evitar los efectos del contagio criminógeno de las cárceles y de los delincuentes comunes" (5).

La libertad vigilada podría contribuir valiosamente a estos propósitos.

XI) *Autoridad competente para decretar la libertad vigilada*

Entre la autoridad administrativa y la autoridad judicial, nos inclinamos por esta última para la imposición de la medida, especialmente para asegurar en mejor forma su recto uso y desarrollo.

No hay problemas cuando se aplica como medida de seguridad o como medida sustitutiva de la pena privativa de libertad. Su imposición por la autoridad judicial no admite dudas.

Tampoco lo hay si llega a establecerse que la libertad vigilada puede decretarse provisionalmente durante la tramitación del juicio criminal.

El problema surge cuando se trata de aplicarla como medida de tratamiento complementaria de la libertad condicional o como medida de tratamiento post-institucional.

Incluso en estos casos, propiciamos la aplicación por la autoridad judicial, habida consideración de los antecedentes que ponga a su disposición la autoridad penitenciaria.

XII) *Exigencias operacionales*

La implementación de un buen programa de libertad vigilada exige:

- rigurosa selección de los beneficiarios;
- recursos humanos debidamente calificados;
- claridad en cuanto a los principios básicos sobre contenido y duración del tratamiento en la comunidad;
- eficiente organización administrativa y técnica;
- satisfactoria planificación y programación de actividades, y
- participación real y efectiva de la comunidad.

(4) Naciones Unidas, Informe de la Reunión de Trabajo de un grupo de Expertos Latinoamericanos en Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (La Guaira, Venezuela, 9 a 18 de septiembre de 1963), página 49.

(5) Informe final de las Primeras Jornadas Hondureñas de Derecho de Menores (Tegucigalpa, Honduras, 1975), páginas 14 y 15. Estas Jornadas fueron organizadas conjuntamente por la Corte Suprema de Justicia, el Ministerio de Gobernación y Justicia, la Junta Nacional de Bienestar Social, el Colegio de Abogados de Honduras y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras.

XIII) Selección de los beneficiarios

Este es uno de los aspectos más difíciles de la libertad vigilada. Una inadecuada selección de los beneficiarios puede conducir rápidamente al descrédito de la institución y a frenar o hacer desaparecer algo que es vital para su expansión y desarrollo: el apoyo y participación de la comunidad.

Como primera cuestión, conviene precisar que debería ser la ley la que señale los principios rectores para la selección de los delincuentes.

Estos principios deberían posibilitar un uso racional de la libertad vigilada, atendidas la idiosincracia y posibilidades de cada país. La medida no puede ser aplicada de manera indiscriminada.

En general, se recomienda su aplicación a los delincuentes que *requieren* de tratamiento. No se justifica para aquellos que no lo necesitan. En estos casos, para evitar la internación en un establecimiento penal cerrado, el juez podría hacer uso de otras alternativas: suspensión condicional de la ejecución de la pena con o sin medidas de vigilancia; diversas modalidades de multas, el cumplimiento de deberes en favor de la comunidad u otras medidas no institucionales.

La investigación previa a la sentencia es un *elemento esencial* para la adecuada selección de los beneficiarios, sin perjuicio de los demás requisitos que establezca la ley.

Como lo precisan las Naciones Unidas, los informes que emitan los funcionarios encargados de esta investigación previa deberían contener datos "sobre las circunstancias del delito, el carácter del delincuente, sus condiciones de vida, sus actitudes con respecto a su familia y de la familia con respecto a él, sus antecedentes de trabajo, sus actividades durante las horas libres, sus reacciones ante los diversos tipos de tratamiento que haya podido recibir por delitos cometidos con anterioridad y su historia clínica desde el punto de vista médico y social" (6).

El Código Penal costarricense exige informe previo del Instituto de Criminología.

En muchas partes, la investigación previa se encuentra a cargo del Servicio de Libertad Vigilada. En estos casos, se recomienda que los funcionarios encargados de la investigación previa sean diferentes de los que intervengan en el tratamiento en la comunidad.

Los otros principios rectores se relacionan, tratándose de la libertad vigilada como medida sustitutiva de una pena privativa o restrictiva de libertad, con la duración de la pena y con los antecedentes prontuarios del reo.

La tendencia es limitar la libertad vigilada a los delincuentes primarios condenados a una pena privativa o restrictiva de libertad de duración no superior a cinco años. Así ocurre en la legislación chilena (Lei nº 18.216, de mayo 1983). En la legislación costarricense se acepta la libertad vigilada como sus-

(6) Naciones Unidas, "Régimen de Prueba, en especial de los adultos, y otras medidas no institucionales", Nueva York, 1965, página 13.

tituto de la pena privativa de libertad de hasta tres años de duración (Código Penal de 1970).

Algunos recomiendan estudiar la eventual extensión de la libertad vigilada, en determinadas condiciones, a los reincidentes, en atención especialmente a la experiencia recogida en otras latitudes.

Lo aconsejable, en relación al medio latinoamericano, es que estos criterios rectores se establezcan con sentido realista.

Esto hay que decirlo con franqueza. Se observa falta de autenticidad en muchas legislaciones. En la mayoría de los países, la prevención del delito y el tratamiento del delincuente están determinados por patrones esencialmente foráneos, principalmente norteamericanos y europeos, cuyas modalidades y características muchas veces no se compadecen con la realidad de los problemas y con las posibilidades de los respectivos países.

Esto hace que muchas leyes no pasen de constituir "leyes de papel", con ninguna o muy poca aplicación en la práctica.

Nosotros necesitamos una libertad vigilada que sirva para el medio latinoamericano.

La experiencia de otras naciones puede ser muy interesante, y hay que tenerla en cuenta; pero el desafío que plantea el desarrollo orgánico de la libertad vigilada obliga a establecer en la ley criterios rectores que se compadecan con los usos, costumbres y características nacionales y con las posibilidades de recursos humanos y materiales.

Cada país deberá resolver si está en condiciones de extender inmediatamente la libertad vigilada a los reincidentes o de limitarla solamente a los delincuentes primarios; de la misma manera, deberá procederse al resolver sobre la naturaleza del delito y la extensión de la pena que puede ser sustituida por la libertad vigilada.

XIV) *Recursos humanos. Los Delegados de Libertad Vigilada. Selección y formación profesional*

El éxito de todo programa de libertad vigilada está indisolublemente unido a la existencia de recursos humanos suficientes en número y competencia profesional.

Esto es fácil de decir, pero de difícil implementación en América Latina. La mayoría de los países enfrentan agudos problemas económicos y sociales y es muy improbable que ahora o en los años que restan del presente siglo, puedan contar con personal profesional suficiente para adscribirlos a programas de libertad vigilada. Siempre faltarán psicólogos, psiquiatras, antropólogos, sociólogos, asistentes sociales o profesores, sea porque no existen recursos financieros para contratarlos o porque ellos no están disponibles.

Ello obliga a ser especialmente imaginativo para resolver lo relacionado con el personal para los programas de libertad vigilada. Lo importante es asegurar un trabajo de terreno relativamente satisfactorio. Al respecto, hay que evitar solamente los extremos: no hacer nada, no introducir la libertad vigilada, porque no se cuenta con recursos suficientes; o introducir la libertad vi-

gilada, sin preocuparse de la competencia y formación del personal que tenga a su cargo su organización y desarrollo.

El funcionario clave es el Delegado de Libertad Vigilada.

Las condiciones personales de este personal son a veces más importantes que su competencia profesional. Parodiando las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos, podríamos decir que este personal, además de competente, debería poseer condiciones de integridad, humanidad y aptitud personal.

En doctrina se recomienda:

Condiciones intelectuales

- nivel de inteligencia general algo superior al término medio;
- objetividad en sus observaciones y razonamientos;
- adaptabilidad intelectual y rapidez para tratar con personas diversas;
- buen vocabulario y fluidez de expresión verbal;
- condiciones de organización, previsión, dirección, planificación, para tomar decisiones y para realizar labores variadas y complejas.

Condiciones de personalidad

- equilibrio y control emocional;
- madurez de personalidad;
- seguridad en sí mismo y condiciones para dirigir y actuar con ascendiente personal;
- ausencia de rasgos neuróticos o negativos, estereotipias etc.;
- buena adaptabilidad general;
- condiciones ejecutivas de trabajo en equipo.

Intereses

- intereses sociales de educación;
- sensibilidad psicosocial en sentido amplio;
- claridad de sus objetivos vocacionales.

Todo Delegado de Libertad Vigilada debería aprobar un curso de Formación Profesional, sin perjuicio de las actividades posteriores de perfeccionamiento. El contenido curricular de estos cursos debería ser definido por cada país. En todo caso, lo importante es que los participantes perfeccionen sus conocimientos en materias tales como la naturaleza y gravedad del problema del delito en el respectivo país; las políticas y estrategias nacionales en materia de prevención del delito y tratamiento del delincuente; las características principales del enjuiciamiento criminal y del régimen penal imperantes; la organización y funcionamiento de los servicios encargados de la ejecución de la pena; la red de servicios y recursos de la comunidad que pudieran servir al programa de libertad vigilada; y junto a lo anterior, como aspectos destacados e importantes del plan curricular, contenidos sobre materias tales como problemas

culturales y conducta desviada, psicología de la personalidad y psicología social, sexología, psiquiatría, relaciones públicas y otras que sean calificadas como importantes.

Cada país resolverá sobre organismos que puedan entregar esta formación: si solamente organismos vinculados al sistema de Justicia Penal, o también centros de formación técnica, institutos profesionales, universidades u otros organismos especializados. De la misma manera, debería resolverse si esta formación podría dar lugar o no a una nueva profesión: la de Delegado de Libertad Vigilada.

Dentro de lo posible, los Delegados de Libertad Vigilada deberían ser profesionales del área de las Ciencias Humanas y las Ciencias Sociales (psicólogos, asistentes sociales, antropólogos, sociólogos, profesores y otros).

No conviene, sin embargo, valerse solamente de personal profesional para las tareas de tratamiento. Bajo la supervisión de este personal, podría emplearse a Auxiliares de Libertad Vigilada, que corresponderían a personas de formación intermedia o para-profesional, con entrenamiento suficiente para este tipo de tareas.

Los recursos humanos pueden multiplicarse con el empleo de voluntarios de la comunidad, para determinados aspectos de la libertad vigilada. La experiencia mundial es muy interesante. En el Japón, en 1950, se dictó la ley de Oficiales Voluntarios de Libertad Vigilada y más de 50.000 personas ostentan esa calidad en la actualidad. Las organizaciones comunitarias (Centros de Madres, Clubes Juveniles, Juntas de Vecinos y otros) representan en América Latina una importante fuente de recursos y pueden jugar un papel muy importante en la expansión y desarrollo de la Libertad Vigilada, con la debida supervisión y asistencia técnica.

XV) *Duración y contenido del tratamiento en la comunidad*

En cuanto a la duración, la tendencia es fijar un mínimo y un máximo dentro de los cuales pueda elegir el juez. La experiencia de otras regiones indica que una duración superior a cinco años puede ser excesiva. Se estima también que circunscribir por ley la libertad vigilada a plazos fijos (o mismo plazo de la pena, el doble etc.) puede atentar contra la individualización del tratamiento.

La ley otorga facultad al juez para establecer un plazo de tratamiento que no será inferior al de duración de la pena, con un mínimo de tres y un máximo de seis años.

El Servicio de Libertad Vigilada debería estar facultado para solicitar al juez la reducción o prórroga del plazo, atendidos los resultados o exigencias del tratamiento en la comunidad.

El egreso de la libertad vigilada debería ser decretado por el juez, previo informe del Servicio de Libertad Vigilada.

En cuanto al contenido, el juez debería disponer, dentro del marco establecido por la ley, de facultades suficientes para asignar a la libertad vigilada el contenido que más se adecúe a las necesidades del delincuente y del orga-

nismo social, de acuerdo con los recursos de que se disponga y la información previa que entregue la investigación previa dispuesta por la autoridad judicial.

Lo importante es que el tratamiento no quede enmarcado en cánones rígidos, de manera que sea posible su modificación, incluso su suspensión y terminación anticipadas, si la sociabilidad del sujeto, a través de las evaluaciones que se efectúen, fuere calificada de satisfactoria.

Generalmente, el tratamiento es acompañado por medidas restrictivas de la libertad, como la obligación de residir en un lugar determinado, y por las obligaciones de reparar, si procediere, los daños causados por el delito y las costas y multas impuestas por la sentencia criminal.

XVI) *Organización administrativa y técnica*

La primera cuestión a decidir es si los servicios de Libertad Vigilada deben ser administrados única y exclusivamente por el Estado, o si su administración puede ser traspasada al sector privado.

Hay conciencia en la actualidad que la prevención del delito y tratamiento del delincuente son tareas de toda la sociedad, y no solamente de la policía, los Tribunales y los servicios correccionales del Estado.

La participación del sector privado en la administración de servicios de libertad vigilada responde a este principio.

En Chile, organismos especializados del sector privado administran satisfactoriamente servicios de libertad vigilada para menores de edad imputados de delito.

Podría argumentarse que existen muchas diferencias entre el tratamiento de menores de edad de conducta antisocial y el de delincuentes adultos, y extenderse en el análisis de esas diferencias; pero no hay que olvidar que en esta materia debe procederse con criterio realista. No es bueno que toda la responsabilidad frente al problema del delito recaiga exclusivamente en el Estado. Hay que incentivar la participación de la comunidad, no sólo porque la extensión y gravedad del problema así lo exige, sino, además, porque es conveniente aprovechar los recursos que pueda proveer la comunidad.

En todo caso, correspondería al Estado, dentro del marco general establecido por la ley fijar las políticas y estrategias a que debería ajustarse la libertad vigilada. Estas políticas deberían guardar armonía con las políticas nacionales en materia de prevención del delito y tratamiento del delincuente.

Las normas técnicas sobre organización y administración de la libertad vigilada deberían también ser dictadas por el Estado.

Al Estado correspondería igualmente la supervisión técnica de los servicios de libertad vigilada que administre el sector privado sea que cuenten o no con apoyo financiero estatal.

Algunas otras cuestiones específicas son las siguientes:

— *Relaciones entre el Servicio de Libertad Vigilada y los Tribunales de Justicia.*

Las normas que se dicten deberían apuntar a un trabajo integrado en esta materia. Debería quedar en claro que la dirección y administración del tratamiento es de la competencia de la autoridad administrativa, sin perjuicio de los informes que deba presentar al juez en las oportunidades que señale la ley o el reglamento o cuando la autoridad judicial lo solicite. Por lo mismo, la tuición y cuidado personal de los beneficiarios de libertad vigilada correspondería a la autoridad administrativa. Ella aplicaría las sanciones administrativas en caso de incumplimiento de las obligaciones incluidas en el tratamiento, pero sería su obligación dar cuenta al juez de todo quebrantamiento grave o reiterado de las condiciones de la libertad vigilada. En todo caso, serían de la decisión exclusiva del juez la reducción del plazo de la libertad vigilada, la revocación del beneficio, la prolongación del tratamiento en la comunidad, el reemplazo por otras medidas no-institucionales o institucionales y el egreso de los sujetos atendidos.

— *Funciones y atribuciones de los Delegados de Libertad Vigilada.*

La ley o el reglamento deberían establecer con claridad estas funciones y atribuciones.

En general, dentro de los límites fijados por la sentencia y por las disposiciones legales y reglamentarias, el Delegado debería disponer de las facultades suficientes para establecer las modalidades del tratamiento, en un esquema de trabajo adecuadamente coordinado con las diversas dependencias del Servicio de Libertad Vigilada, el Tribunal respectivo y los servicios y organismos de la comunidad que presten apoyo. No somos partidarios, sin embargo, que el Delegado proponga directamente al juez la reducción o ampliación del plazo de libertad vigilada. Tal petición debería ser formulada por el Servicio de Libertad Vigilada del cual dependa.

Deberían hacerse arreglos especiales para la adecuada supervisión técnica del trabajo del Delegado de Libertad.

— *Planificación y programación de actividades*

Este es otro aspecto muy importante. Las improvisaciones pueden conducir a resultados muy amargos.

El desafío es especialmente importante para los países que inician programas de libertad vigilada.

La cobertura territorial inicial debería ser establecida con sumo cuidado. Nada cuesta disponer por ley una inmediata aplicación a nivel nacional; sin embargo, la prudencia aconseja avanzar gradualmente para asegurar el desarrollo orgánico de la institución. Conforme a este esquema, lo recomendable es iniciar el programa de libertad vigilada en una o más regiones del país y extenderlo paulatinamente a las restantes regiones o Estados.

Otra cuestión importante es el número de casos que se confíen a la atención de los Delegados de Libertad Vigilada. Cada Delegado sólo puede atender con eficiencia un cierto número de casos, lo que dependerá en gran medida de las facilidades con que cuente para el desempeño de su labor. En general, se estima que la cobertura no debería exceder de veinte casos por

Delegado. Esta cobertura podría eventualmente ser aumentada, si el Delegado contase con el apoyo de Auxiliares de Libertad Vigilada.

La ampliación de la cobertura mas allá de los límites aconsejados por la doctrina y la experiencia de terreno, afectará directamente a los resultados de la libertad vigilada.

XVII) *Educación y participación de la comunidad*

El empleo de medidas no institucionales ha parecido a veces demasiado *suave* para el tratamiento de los delincuentes. Muchas personas no entienden o les cuesta entender que permanezca en la comunidad el autor de un delito condenado a pena privativa de libertad; incluso, algunos jueces se resisten o vacilan en emplear las medidas sustitutivas de la pena.

Las Naciones Unidas al respecto comentan:

“El desarrollo del régimen de prueba depende mucho más, al parecer, del estado de la opinión de un país que de la eficiencia del sistema y de los resultados que dé. No basta que los servicios del régimen de prueba sean eficaces; es necesario, además, que la magistratura y el conjunto de la población lo sepan. La educación popular es una etapa importante en el camino que ha de seguirse. La experiencia demuestra que las leyes en que se establece el régimen de prueba son letra muerta mientras la población no vea con favor ese método de tratamiento” (7).

Este aspecto no debe ser descuidado. Programas para la formación de los jueces y la “concientización” de la opinión pública, son esenciales; pero no bastan las acciones esporádicas; es necesario que ellas tengan continuidad en el tiempo y consistencia en su contenido.

La participación efectiva de organizaciones de la comunidad en actividades de libertad vigilada contribuirá, también, poderosamente al desarrollo orgánico de la institución.

XVIII) *El problema de la denominación*

La voz *Probation* no ha encontrado acogida en América Latina. La mayoría de las legislaciones habla simplemente de “régimen de prueba”.

Hay algunas que emplean la denominación de “libertad vigilada”: el Código Penal de Colombia de 1936; el de Costa Rica de 1971 y el de Guatemala de 1973.

“Libertad Vigilada” es también la denominación generalmente utilizada en la literatura en idioma español (“Liberdade vigiada” en portugués).

No cabe dudas que la expresión “vigilada” resulta insatisfactoria en la actualidad, porque la vigilancia es un aspecto secundario, que puede o no estar presente, siendo el tratamiento en la comunidad el elemento que caracteriza a la institución.

(7) Naciones Unidas, “Régimen de Prueba, en especial de los adultos, y otras medidas institucionales”, ob. cit., páginas 5 y 23.

En el campo de los menores en situación irregular, se tiende actualmente a reemplazar la denominación "libertad vigilada" por la de "libertad asistida".

Es la denominación empleada por el artículo 29 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores de Costa Rica, de 1963.

El Código de Menores del Brasil, de 1979, emplea también la nueva denominación "libertad asistida".

En el Seminario Internacional sobre Libertad Vigilada para Menores de Edad, celebrado en Santiago en 1976, se recomendó la incorporación a nivel regional de la designación "libertad asistida".

La extensión del nuevo nombre al campo de los delincuentes adultos serviría para dar unidad orgánica a la institución en América Latina.

Dejamos planteada la cuestión.

JUNTA DE GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE CHILE

PODER LEGISLATIVO

Ministerio de Justicia

LEY Nº 18.216

Establece medidas que indica como alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad y deroga disposiciones que señala.

La Junta de Gobierno de la República de Chile ha dado su aprobación al siguiente Proyecto de Ley:

TITULO PRELIMINAR

Artículo 1º — La ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad podrá suspenderse por el tribunal que las imponga, al conceder alguno de los beneficios alternativos siguientes:

- a) remisión condicional de la pena;
- b) reclusión nocturna, y
- c) libertad vigilada.

Artículo 2º — En los casos de faltas, regirá lo dispuesto en el artículo 564 del Código de Procedimiento Penal o en el Título III de la Ley nº 15.231, según sea el tribunal que conozca del proceso.

TITULO I

De la Remisión Condicional de La Pena y de la Reclusión Nocturna

PÁRRAFO 1º

De la Remisión Condicional de la Pena

Artículo 3º — La remisión condicional de la pena consiste en la suspensión de su cumplimiento y en la discreta observación y asistencia del condenado por la autoridad administrativa durante cierto tiempo.

Artículo 4º — La remisión condicional de la pena podrá decretarse:

- a) si la pena privativa o restrictiva de libertad que imponga la sentencia condenatoria no excede de tres años;
- b) si el reo no ha sido condenado anteriormente por crimen o simple delito;

- c) si los antecedentes personales del reo, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permiten presumir que no volverá a delinquir, y
- d) si las circunstancias indicadas en las letras b y c precedentes, hacen innecesario un tratamiento o la ejecución efectiva de la pena.

Artículo 5º — Al conceder este beneficio, el tribunal establecerá un plazo de observación que no será inferior al de duración de la pena, con un mínimo de un año y máximo de tres, e impondrá las siguientes condiciones que el reo deberá cumplir:

- a) residencia en un lugar determinado, que podrá ser propuesta por el reo. Esta podrá ser cambiada, en casos especiales, según calificación efectuada por la sección de tratamiento en el medio libre de Gendarmería de Chile;
- b) sujeción al control administrativo y asistencia a la sección correspondiente de Gendarmería de Chile, en la forma que precisará el reglamento. Esta recabará anualmente al efecto, un certificado de antecedentes pron-tuariales;
- c) ejercer, dentro del plazo y bajo las modalidades que determinará la sección de tratamiento en el medio libre de Gendarmería de Chile, una profesión, oficio, empleo, arte, industria o comercio, si el reo carece de medios conocidos y honestos de subsistencia y no posee calidad de estudiante, y
- d) satisfacción de la indemnización civil, costas y multas impuestas por la sentencia. No obstante el tribunal, en caso de impedimento justificado, podrá prescindir de esta exigencia, sin perjuicio de que se persigan estas obligaciones en conformidad a las reglas generales.

Artículo 6º — Si el beneficiado quebrantare, dentro del periodo de observación, alguna de las condiciones señaladas en el artículo precedente, la sección de tratamiento en el medio libre pedirá que se revoque la suspensión de la pena, lo que podrá decretar el tribunal, disponiendo el cumplimiento de la pena inicialmente impuesta o su conversión en reclusión nocturna, según fuere aconsejable.

PARRAFO 2º

De la Reclusión Nocturna

Artículo 7º — La medida de reclusión nocturna consiste en el encierro en establecimientos especiales, desde las 22 horas de cada día hasta las 8 horas del día siguiente.

Artículo 8º — La reclusión nocturna podrá disponerse:

- a) si la pena privativa o restrictiva de libertad que imponga la sentencia condenatoria no excede de tres años;
- b) si el reo no ha sido condenado anteriormente por crimen o simple delito o lo ha sido a una pena privativa o restrictiva de libertad que no exceda de dos años o a más de una, siempre que en total no excedan de dicho límite, y
- c) si los antecedentes personales del reo, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permiten presumir que la medida de reclusión nocturna lo disuadirá de cometer nuevos delitos.

Artículo 9º — Para los efectos de la conversión de la pena inicialmente impuesta, se computará una noche por cada día de privación o restricción de libertad.

Artículo 10 — En caso de enfermedad, invalidez, embarazo y puerperio que tengan lugar dentro de los periodos indicados en el inciso primero del artículo 9º del Decreto-Ley nº 2.200, de 1978, o de circunstancias extraordinarias que impidieren el cumplimiento de la reclusión nocturna o la transformaren en

extremadamente grave, el tribunal de oficio, a petición de parte o de Gendarmería de Chile, podrá suspender su cumplimiento.

Esta suspensión será por el tiempo que dure la causa que la motiva.

Artículo 11 — En caso de quebrantamiento grave o reiterado y sin causa justificada de la medida de reclusión nocturna, el tribunal, de oficio o a petición de Gendarmería de Chile, procederá a revocarla, disponiendo la ejecución de la pena privativa o restrictiva de libertad por el lapso no cumplido.

Artículo 12 — Los condenados a reclusión nocturna deberán satisfacer la indemnización civil, costas y multas impuestas por la sentencia, de acuerdo con lo establecido en la letra *d* del artículo 5º

PÁRRAFO 3º

Normas Especiales

Artículo 13 — Si alguna de las medidas establecidas en este título se impusiere al personal de las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile mientras estén en servicio, se observarán las normas siguientes:

- a) en el caso de aplicarse la remisión condicional de la pena, el control administrativo y la asistencia del sujeto se ejercerá por el juez institucional respectivo, quien podrá delegar tal facultad en la autoridad que estime conveniente y que corresponda a la institución a que pertenece el beneficiado, como asimismo, solicitar se revoque la suspensión de la pena, en caso de incumplimiento;
- b) en el caso de aplicarse la medida de reclusión nocturna, ésta se cumplirá en la unidad militar o policial a que pertenece el beneficiado, y
- c) satisfacción de la indemnización civil, costas y multas impuestas en la sentencia, en los términos señalados en la letra *d* del artículo 5º

Se entenderá que concurren las condiciones señaladas en las letras *a* y *c* del artículo 5º, por el solo hecho de permanecer el beneficiado en servicio.

Si el beneficiado deja de pertenecer a la institución durante la época de cumplimiento de alguna de las medidas establecidas en este título, el tiempo de sujeción a la vigilancia del juez institucional o de permanencia en reclusión nocturna en la unidad militar o policial correspondiente, se computará como período sometido a la vigilancia de la sección de tratamiento en el medio libre de Gendarmería de Chile o como tiempo cumplido en un establecimiento penal, según el caso. Este tiempo le será computable, además, para los efectos previstos en el artículo 2º, letra *d*, del Decreto-Ley nº 409, de 1932. El lapso que reste se cumplirá de acuerdo con las normas generales.

TÍTULO II

De la Libertad Vigilada

PÁRRAFO 1º

De los Requisitos y Condiciones

Artículo 14 — La libertad vigilada consiste en someter al reo a un régimen de libertad a prueba que tenderá a su tratamiento intensivo e individualizado, bajo la vigilancia y orientación permanentes de un delegado.

Artículo 15 — La libertad vigilada podrá decretarse:

- a) si la pena privativa o restrictiva de libertad que imponga la sentencia condenatoria es superior a dos años y no excede de cinco;
- b) si el reo no ha sido condenado anteriormente por crimen o simple delito, y
- c) si los informes sobre antecedentes sociales y características de personalidad del reo, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la na-

turalaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permiten concluir que un tratamiento en libertad aparece eficaz y necesario, en el caso específico, para una efectiva readaptación y resocialización del beneficiado. Si dichos informes no hubieren sido agregados a los autos durante la tramitación del proceso, el juez de la causa o el Tribunal de Alzada los solicitarán como medida para mejor resolver. Estos informes serán evacuados por el organismo técnico que determine el reglamento.

Artículo 16 — Al conceder este beneficio, el tribunal establecerá un plazo de tratamiento y observación que no será inferior al de duración de la pena, con un mínimo de tres años y un máximo de seis.

El delegado de libertad vigilada podrá proponer al juez, por una sola vez, la prórroga del periodo de observación y tratamiento fijado, hasta por seis meses, siempre que el total del plazo no exceda del máximo indicado en el inciso anterior.

Asimismo, el delegado podrá proponer la reducción del plazo, siempre que éste no sea inferior al mínimo señalado en el inciso primero, o que se egrese al reo del sistema, cuando éste haya cumplido el periodo mínimo de observación.

La prórroga y reducción del plazo, y el egreso del reo se propondrán en un informe fundado que se someterá a la consideración del tribunal. En caso de que éste estimare procedente o improcedente la proposición, la resolverá así, y elevará los antecedentes en consulta a la Corte de Apelaciones respectiva, para su resolución definitiva.

Artículo 17 — El tribunal al conceder el beneficio impondrá las siguientes condiciones al reo:

- a) residencia en un lugar determinado la que podrá ser propuesta por el reo, pero que, en todo caso, deberá corresponder a una ciudad en que preste funciones un delegado de libertad vigilada. La residencia podrá ser cambiada en casos especiales calificados por el tribunal y previo informe del delegado respectivo;
- b) sujeción a la vigilancia y orientación permanentes de un delegado por el término del periodo fijado, debiendo el reo cumplir todas las normas de conducta e instrucciones que aquel imparta respecto a educación, trabajo, morada, cuidado del núcleo familiar, empleo del tiempo libre y cualquiera otra que sea pertinente para un eficaz tratamiento en libertad;
- c) ejercer, dentro del plazo y bajo las modalidades que determine el delegado de libertad vigilada, una profesión, oficio, empleo, arte, industria o comercio, si el reo carece de medios conocidos y honestos de subsistencia y no posee calidad de estudiante;
- d) satisfacción de la indemnización civil, costas y multas impuestas por la sentencia, de acuerdo con lo establecido en la letra d del artículo 5º, y
- e) reparación, si procediere, en proporción racional, de los daños causados por el delito. En el evento de que el reo no la haya efectuado con anterioridad a la dictación del fallo, el tribunal hará en él, para este solo efecto, una regulación prudencial sobre el particular. En tal caso, concederá para el pago un término que no excederá del plazo de observación y determinará, si ello fuere aconsejable, su cancelación por cuotas, que fijará en número y monto al igual que las modalidades de reajustes e intereses. El ofendido conservará, con todo, su derecho al cobro de los daños en conformidad a las normas generales, imputándose a la indemnización que proceda lo que el reo haya pagado de acuerdo con la norma anterior. Asimismo, durante el periodo de libertad vigilada, el juez podrá ordenar que el beneficiado sea sometido a los exámenes médicos, psicológicos o de otra naturaleza que aparezcan necesarios.

Artículo 18 — Los organismos estatales y comunitarios que otorguen servicios pertinentes a salud, educación, capacitación profesional, empleo, vivienda, recreación y otros similares, deberán considerar especialmente toda solicitud

que los delegados de libertad vigilada formulen para el adecuado tratamiento de las personas sometidas a su orientación y vigilancia.

Artículo 19 — El quebrantamiento de algunas de las condiciones impuestas por el tribunal o la desobediencia grave o reiterada y sin causa justa a las normas de conducta impartidas por el delegado, facultarán al tribunal, sobre la base de la información, que éste le proporcione en conformidad con el artículo 23, para revocar el beneficio, en resolución que exprese circunstancialmente sus fundamentos.

En tal caso, el tribunal dispondrá el cumplimiento de las penas inicialmente impuestas o su conversión, si procediere, en reclusión nocturna.

PÁRRAFO 2º

De los Delegados de Libertad Vigilada

Artículo 20 — Los delegados de libertad vigilada son funcionarios dependientes de Gendarmería de Chile, encargados de vigilar, controlar, orientar y asistir a los condenados que hubieren obtenido este beneficio, a fin de evitar su reincidencia, protegerlos y lograr su readaptación e integración a la sociedad.

La habilitación para ejercer las funciones de delegados de libertad vigilada será otorgada por el Ministerio de Justicia, a quienes acrediten idoneidad moral y conocimiento, en la forma que determine el reglamento.

Artículo 21 — El Ministerio de Justicia podrá celebrar convenios con personas naturales, o jurídicas, estatales o privadas, para el control de la libertad vigilada, quienes deberán ejercer este cometido por intermedio de delegados habilitados para el ejercicio de estas funciones y en conformidad con las normas que fije el reglamento.

Artículo 22 — Un reglamento establecerá las normas relativas a la organización del sistema de libertad vigilada. El Ministerio de Justicia impartirá las normas técnicas que sean necesarias a este respecto y evaluará, periódicamente, su cumplimiento y los resultados del sistema.

Artículo 23 — Los delegados de libertad vigilada deberán informar al respectivo tribunal, al menos semestralmente, sobre el comportamiento de las personas sometidas a su vigilancia y orientación. Emitirán, además, los informes que los tribunales les soliciten sobre esta materia cada vez que ellos fueren recabados y pondrán oportunamente en conocimiento del tribunal todo quebrantamiento grave o reiterado de las condiciones de la libertad vigilada.

TÍTULO III

Disposiciones Generales

Artículo 24 — El tribunal que conceda, de oficio o a petición de parte, alguno de los beneficios previstos en los Títulos anteriores, deberá así ordenarlo en la respectiva sentencia condenatoria, expresando los fundamentos en que se apoya y los antecedentes que han dado base a su convicción.

Si el tribunal negare la petición para conceder algunos de los beneficios previstos en esta ley, deberá exponer los fundamentos de su decisión en la sentencia.

Artículo 25 — Sin perjuicio de las reglas generales sobre apelación y consulta, el reo también podrá apelar, de la decisión denegatoria o revocatoria de los beneficios que establece esta Ley, caso en el cual el Tribunal de Alzada sólo se pronunciará sobre la procedencia o improcedencia del beneficio.

Artículo 26 — Si durante el periodo de cumplimiento de alguna de las medidas alternativas que establece esta Ley, el beneficiado comete un nuevo crimen o simple delito, la medida se entenderá revocada por el solo ministerio de la ley.

Artículo 27 — La revocación de las medidas de remisión condicional o de libertad vigilada sujetará al reo al cumplimiento del total de la pena inicialmente

impuesta o, si procediere, de una medida alternativa equivalente a toda su duración.

La revocación de la medida de reclusión nocturna someterá al reo al cumplimiento del resto de la pena inicial, abonándose a su favor el tiempo de ejecución de dicha medida.

Tendrán aplicación, en los casos previstos en los incisos anteriores, y cuando corresponda, las reglas de conversión del artículo 9º

Artículo 28 — Transcurrido el tiempo de cumplimiento de alguna de las medidas alternativas que establece esta Ley, sin que ella haya sido revocada, se tendrá por cumplida la pena privativa o restrictiva de libertad inicialmente impuesta.

Artículo 29 — El otorgamiento por sentencia ejecutoriada de alguno de los beneficios previstos en esta Ley a reos que no hayan sido condenados anteriormente por crimen o simple delito, tendrá mérito suficiente para la omisión, en los certificados de antecedentes, de las anotaciones a que dieron origen la encargatoria de reo y la condena.

El cumplimiento satisfactorio de las medidas alternativas que prevé esta Ley por reos que no hayan sido condenados anteriormente por crimen o simple delito, tendrá mérito suficiente para la eliminación definitiva, para todos los efectos legales y administrativos, de tales antecedentes prontuarios.

Exceptuáanse de las normas de los incisos anteriores los certificados que se otorguen para el ingreso a las Fuerzas Armadas, de Orden, Gendarmería de Chile y los que se requieran para su agregación a un proceso criminal.

Artículo 30 — No obstante que la presente Ley regirá desde la fecha de su publicación, los tribunales podrán otorgar el beneficio de libertad vigilada solo a partir del 1º de diciembre de 1983.

Artículo 31 — Deróganse la Ley nº 7.821, sobre Remisión Condicional de la Pena; la Ley nº 17.642 y el Decreto-Ley nº 1.969, de 1977.

ARTICULOS TRANSITORIOS

Artículo 1º — En aquellas localidades donde no exista una sección de tratamiento en el medio libre de Gendarmería de Chile, le corresponderá asumir las funciones que señalan las letras a, b y c del artículo 5º, al Patronato de Reos respectivo.

Artículo 2º — Lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 29 será aplicable también a quienes hubieren obtenido los beneficios del Decreto-Ley nº 1.969, de 1977.

JOSE T. MERINO CASTRO, Almirante, Comandante en Jefe de la Armada, Miembro de la Junta de Gobierno — FERNANDO MATTHEI AUBEL, General del Aire, Comandante en Jefe de la Fuerza Aérea, Miembro de la Junta de Gobierno — CESAR MENDOZA DURAN, General Director de Carabineros, Miembro de la Junta de Gobierno — CESAR RAUL BENAVIDES ESCOBAR, Teniente-General de Ejército, Miembro de la Junta de Gobierno.

Por cuanto he tenido a bien aprobar la precedente Ley, la sanciono y la firmo en señal de promulgación. Llévase a efecto como Ley de la República.

Regístrese en la Contraloría General de la República, publíquese en el *Diario Oficial* e insértese en la Recopilación Oficial de dicha Contraloría.

Santiago, 20 de abril de 1983 — AUGUSTO PINOCHET UGARTE, General-de-Ejército, Presidente de la República. — Jaime del Valle Alliende, Ministro de Justicia.

Lo que transcribo para su conocimiento — Le saluda atentamente — Alicia Cantarero Aparicio, Subsecretario de Justicia.

Diario Oficial de La Republica de Chile, 14-5-1983

Implicações sócio-jurídicas do desemprego

C. H. PORTO CARREIRO

Desembargador do Tribunal de Justiça do
Rio de Janeiro. Professor Catedrático da
UERJ

SUMÁRIO

- 1 — Introdução
- 2 — Conceito histórico do desemprego
- 3 — O desemprego: alguns dados e algumas explicações (I)
- 4 — O desemprego: alguns dados e algumas explicações (II)
- 5 — Conseqüências sociais do desemprego
- 6 — O subemprego: conseqüências econômicas, sociais e jurídicas
- 7 — O desemprego e a lei
- 8 — Solução?
- 9 — Bibliografia

DESEMPREGO: IMPLICAÇÕES ECONÔMICAS, SOCIAIS E JURÍDICAS

1. Introdução

Uma das grandes preocupações atuais — e que se encontra em todos os jornais e revistas especializadas — é, sem sombra de dúvida, a do desemprego. É fruto da crise econômico-social por que passam os países do mundo capitalista.

Mesmo que nos voltemos para o fenômeno, como uma das manifestações do sistema econômico, o certo é que há implicações que ultrapassam esse âmbito e que se espalham pelos campos do social e do jurídico.

Por esse motivo, a criação de uma teoria exclusivamente econômica peca por oferecer-se como unilateral.

Se verificarmos que o aspecto econômico é apenas uma das facetas — importante, sem dúvida — da realidade social objetiva, podemos concluir que há outros elementos que entram em cena, ao lado do econômico, na determinação da vida dos países. Entre eles, estão as conseqüências sociais e as implicações jurídicas, já que as condições sociais refletem o comportamento do direito, dentro de uma sociedade.

É justo que se veja no desemprego não um fenômeno da atualidade, pois que começou há alguns séculos, mas também não se ofereçam con-

clusões de que a humanidade sempre conheceu essa manifestação de ociosidade da mão-de-obra.

Como examinaremos neste trabalho, o desemprego, com sua variante — o subemprego — tem um caráter histórico mais profundo do que a princípio aparenta. Se quisermos construir algo que nos possa levar a uma tentativa de solução, devemos partir sempre do suporte histórico, aliado a uma interpretação filosófica, que seja capaz de dar ao elemento econômico e social uma orientação não só de caráter doutrinário, mas sobretudo de caráter teórico.

Há inúmeros trabalhos, bem feitos, a respeito desse mesmo assunto. No entanto, o tema central é quase sempre à luz da Economia ou da Sociologia. E, quando o jurista procura estudar o problema, preocupa-se, sobretudo, com seu lado legal, que, entre nós, se encontra insculpido na Lei das Contravenções Penais, no momento em que pune a vadiagem: derivada do desemprego, como procuraremos demonstrar.

Embora sem a pretensão de chegar a uma conclusão dogmática, estamos convencidos de que poderemos trazer ao problema uma faceta nova, pelo menos no que se refere a uma interpretação global. E consideramos isso importante, de vez que a realidade é onimoda e apresenta uma multiplicidade de lados, que não podem ser postergados, sob pena de exsurgir a unilateralidade do tratamento dado.

Nossa intenção é, por isso, cuidar das implicações econômicas, sociais e jurídicas do desemprego, com o auxílio da História.

Acreditamos que, uma vez terminada a exposição, possamos ter trazido uma contribuição — por mínima que seja — à compreensão das dificuldades que cercam os países do mundo dito capitalista.

2. Conceito histórico do desemprego (breve história)

A interpretação da realidade só tem valor quando parte ela dos fatos conhecidos para a elaboração de uma teoria, calcada na prática. Há de haver uma integração dialética, entre prática e teoria, de modo que, partindo de uma (a prática), se possa construir a outra (a teoria), cujo valor só poderá ser provado, se voltar, de novo, à prática. Nesse vai-e-vem é que se diz que a teoria deve embeber-se de elementos da realidade objetiva — representada pela prática; mas só valerá se puder voltar à prática, para modificar essa mesma realidade.

Desvinculada da realidade ou da prática, a teoria restará no campo meramente especulativo, sem qualquer valia, uma vez que estará situada no plano das concepções utópicas ou simplesmente metafísicas.

Assim, o conceito não pode ser apreendido *a priori*, mas, oriundo da realidade, é formado ele com elementos daí originários. Isso quer dizer que o conceito, partindo do concreto, vai tornar-se abstrato, traduzindo, na negação que a abstração faz dos acessórios, a essencialidade do fenômeno desfenomenalizado. Ao atingir essa negação, constituindo-se em conceito, é importante o retorno à realidade, num movimento de negação da

negação, ou seja, de desessencialização do fenômeno desfenomenalizado. Só desse modo, é possível uma tentativa de solução dos problemas que se abrem aos olhos da humanidade, tentativa essa que se deve estruturar através da transformação dessa realidade objetiva.

Ora, foi por meio desse exame que se chegou a um conceito de desemprego, que exprime um aspecto muito mais profundo do que, a princípio, aparenta.

Veja-se que KARL PRIBRAM, em um verbete escrito especialmente para a *Encyclopaedia of the Social Sciences* (vol. 15, pág. 147), intitulado "Unemployment", conceitua o desemprego como "o aspecto negativo do processo econômico", acrescentando que sua existência se deve a "razões inerentes à organização da produção de mercadorias". Isto quer dizer que houve aí a invocação do fator econômico, como formador de seu conceito.

De certo modo, é o que lemos na *The Concord Desk Encyclopedia* (vol. 3, pág. 1.223): "situação em que pessoas, que normalmente são membros da força de trabalho, desejosas e aptas ao trabalho, não encontram emprego".

Em outras palavras, há desemprego quando existe uma defasagem entre a oferta e a demanda da força de trabalho, sendo aquela maior que esta.

Com apoio nessa idéia, é possível uma errônea interpretação do fenômeno, à luz da história. Em outras palavras, é provável que se pense que a humanidade sempre conheceu o desemprego. E isso não é verdade.

Se correremos as páginas da história, vamos verificar que o que encontramos do decorrer do tempo é uma esporádica situação de falta de colocação da força de trabalho, em determinado lugar. Mesmo porque a relação entre o crescimento populacional na Antigüidade Clássica greco-latina e os meios de trabalho não era de molde a gerar um desemprego em massa.

Quando, modernamente, falamos em desemprego, estamos a fazer referência à existência de uma considerável massa de trabalhadores que, embora desejando um lugar para vender sua força de trabalho, não encontra onde fazê-lo. Nesse particular, o desemprego não é inerente à vida da humanidade. Pelo contrário, não existia ele na Antigüidade Clássica nem na Idade Média, passando a surgir no momento em que se instalou o mercantilismo, como forma do capital mercantil.

O já citado KARL PRIBRAM, no mesmo verbete já invocado, escreveu: "Desemprego em massa é uma peculiaridade da moderna economia capitalista, com sua extrema divisão do trabalho, seus métodos de produção, distribuição e acumulação de renda, tudo condicionado pelo mecanismo de mercado e preço e seu complexo sistema de crédito" (págs. 147-148). Dito de outra maneira: depende ele das condições do mercado de trabalho.

Nesse particular, embora possamos endossar tal explicação, julgamos poder situar o fenômeno um pouco mais atrás, na história dos povos.

Em 1516, THOMAS MORE escrevia sua obra mais famosa — *Utopia* — em que criticava, de um modo duro, o que ocorria na região de Flandres.

Trabalho dedicado ao "invencível rei da Inglaterra", Henrique VIII, por quem fora ele incumbido de missão parlamentar naquela região. Foi, então, que pôde observar o que ali ocorria, em relação aos novos acontecimentos em solo inglês. A lã estava adquirindo, em Flandres, um excelente preço, pelo que levou os aristocratas ingleses aos "cercos" de seus terrenos, com a finalidade de neles criarem-se carneiros e ovelhas. Para isso, foram desalojadas dos campos as famílias dos agricultores, que, expulsas de suas terras, dirigiam-se para os centros urbanos à procura de trabalho. Ora, predominando a legislação das corporações de ofício, que defendia os interesses dos artesãos, os camponeses dificilmente encontravam lugar para o emprego de sua força de trabalho: 1º) porque não tinham tempo para um aprendizado, que, pela legislação das corporações, devia ser de cerca de dez anos; 2º) porque nada sabiam fazer que pudesse colocá-los, de imediato em qualquer oficina artesanal; 3º) porque o número de vagas, por acaso existente, não era suficiente para absorver a mão-de-obra ociosa, expulsa dos campos.

Em conseqüência, as cidades encheram-se de desocupados à procura de trabalho. Como tais homens não estavam sós, pois tinham família (mulher e filhos), aumentava a dificuldade de sobrevivência. O assalto, o roubo e a violação dos preceitos legais, protetores da propriedade privada, começaram a ocorrer e a perturbar a população dos principais centros urbanos, entre os quais estava Londres.

Claro que havia necessidade de uma reação, por parte do governo, a fim de coibir esse estado de coisas. E essa solução veio: Henrique VIII determinou que todo aquele que, apto ao trabalho, não estivesse trabalhando, mas esmolando ou ameaçando o equilíbrio da sociedade, com possibilidade de vir a roubar, deveria ser preso, sumariamente julgado e... condenado à morte (!). Não é preciso que se diga que esse imperativo legal excluía a inércia e a falta de trabalho dos nobres! Para que se possa fazer uma idéia do que foi essa reação da aristocracia, basta que se diga que durante o reinado desse monarca foram condenadas e executadas "apenas" 72.000 pessoas!

Foi essa situação que revoltou THOMAS MORE, que acusou os Estados de levarem uma boa parte da população ao roubo e à violência, para depois impor-lhe a pena de morte. Neste caso, escreveu ele, "a morte é uma pena injusta e inútil; é bastante cruel para punir o roubo, mas bastante fraca para impedi-lo. O simples roubo não merece a força, e o mais horrível suplício não impedirá de roubar o que não dispõe de outro meio para não morrer de fome". Daí sua indagação: "Não seria melhor garantir a existência a todos os membros da sociedade, a fim de que ninguém se visse na necessidade de roubar, primeiro, e de morrer, depois?" (pág. 173). Para ele, a principal causa da miséria pública estava na ganância dos nobres, que viviam do suor e do trabalho dos outros, "escorchoando os rendeiros até a carne viva" (pág. 174), mas que, ao contrário, quando se trata de gastar em prazeres, "são pródigos, então, até a loucura e a mendacidade" (idem). Para que pudesse acontecer essa ganância foi que os imensos rebanhos de gado ovino passaram a cobrir todo o território inglês, fazendo com que eles tomassem lugar dos camponeses. Daí dizer o autor citado que

os carneiros “devoram os homens e despovoam os campos, as casas, as aldeias” (pág. 176). Por isso é que “a todos os pontos do reino, onde se recolhe a lã mais fina e mais preciosa, acorrem, em disputa do terreno, os nobres, os ricos e até santos abades” (págs. 176-177), que “subtraem vastos tratos de terra da agricultura e os convertem em pastagens; abatem as casas, as aldeias, deixando apenas o templo para servir de estábulo para os carneiros. Transformam em desertos os lugares mais povoados e mais cultivados” (pág. 177). Assim, “os honestos cultivadores são expulsos de suas casas, uns pela fraude, outros pela violência, os mais felizes por uma série de vexações de questiúnculas que os forçam a vender suas propriedades” (idem). Espoliados e expulsos de suas terras e não encontrando lugar para viver no campo, vão para as cidades, onde “vendem a baixo preço o que puderam carregar de seus trastes, mercadoria cujo valor é já bem insignificante. Esgotados esses fracos recursos, que lhes resta? O roubo e, depois, o enforcamento segundo as regras” (idem).

Fizemos questão de citar essas passagens da obra clássica de THOMAS MORE, porque elas são um libelo violento contra o primeiro desemprego em massa que a humanidade, infelizmente, veio a conhecer. E, como não podia deixar de ser, afirmou ele, em forma de arremate, que os desempregados vão “mendigar ou roubar”, se têm coragem, e que o resultado legal é fruto da própria sociedade que cria ladrões “para ter o prazer de enforcá-los” (pág. 180). Logo “é injusto matar-se um homem por ter tirado dinheiro de outrem, desde que a sociedade humana não pode ser organizada de modo a garantir para cada um igual porção de bens” (pág. 181). Pelo que a verdadeira lei é aquela que **mata o crime e conserva o homem** (cf. pág. 185).

E se mais tarde a pena de morte fora substituída pela internação nas tristemente famosas “Casas de Trabalho”, que o povo, na sua sabedoria, denominava “Casas do Terror”, a reação “legal” não parou aí, porque os desempregados, válidos para o trabalho, eram açoitados até quase à morte, sendo que o reincidente tinha metade de sua orelha cortada, para ficar marcado pelo resto de sua vida.

O Rei Eduardo VI, em 1547, instituiu a escravidão daquele que não encontrasse trabalho ou se recusasse a trabalhar, devendo ser alimentado apenas com “pão e água”. Além disso, deviam ser marcados com um S (slave = escravo) colocado na testa, com um ferro em brasa.

Elisabeth I, em 1572, também não deixou por menos, considerando os reincidentes como... traidores do Estado (!).

James I determinou a perseguição aos pedintes, declarando que aqueles que pedissem esmolas fossem considerados vagabundos, presos e condenados, sumariamente, a, pelo menos, seis meses de prisão. No caso de reincidência, poderiam até ser condenados à morte.

O importante disso é que essas disposições “legais” perduraram até o início do século XVIII.

Foi, assim, a partir do começo do mercantilismo, que apareceu, na história da humanidade, o desemprego em massa, com sua conseqüente punição dos desempregados.

A tudo isso é possível acrescentar que, como ressaltou K. MARX, as seções 18 e 19 do Estatuto de Aprendizagem de Elisabeth I puniam com dez dias de prisão o patrão que pagasse um salário melhor a seus operários, e com vinte e um dias o operário que o aceitasse (cf. "Le Capital" — I vol., 18ª seção, Cap. XXVIII, pág. 1.197).

A revolução industrial se fez graças à mecanização da produção, mudando qualitativamente o processo produtivo, substituindo a força de trabalho do homem pela força mecânica. Era a máquina ocupando o lugar do trabalhador.

Iniciada em 1733, com a maquineta de John Kay, em pouco menos de um século o impulso que tomou foi enorme. O emprego da máquina, a utilização da divisão do trabalho, compatível com o tamanho do mercado, tudo isso levou, de início, a produção da Inglaterra, onde começara essa mudança, a um tremendo índice de produtividade, multiplicando-se várias vezes o produto final, ou seja, o volume da produção acabada.

Mas, é também aí que vamos encontrar a liberação do trabalho das peias da legislação mercantilista, que, de fato, ainda era de fundo artesanal, permitindo que o trabalhador pudesse dispor de sua força de trabalho como melhor "the aprouvesse"! Era aquilo que passou a ser conhecido como o "trabalho livre".

Implantava-se, com a revolução na produção, o liberalismo político, que contava com o respaldo no liberalismo filosófico.

A mudança do eixo dos estudos filosóficos fez com que os homens abandonassem as preocupações da relação homem-Deus, para cuidar tão-somente da relação homem-homem. E a liberdade aparece como fator primordial, nos trabalhos dos grandes pensadores do século XVII, tais como THOMAS HOBBS e JOHN LOCKE. Esse liberalismo, surgido por inspiração dos interesses da crescente burguesia, que, por ser economicamente poderosa, almejava alcançar o poder político, pregou a igualdade e a liberdade de nascimento de todos os homens. Uma das conseqüências dessa igualdade foi a abstração jurídica de que todos os homens são iguais perante a lei; enquanto a liberdade política estendeu-se à liberdade de contratar, sem qualquer restrição legal. Em outras palavras, o contrato de trabalho tornou-se um resultado da autonomia das vontades livres das partes contratantes. Logo, o que as partes pactuassem, estava ajustado. É lógico que posta fora da lei a simples tentativa de coalizão operária, no sentido de defesa dos interesses comuns à classe. É que a burguesia partia de um pressuposto, que muito bem servia a seus propósitos: o de que a associação representava uma limitação ao direito individual. E, nesse caso, a coalizão opunha-se à liberdade individual de contratar.

Na Inglaterra, até as "trade unions", que tinham, no princípio do século XVIII, um caráter mutualista e de assistência social, foram postas fora da lei. E a legislação, que se fez imperante, passou a punir com pena de morte aquele que ousasse transgredi-la. Na França, o pensamento burguês não foi diferente. O Código Penal e a Lei Le Chapelier dispunham de modo tão violento quanto a lei inglesa.

A verdade é que a ficção jurídica de uma igualdade dos homens fez com que o contrato de trabalho se tornasse uma farsa.

Como a força de trabalho é a mercadoria do trabalhador, cujo preço é o salário, e, como mercadoria, passou a estar submetida às leis da oferta e da procura, começou o salário a baixar. Por quê? Porque a máquina, fazendo o trabalho de vários homens, determinou a existência de um aumento da força de trabalho ociosa, o que provocou seu aumento, em relação à sua demanda. Quando a oferta suplanta a procura, o preço tende a cair. Logo, foi o que ocorreu com o salário, ou seja, com o preço da força de trabalho, no mercado. A queda do salário foi tão brutal, que os homens foram alijados de seus empregos, para onde vieram as mulheres e as crianças. Não é este o lugar de narrar o que houve com a abstração da igualdade e da liberdade dos homens. O nível do salário caiu; o índice de desemprego aumentou; a exploração da força de trabalho das mulheres e das crianças cresceu; instalou-se a fome, como resultado da miséria, que se fez presente.

Qualquer história econômica conta muito bem o que foi esse período da instituição da revolução industrial.

A partir daí o desemprego tornou-se institucional, ou seja, inerente ao sistema que começava a vigorar: o capitalismo industrial.

Se o desemprego durante o mercantilismo era uma conseqüência da situação do mercado, o desemprego, a partir do século XVIII, com aprofundamento depois do século seguinte, passou a ser inerente ao sistema. Era — como é — institucional, pertencendo, pois, à essência do capitalismo. Foi por essa razão que MARX se referiu ao “exército de reserva do proletariado”, porquanto o desemprego não pode desaparecer, enquanto existir o sistema.

Foi essa situação, atribuída erroneamente ao uso da máquina, que deu origem aos movimentos ludistas — criados por Ned Ludd — cuja finalidade era a destruição das máquinas, na esperança de que, assim agindo, os patrões viessem a reempregar os operários despedidos. A repressão oficial não se fez esperar, porque estava sendo prejudicada a propriedade privada. Esses movimentos duraram dois anos — 1810 e 1811 — sem resultados positivos, a não ser a demonstração dos trabalhadores, que passaram a considerar a máquina como um inimigo.

O desenvolvimento da técnica mecânica — que caracterizou a chamada 1.^a revolução industrial — facilitou a concentração do capital e aumentou o índice de desempregados. Levantou-se, então, uma discussão em torno da máquina: seria ela boa ou má? Claro que qualquer resposta escolhida apenas atendia a uma parte da realidade; por um lado, tem-se que considerá-la boa, uma vez que, poupando o homem, lhe permite tempo para o lazer criativo; por outro lado, desempregando trabalhadores, foi tida como má. Nenhuma das respostas, evidentemente serviu, nem serve, à fiel interpretação da realidade objetiva. A máquina, em si, não é boa nem má; tudo depende da maneira pela qual é ela usada, ou seja, depende do sistema a que presta seus serviços. Nesse caso, a questão não é de interpretação do papel (positivo ou negativo) da máquina, mas do sistema econômico em que ela é empregada.

E tão importante foi essa questão que os socialistas, de todos os matizes, se voltaram contra a exploração do trabalho e o desemprego, sugerindo medidas que pudessem resolver todos esses problemas.

A verdade é que a taxa de desemprego não diminuiu durante o século passado, prolongando-se no início deste nosso século. A acreditar-se em H. A. SILVERMAN, no século XIX a taxa de desemprego girava em torno de 5%, chegando a 10% no primeiro quartel deste nosso século; com a "Grande Depressão", de 1929—1931, esse índice ascendeu a 20% (**The Substance of Economics**, pág. 142).

Segundo informações, em 1890, a proporção de desempregados na indústria metalúrgica inglesa era 3%; em 1900 já passava para 3,9%; e, em 1907, subiu para 8%. S. BELL, que escreveu **Productivity Wages and Income** (pág. 21), confirmando os dados fornecidos pelo **Annuaire des Statistiques de Travail** (págs. 66-68), permitiu a elaboração de um quadro sobre o número de desempregados nos Estados Unidos, na Inglaterra e na Alemanha, no período que vai de 1921 a 1938. Ei-los, calculados em percentagens sobre o número total de trabalhadores:

	1921	1922	1924	1929	1932	1935	1938
Estados Unidos	27	22	16	11	48	36	37
Inglaterra	—	13	11	10	22	15	13
Alemanha	—	9	19	9	30	12	—

Por esse quadro podemos sentir a influência da grande crise econômica, que abalou o mundo de 1929 a 1934, sendo certo que os Estados Unidos, onde a crise começou, sofreram o maior impacto em sua força de trabalho, como se pode verificar cotejando os índices de 1929 e 1932.

Foi esse um dos motivos pelos quais o nazismo conseguiu adesão na Alemanha, já que sua filosofia política prometia emprego para todos.

Em números redondos, podemos oferecer um outro quadro bastante elucidativo, em que já aparece também a França:

	1930	1932
Estados Unidos	4.359.000	12.100.000
Inglaterra	1.994.000	2.955.000
Alemanha	3.144.000	6.014.000
França	194.000	880.000

A 2.^a Grande Guerra, enquanto durou, diminuiu o número de desempregados, já que se tornou necessário o chamado esforço de guerra, aproveitou-

tando-se a mão-de-obra ociosa na indústria bélica. Isso não quer dizer, entretanto, que o sistema haja encontrado, nesse período, a fase do denominado pleno emprego.

Ocorre, porém, que, com o término do conflito armado, houve a desmobilização dos que estavam até então empregados. E, novamente, o índice do desemprego voltou a subir.

Assim, os Estados Unidos, em 1955, em pleno período de um crescimento econômico, considerado bom, ficou com três milhões de desempregados, havendo mais de nove milhões de desempregados parciais. Enquanto isso, a Alemanha Ocidental enfrentava cerca de um milhão de desocupados e a Itália, dois milhões. O Japão também não fugiu à regra, porquanto apresentou um número elevado de trabalhadores parcialmente parados (nove milhões) ao lado de seiscentos mil desempregados.

Em 1958, os Estados Unidos voltaram a sofrer com a elevação da taxa dos semidesempregados, que atingiram o número de dez milhões e trezentos mil, contra dois milhões e cem mil sem qualquer tipo de emprego. Esses dados estão na *Monthly Labour Review*, de junho de 1958 (pág. 64).

No Brasil, a questão da desocupação forçada de trabalhadores instalou-se, com maior incidência, a partir da repercussão da crise mundial de 1929, da qual a revolução de 30 foi um dos efeitos mais decisivos para nossa história. Inclusive, é a partir desse momento que se vai formar uma consciência da necessidade de uma legislação do trabalho, luta essa empreendida desde a década de 20, mas considerada "um caso de polícia".

Para não recuar muito no tempo, podemos partir de 1931, quando tínhamos, no País, cerca de dois milhões de desempregados ou semidesempregados (trabalhando 3 ou 4 dias por semana). Foi então que surgiu a "forma" de acabar com a desocupação forçada: prender os desempregados e mandá-los para outro Estado. Claro que os trabalhadores a isso reagiram e começaram a intensificar-se as greves, no momento em que o governo resolveu criar o Ministério do Trabalho.

A esse respeito, escreveu LEÔNICIO BASBAUM: "Para mostrar que não reconhecia na questão social simples caso de polícia, criou o governo revolucionário o Ministério do Trabalho. O papel desse Ministério, na história do período que se inicia em 1930, foi dos mais significativos porque ele conseguiu esmagar, no curso de alguns anos, o que havia de mais puro, espontâneo e ao mesmo tempo organizado no movimento operário brasileiro: a vida sindical dos trabalhadores (*História Sincera da República*, vol. 3º, págs. 29-30).

Em 1966, o Nordeste tinha, só nas áreas urbanas, 1.087.000 desempregados, ao lado de 1.965.500 de empregados na indústria e no comércio, segundo informe da *Folha de S. Paulo*, de 7-7-66.

Segundo o *Anuário Estatístico do Brasil* (1981) — em 1976, somente 40.236.700 pessoas estavam empregadas; em 1977 esse número ia para 43.500.700; em 1978, para 45.394.300; e, em 1979, para 45.411.500. Enquanto isto, a população do País passava de 93.139.000, em 1970, para cerca de 130.000.000, em 1982. Foi isso que levou o *Almanaque Abril*, de

1980, a dizer que havia cerca de 22 milhões de trabalhadores com relações formais de emprego, mas, acrescentava, "calcula-se em 40 milhões o número de trabalhadores sem essas relações de emprego (trabalhadores do campo, subempregados e desempregados)". Por essa razão, é que dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), referente a São Paulo e ao Rio de Janeiro, divulgados pelo IBGE, "mostram que quase 2 milhões de pessoas nas áreas metropolitanas do Rio e de São Paulo são marginalizadas do mercado de trabalho".

Como se verifica, o problema é deveras preocupante, pelo que, não tendo apenas um mas vários aspectos, requer um cuidado grande no seu tratamento, em busca de uma solução que seja razoável e racional.

3. O Desemprego: Alguns dados e algumas explicações (I)

Considerando o desemprego como o afastamento do trabalho, ou seja, a não-aplicação da força de trabalho, os clássicos não tiveram nenhuma teoria para explicá-lo. Pelo contrário, admitindo que o desemprego fosse voluntário, não tiveram o cuidado de formular qualquer esclarecimento a respeito. Para eles, o trabalhador **sempre** encontraria lugar para trabalhar, desde que quisesse e se pusesse de acordo com o patrão. Se a teoria político-jurídica do contrato de trabalho estava baseada na liberdade e na autonomia da vontade, claro que o patrão oferecia, de um lado, as condições que lhe interessavam, enquanto o trabalhador, de outro, pugnava por aquilo que ele julgava ser seu direito. Quando essa ficção de igualdade e de liberdade não encontrava apoio na realidade objetiva, estava aberto o caminho para o desemprego.

É lógico que o salário, pago a uma determinada função, era o termômetro da taxa de desemprego. Expliquemos: quando, dentro da concepção liberalista, o Estado não podia intervir no campo da iniciativa privada, na qual se enquadrava o contrato de trabalho, a fixação do salário dependia exclusivamente do ajuste das partes contratantes. Como o salário é o **preço do pagamento da força de trabalho**, fica este sujeito às leis da oferta e da demanda dessa mercadoria especial, que só o trabalhador possui. Assim, com o emprego da máquina foi inevitável a substituição da força humana pela força mecânica, e cresceu a oferta da mão-de-obra, enquanto decrescia sua procura. Com isso, o salário entrou em declínio. Foi, então, o desemprego que forçou a queda do salário, e a saída de casa de mulheres e de crianças, que se sujeitavam a ganhar menos que os homens.

Nesse particular, parecia aos clássicos que o desemprego era voluntário, já que não trabalhava quem não queria. Veja-se o Cap. VIII do Livro I da **Wealth of Nations**, de ADAM SMITH, onde se trata de salários (**Of the Wages of Labour**). Aí o autor chegou a denunciar a inexistência de um ato do Parlamento contra o acordo dos patrões em baixar o preço do trabalho, escrevendo que "os patrões também muitas vezes entram em combinações particulares para descer os salários abaixo dessa taxa, ou seja, abaixo do nível mínimo possível à subsistência". Daí, escreveu ele: "O homem sempre deve viver de seu trabalho, e seus salários devem, por isso, ser suficientes para mantê-lo." E, embora reconheça que a concorrência entre os empregados reduz o salário, não desenvolveu teoria alguma que se dispusesse a

explicar o problema do desemprego. No seu caso, não é difícil compreender tal procedimento. ADAM SMITH escreveu sua obra-prima entre 1764 e 1773, permitindo sua publicação em 1776, ocasião em que a revolução industrial inglesa estava dando os primeiros passos. Logo, não poderia ele pretender explicar um fenômeno econômico que somente surgiria com a mecanização da produção — o que ainda não havia ocorrido no momento em que escreveu seu livro famoso.

THOMAS ROBERT MALTHUS, 1766-1834, imbuído de uma teoria da população, segundo a qual a população cresce em progressão geométrica, enquanto, em igual período (25 anos), a alimentação só aumenta em progressão aritmética, também não vislumbrou, de 1798 (data da 1.^a edição anônima de seu **An Essay on the Principle of Population**) até 1834 (data de sua morte, quando já havia tirado seis edições desse livro), nenhuma teoria relativa ao desemprego. Pelo contrário, para ele desocupação era consequência da incuria do próprio trabalhador e ele acrescentou que “as leis da natureza” foram ditadas por São Paulo: “se o homem não trabalhar, não comerá” (Cap. X, da Parte 2.^a de sua obra principal). Para justificar seu ponto de vista sobre a responsabilidade do trabalhador de sua própria miséria, MALTHUS se aproveita da “lei do fundo de salário” para fulminar o proletariado. Segundo ele, os salários pagos a todos os trabalhadores de um país, em certo período de tempo, constituem um “fundo” que deverá ser dividido entre o número de trabalhadores. Assim, o quociente exprimirá o salário médio que remunerará o trabalho prestado. O que MALTHUS pretendeu foi estabelecer uma relação entre capital (que paga os salários) e a população ativa (que os recebe). Se esta relação for constante, os salários não se alterarão. Se, porém, ela aumentar, fazendo com que o capital seja maior que o número de trabalhadores, então, os salários subirão. No entanto, como o número de trabalhadores tende a aumentar, uma vez que a população tende a crescer em progressão geométrica e que os filhos de operários também irão ser operários, a relação entre capital e população diminuirá, fazendo com que descreça o salário médio, pago aos trabalhadores. “No fundo” — escrevemos nós em nossa **História do Pensamento Econômico** (Cap. 7^o, 7.3) — “o que MALTHUS estaria tentando demonstrar era que o aumento da força de trabalho provoca um incremento de sua oferta e, permanecendo estável sua procura, fatal seria a queda do salário” (pág. 263). A consequência desse raciocínio era inevitável: os trabalhadores são os únicos responsáveis por sua própria situação. O desemprego era um dos resultados dessa famigerada “lei”. Mas, seu autor não formulou nenhuma teoria a seu respeito.

Os socialistas perderam-se em críticas, muitas delas procedentes, contra aquilo que exprimiria as consequências sociais da revolução industrial. No entanto, não tiveram, de um modo geral, uma noção precisa de uma teoria que explicasse o desemprego. É bem verdade que SISMONDI (1773-1842) vislumbrou na crise econômica uma fonte de desemprego, mas também não arquitetou nenhuma explicação teórica para a desocupação.

Foi KARL MARX (1818-1883) quem formulou, dentro de suas concepções, uma teoria do desemprego. Preliminarmente negou que ele fosse voluntário. É desempregado quem não encontra lugar para vender sua

força de trabalho, ainda que o queira. Logo, o desemprego é **involuntário**. Depois, verificou que ele faz parte do sistema econômico capitalista, porquanto este necessita do “exército de reserva industrial”, para forçar o salário ao mínimo possível, devendo persistir enquanto permanecer o sistema. Assim, sempre haverá desempregados no sistema em que os meios de produção estiverem nas mãos de particulares. Claro que, em períodos de crises econômicas agudas, o número de desempregados tende a aumentar. E isso ocorrerá periodicamente, uma vez que as crises econômicas são cíclicas, a partir da implantação do capitalismo industrial.

A concepção de MARX está amparada no seguinte raciocínio, exposto em algumas de suas obras. Examinando a relação entre capital constante (máquinas, utensílios de trabalho e matérias-primas) e capital variável (salários), escreveu ele: “Mais o capital produtivo aumenta, mais a divisão do trabalho e A MAQUINARIA GANHAM EM EXTENSÃO; e mais a divisão do trabalho e a maquinaria aumentam, mais a concorrência entre os trabalhadores se intensifica e seu salário se estreita” (“Travail Salarié et Capital” in **Œuvres**, I, pág. 228). Por esse motivo, a indústria mecanizada acelerou o processo de acumulação, redobrando a energia das forças que tendem a diminuir a grandeza proporcional da força de trabalho, dispensando, a partir daí, uma boa parte dos trabalhadores (cf. **Le Capital** — I, 7.^a seção, Cap. XXV, **op. cit.**, pág. 1.145). Assim, se a procura da força de trabalho declina, sua oferta permanece estável, crescendo, então, proporcionalmente, na relação demanda-oferta. É isto que faz com que uma fração dos trabalhadores se torne superabundante, deixando de ser necessária ao capital e “perde sua razão de ser”, dando origem, pois, a uma população crescente de desocupados. “Se a acumulação, o progresso da riqueza sobre a base capitalista, produzem, então, necessariamente, uma superpopulação operária, esta se faz, por seu turno, o mais poderoso nível da acumulação, uma condição da existência da produção capitalista em seu estado de desenvolvimento integral. Ela forma um **exército de reserva industrial** que pertence ao capital de um modo tão absoluto como se ele o houvesse elevado e disciplinado às suas próprias expensas” (*idem*, pág. 1.149).

Convém, todavia, que se diga que não foi MARX o autor da expressão “exército de reserva industrial”, surgida, na Inglaterra, por volta de 1840 e usada, posteriormente, pelos dirigentes cartistas. No entanto, sua teoria foi criada por JOHN BARTON (que, em 1817, escreveu um trabalho intitulado **Observations on the Circumstances which Influence the Condition of the Labouring Classes of Society**) e DAVID RICARDO.

Outra teoria, que apareceu neste nosso século, é devida a ARTHUR CECIL PIGOU, discípulo de A. MARSHALL, que prosseguiu no desenvolvimento das idéias de seu mestre, embora dele discordasse do conceito de excedente do consumidor. Em 1933, publicou ele sua obra **The Theory of Unemployment**, onde defende a tese de que, quando os salários diminuem, os empresários podem investir vantajosamente, aumentando seu capital fixo e, desse modo, proporcionar um incremento na demanda do trabalho. Em outras palavras, para ele o desemprego passa a ser uma função das variações salariais, permitindo uma diminuição, quando os salários entram em declínio. Aliás, W. BEVERIDGE, em particular, acompanhou PIGOU em sua teoria de

que o alto índice de desemprego, que ocorreu na Inglaterra, logo após a I Grande Guerra, se deve ao fato de que os salários não acompanharam a queda dos preços, que se manifestou em 1921-1922.

Na obra citada, PIGOU discute o volume de emprego em função, pois, das taxas de salário e da procura da mão-de-obra, acrescentando que o desemprego se deve a uma política salarial que não se adapta às modificações da procura real da força de trabalho, o que seria corrigido através de reajustes dos próprios salários. Isso foi criticado por KEYNES, em sua obra clássica **The General Theory**, como se verá adiante.

JACQUES RUEFF, autor de um livro, que se tornou muito conhecido (**Des Sciences Physiques aux Sciences Morales** — Paris, 1922), também estabeleceu uma correlação entre as curvas do salário real e o desemprego, tomando como ponto de partida a economia inglesa.

J. M. KEYNES (1883-1946) chamou a teoria clássica “teoria da distribuição em estudos de pleno emprego”, o que é compatível “com a desocupação de fricção” e o desemprego voluntário. Ao escrever sua obra mais famosa e discutida, **The General Theory of Employment, Interest and Money** (1936), considerando o emprego como uma das variáveis dependentes, negou fosse o desemprego voluntário, como afirmavam os clássicos, asseverando que o pleno emprego é uma “situação tão rara quanto efêmera” (Cap. 18, nº III). Por isso, disse ele que, “quando o volume do emprego varia, os salários nominais tendem a variar na mesma direção, mas não em forma muito desproporcionada; quer dizer que as variações moderadas no emprego não se acompanham de grandes alterações nos salários nominais” (*op. cit., loc. cit.*, pág. 240). Foi aí que ele se opôs à teoria de PIGOU, porquanto, em sua opinião, os trabalhadores têm menos interesse na estabilidade dos salários reais do que na conservação dos salários nominais, opondo-se mesmo a qualquer queda destes à daquela (cf. *op. cit.*, pág. 242). Em **A Teoria Geral** (apêndice ao Cap. 19), KEYNES fez uma severa crítica à “Teoria do Desemprego do Professor PIGOU”. Oferecendo uma análise ao modo de pensar deste autor, escreveu ele: “Por definição, a função real da demanda de mão-de-obra depende **exclusivamente** (conforme vimos antes) de dois fatores: (1) a relação existente num dado meio, entre o número total de homens empregados e o número dos que devem ser empregados nas indústrias de bens de consumo operário para lhes fornecer o que consomem, e (2) o estado da produtividade marginal nas mesmas indústrias” (pág. 267 — o grifo é do autor).

Pelo que se pode depreender, KEYNES construiu uma teoria do desemprego em cima de uma análise da “função-emprego” (ver o Cap. 20) onde ele admite que as variações do emprego dependem das variações da demanda efetiva de mão-de-obra (demanda essa medida em unidades de salário) (cf. *op. cit.*, pág. 275). Por conseguinte, “quando a demanda efetiva é deficiente, existe subemprego de mão-de-obra, no sentido de que há homens desempregados dispostos a trabalhar por um salário real menor que o existente”. E acrescenta: “Portanto, à medida que a demanda efetiva aumenta, o emprego sobe, embora o salário real igual ou menor que o existente, até ao momento em que não haja excedente da mão-de-obra disponível ao salário então em vigor, quer dizer, até que não haja homens (ou horas de trabalho) disponí-

vels, salvo se (a partir desse ponto) os salários nominais subirem **mais depressa** que os preços” (pág. 277 — grifos do autor).

É preciso que se diga que, qualquer que tenha sido a tentativa de **explicar** o desemprego, não consegue esconder um fato, que é sintomático. Ele existe em uma sociedade em que impera a iniciativa privada de produção, ou seja, a economia é determinada pelo interesse particular, sobreposto ao social. É por esse motivo que, neste momento, em todos os países industrializados do mundo dito capitalista, o número de trabalhadores — ou seja, da oferta da força de trabalho — ultrapassa sua demanda, fazendo dessa diferença mais um elemento de desemprego. É que o desempregado faz concorrência ao empregado e, para sobreviver, aceita qualquer salário, o que faz com que as empresas — em busca de diminuição de seus gastos — despeçam os trabalhadores que ganham mais, em troca daqueles que se sujeitam a um salário menor (em geral, o mínimo ou em torno deste). Não se pode dizer que seja uma simples permuta de pessoas, caso em que a taxa de desemprego permaneceria a mesma; mas um incremento dessa taxa, de vez que a imposição ao **novo** empregado é no sentido de que deve substituir mais de um companheiro. Claro que a conseqüência é — essencialmente — dupla: o aumento da taxa de desemprego e a diminuição do salário nominal (que, no fundo, se traduz pela redução do salário real).

Ora, é sabido que a parte do capital destinada ao pagamento da força de trabalho (capital variável) proporcionalmente diminui em comparação com o investimento feito em máquinas e matérias-primas (capital constante). Dito de outro modo, enquanto cresce o capital constante, diminui o variável. E isto se traduz no aumento da taxa de desemprego, já que a economia que se faz em salário é aquela que ocorre à custa do emprego do trabalhador.

É lógico que a taxa de exploração, ou seja, a taxa de mais-valia tem de crescer, para interessar ao capital investido. E, nesse particular, o desemprego é um excelente instrumento de pressão do trabalhador empregado, que se submete a essa pressão, com receio de vir a ser despedido.

PAUL M. SWEEZY, em 1964, escrevia que, afora as flutuações cíclicas — que têm sido apontadas como as verdadeiras causas do desemprego —, a taxa de desocupação, na economia americana, tem permanecido alta, enquanto a taxa de utilização da capacidade produtiva tem sido sensivelmente mais baixa no mercado durante a década de 1950 (“Obstacles to Economic Development” — in **Socialism, Capitalism & Economic Growth — Essay Presented to Maurice Dobb** — por vários autores — Cambridge University Press — 1967, pág. 191). E afirma, mais adiante, que os crescentes problemas do desemprego, da miséria e do desperdício são a prova de que a real barreira da produção capitalista é, de fato, o próprio capital, como aliás pregara MARX, em **O Capital** (vol. III — Cap. 15, § 2º, págs. 193-194).

Na mesma obra, THEODOR PRAGER, escrevendo o capítulo “Political Compulsions of Economic Growth”, declarou que a Europa Ocidental simplesmente não pode evitar o desemprego maciço, bem como os baixos salários reais e a presentemente declarada injustiça social (cf. pág. 213).

O interessante é que FREDERIC BENHAM, professor da Escola de Economia de Londres, em seu “Curso Superior de Economia” (**Economics: A**

General Textbook for Students), pretendeu esconder a realidade com uma interpretação que é inteiramente insustentável. Disse ele que a taxa de desemprego — em geral — é baixa, porque tem crescido a taxa de emprego — pelo menos na Inglaterra. E isto porque — prossegue ele — a mecanização da moderna indústria promove o deslocamento de alguns trabalhadores para outro ramo. E afirmou: “É evidentemente absurdo alegar que a mecanização reduz forçosamente o total dos operários empregados. Na maioria dos países industriais a mecanização avançou durante vários anos sem um crescimento paralelo da desocupação” (pág. 265). Ora, isto não é verdade, já que a realidade vem comprovar exatamente o contrário, como veremos adiante. Por essa razão, não podendo esconder, de todo, o que se passa na atualidade, acrescentou ser a causa mais importante do desemprego, em um país capitalista moderno, o ciclo econômico, quando a percentagem chega a ser duas ou três vezes maior nas fases de depressão que na de prosperidade (cf. pág. 266).

Para que se tenha uma idéia do quadro real distorcido, no que se refere a esse assunto, observemos que, por volta de 1927, o número de desempregados nos Estados Unidos era de 4 milhões (cf. **HAROLD UNDERWOOD FAULKNER — Historia Económica de los Estados Unidos**, pág. 718 — nota 7), enquanto no princípio de 1933, mais de um quarto dos assalariados estava sem emprego (pág. 732). É possível que se diga que tais números tenham sido alcançados por força da grande depressão de 1929-1934. No entanto, a solução oferecida por **ROOSEVELT**, logo no início da década de 30, para minorar o problema do desemprego — que já era desesperador — foi a ingerência do governo no campo da iniciativa privada, absorvendo a mão-de-obra ociosa, a princípio promovendo o Corpo de Conservação Civil (CCC) para a construção de obras públicas, ligadas ao reflorestamento e ao controle das inundações, logo depois a expansão desse aproveitamento em outros setores da atividade pública administrativa (cf. pág. 754). Era o keynesismo em ação.

A grande verdade é que, em 1960, os Estados Unidos estavam com 3.931.000 de desempregados, o que representava 5,6% da população ativa da época. Em 1964 esse número caía para 3.876.000, ou seja, para 5,2%.

Não nos parece demais, dizer pelo menos aqui, como escreveu **JOHN KENNETH GALBRAITH**, em **O Novo Estado Industrial**, que “poucos são os assuntos em que a imagem da civilização industrial se apresenta tão nítida como na sua força de trabalho” (pág. 175). E isso porque o problema da mecanização da economia exige funcionários especializados, capazes de manipular máquinas, o que faz com que se possa fazer uma substituição de 20 homens por apenas 2, ou, se preferirem, por mulheres que têm conhecimento de computadores (cf. **J. K. GALBRAITH — op. cit.**, pág. 177). Para não sairmos dessa obra do famoso economista canadense, radicado nos Estados Unidos, podemos ler, na 3.^a edição desse mesmo trabalho, datada de 1978, o seguinte: “Assim, de 1964 a 1976, o emprego de operários apresentou-se estável ou em declínio na produção de aço e de petróleo — indústrias características do sistema de planejamento. Na produção de automóveis, houve um aumento modesto, mas de 1951 a 1976, embora a produção total da indústria automobilística tenha duplicado, o número de operários na produ-

ção diminuiu em quase 20 mil" (op. cit., pág. 177 — grifos nossos. Dados segundo informações do "Employment and Training Report of the President, 1977" — Dos Departamentos do Trabalho e da Saúde, Educação e Bem-Estar dos EUA).

O "Report on the World Social Situation" (1970), (publicado pelas Nações Unidas) dizia que a demanda da força de trabalho não cresce, necessariamente, na mesma proporção do crescimento da população, como um todo. E alertava para uma situação que os países teriam de enfrentar: "Entre 1970 e 1980, será necessário absorver-se um crescimento de 226 milhões de pessoas na força de trabalho dos países em desenvolvimento, como a força de trabalho crescerá à taxa de 22% — de 1.012 milhões para 1.238 milhões de trabalhadores" (pág. 156). E chamava a atenção para o núcleo desse problema, a Ásia, onde essa força de trabalho aumentará de 804 milhões para cerca de 970 milhões. Claro que em outros lugares a situação não é melhor. Na África, o aumento será da ordem de 23%, passando, pois, a 32 milhões, enquanto na América Latina, esses números atingirão a 30 milhões, com um incremento de 32%.

A verdade é que a forte elevação da taxa de desemprego, nos países capitalistas industrializados, começou a partir de 1975. É que aí se inicia um ciclo de crise econômica, que culminou nos fins do ano passado e princípios deste 1983.

Em novembro, o número de desempregados nos Estados Unidos era de 14 milhões de trabalhadores. Já na Europa Ocidental esse número chegava a 34 milhões, sendo que, em março deste ano, a taxa de desemprego se elevava a 10,4%, num total de 2 milhões 540 mil desempregados, considerado o maior número, desde a II Guerra Mundial. Segundo informações de Bonn, admite-se que ocorrerá, até o final deste ano, a cifra alarmante de 3 milhões de desempregados, como se lê no **Jornal do Brasil**, de 4-3-83.

A situação da Bélgica não é melhor. Passou de 11,9% para 13,8% a taxa de desemprego em terras belgas.

A Inglaterra também enfrenta um elevado número de desocupados, apresentando, em fevereiro deste ano, um total de 3.224.715 desempregados.

O Japão enfrenta também o mesmo problema, pois já conta com uma taxa de 2,4% de desempregados, contrastando com a de 8,6% da Itália.

O fantasma do desemprego não se afasta da América Latina. Em 1975 — quando começou a crise — apresentava ela uma cifra de 33 milhões de desempregados. Hoje, só o Brasil já ultrapassou esse número, com o crescente desemprego diário.

Não basta, porém, alegar-se que estamos enfrentando uma crise econômica, que se pode equiparar (ou mesmo superar) à de 1929. E isso porque, como afirmam os economistas dos países desenvolvidos, uma taxa de 3% de desemprego é considerada normal, o que equivale a dizer que há sempre uma faixa de desempregados nesse tipo de economia. As crises somente fazem exacerbar essa taxa, elevando-a por motivos que valem ser examinados.

4. O Desemprego: Alguns dados e algumas explicações (II)

Se pretendemos uma explicação que seja convincente e que nos conduza à procura de uma solução, para qualquer coisa, devemos iniciar nossa análise a partir da realidade, de onde, através dos elementos a ela inerentes, possamos encontrar, por abstração, a base teórica necessária à sua volta à realidade, negada que deve ser a própria abstração, com o fito de promover uma transformação.

O capitalismo industrial determinou — de um modo crescente e com um processo acelerado — a concentração dos meios de produção nas mãos de uns poucos, criando potências sociais de produção. É o incremento dos grupos monopolistas, que se desenvolveram com enorme intensidade neste século, principalmente logo após o I Grande Conflito Mundial. A própria organização da produção dá origem ao aparecimento do empresário, das grandes concentrações de capitais e da cuidadosa e até extrema divisão do trabalho, com o surgimento daquilo que convencionaria chamar a “organização científica do trabalho”, que despontou com TAYLOR, FAYOL e FORD. A atomização do capital, em mãos de muitos, pela divisão do capital em ações (já que a grande sociedade por ações é a característica fundamental do capitalismo moderno), dá a impressão de que ocorreu a “democratização do capital”, quando, na verdade, a maioria das ações continua sob o controle de um grupo pequeno, que delega poderes de direção e às vezes até de decisão a uns quantos gerentes, executivos ou representantes, enquanto prossegue a captação de recursos pela venda, subscrição ou outro meio de alienação de suas ações. Passa a ocorrer, então, como bem chamou a atenção MARX, que “o modo de produção capitalista elimina, ainda que sob forma antagônica, a propriedade privada e o trabalho privado” (*Le Capital* — III — 3ª sec. — conclusões — in *Œuvres* — II vol., págs. 1.046-1.047). Mas, essa produção crescentemente sofisticada, que se verifica com investimentos maciços, aceleração do processo produtivo, incremento do índice de produtividade e a criação de uma economia voltada para o mercado — como bem assinalou WERNER SOMBART, no verbete “Capitalism”, escrito para a *Encyclopaedia of the Social Sciences* (vol. 3º, págs. 195-208) — cria um mercado mundial, em que não apenas o consumo se internacionaliza, mas a própria aplicação de recursos econômicos toma a forma internacional.

E quanto mais se expande o mercado, mais se promove o aumento da produção, que agora já deixou de ser atomizada (levada a efeito por pequenos produtores particulares) para ser feita através de grupos econômicos, que vão dos cartéis aos **holding trusts** e às chamadas empresas multinacionais.

Está claro que, atrás disso, como causa, e, dialeticamente falando, como conseqüência, está a tecnologia. O progresso tecnológico determina um incremento da taxa de crescimento da composição orgânica do capital e promove a substituição da força de trabalho (que se paga com salários) por máquinas, cada vez mais aperfeiçoadas (que representam o capital fixo). Desse modo, é esse progresso um importante fator de colocação na ociosidade da força do trabalho. É por isso que o desemprego é inerente ao sistema de produção capitalista e que a taxa de 3% de desemprego é considerada “normal”.

Mas, sem querer alterar o âmbito deste nosso trabalho, não há que se considerar apenas os países industrializados, que sofrem a crise econômica quando os não-industrializados deixam de comprar — no mercado externo — suas mercadorias oferecidas. E — antecipando um pouco nosso raciocínio — é justo que digamos que o subdesenvolvimento é sempre caracterizado por um subemprego, um forte desemprego em massa e um baixo índice de produtividade do trabalho — como veremos mais adiante.

Então, se é fato que a internacionalização do capital permitiu a dominação da circulação de mercadorias produzidas em massa pelos países ditos desenvolvidos, é fato, também, que não ocorreu, paralelamente, a implantação da produção capitalista (em sua extensão) nos países subdesenvolvidos — por motivos demasiadamente conhecidos — que passará a produzir segundo a orientação e o investimento do capital internacional nos setores que a este interessam. Daí por que nos chamados países “em desenvolvimento” — expressão eufemística para esconder o subdesenvolvimento — continuam existindo as condições pré-capitalistas de produção, com as diretrizes impostas de fora para dentro.

E MANDEL, a esse respeito, escreveu: “Aí reside a causa principal da permanente crise pré-revolucionária nos países dependentes por cerca de meio século, a razão básica pela qual esses países provaram ser, até agora, os elos mais fracos no sistema mundial imperialista” (**O Capitalismo Tardio** — pág. 40 — grifos nossos).

Está claro que, no plano do comércio exterior, para onde se dirigem, hoje em dia, as mercadorias dos países dependentes — desviadas do mercado interno — em busca de um saldo favorável na balança de pagamento, nem sempre encontram o escoamento desejado nem o preço almejado pelo vendedor (que fica à mercê de sua fixação pelos compradores). O excedente produzido e não consumido nem vendido provoca um armazenamento capaz de determinar o preço interno do produto, já que a oferta ultrapassa sua demanda. Conseqüentemente se a produção industrializada já promove o aumento do desemprego, o mercado concorre para elevar sua taxa, de vez que, em face do não-escoamento do produto, diminui a procura do comerciante e, logicamente, o volume da produção demandado.

Diante disso, o industrial reduz o número de seus operários e o comércio, o número de seus empregados. É o início da crise, que se alastra até à depressão.

Ora, o estado da crise — embora seja específico, em termos técnicos — é permanente no sistema de economia privada. Conhecemos bem o estudo de WESLEY C. MITCHELL a esse respeito (cf. nossa **Introdução à Economia**, págs. 241-243), que corresponde à explicação dada por F. ENGELS, em **Anti-Dühring** (cf. pág. 366 e segs.). E a tentativa de J. M. KEYNES de dar uma nova interpretação a um fato que data do início do século passado, mudando-lhe apenas o nome para “ciclo econômico”, em nada ajuda a solução do problema. Veja-se que ele mesmo admite suas fases, pois chegou a dizer existir “a regularidade da seqüência do tempo e da duração (que) justificam a designação de ciclo”, já que isso ocorre porque a “eficiência marginal do capital” tem sua flutuação (cf. **Teoria Geral** — Cap. 22, pág. 299). Não nos cabe aqui entrar em considerações sobre a teoria do ciclo eco-

nômico de J. A. SCHUMPETER, exposta no último capítulo de sua conhecida obra *Theorie der Wirtschaftlichem Entwicklung* (Teoria do Desenvolvimento Econômico).

Por tudo isso depreende-se ser inerente ao crescimento da produção capitalista o **desequilíbrio econômico**, seja em face do mercado interno, seja diante do mercado internacional. E isso determina uma alteração da taxa média do lucro (que corresponde à eficiência marginal do capital) cuja variação se faz não só na mesma esfera, como também em esferas diferentes da produção industrial. Claro que essas oscilações têm profunda repercussão na conjuntura econômica, criando condições para modificações da taxa de desemprego, uma vez que um dos elementos atingidos, nessas alterações, é o salário pago ao trabalhador. No corte das despesas, para a melhoria do custo da produção, com reflexos no preço de produção das mercadorias, o salário é o primeiro fator a sofrer cortes. Não o salário absoluto — o salário em si, porque este tem de existir, ainda que se automatize a produção de um modo elevado — mas o salário da função, que pode ser reduzido com a substituição de um operário, que ganhe mais, por outro, que ganhe menos. Este, aliás, é um dos processos de incremento da taxa de mais-valia. Com isso — é lógico — o trabalhador, que já havia alcançado um certo salário, é despedido para dar lugar a outro que se proponha a receber um salário menor para desempenhar a **mesma tarefa**. Em consequência, o capital variável reduzido proporciona uma possível elevação da taxa de mais-valia relativa, uma vez que o tempo de trabalho necessário diminui, aumentando o tempo de trabalho suplementar, dentro da mesma jornada de trabalho.

O desempregado — que passa a ter renda **zero** — sabe que só pode sobreviver se obtiver um salário (por menor que seja); e isso só ocorrerá se conseguir emprego, ou seja, se for reempregado. Oferece-se a qualquer preço, aceitando qualquer salário e às vezes até qualquer trabalho. É essa concorrência que o desempregado faz ao empregado.

Alega-se que o trabalhador, que executa trabalho complexo, tem uma certa estabilidade em seu emprego e dificilmente será despedido. Não é bem assim. Apesar de haver maiores oportunidades para os trabalhadores qualificados — o que faz, sem dúvida, com que a maioria dos desempregados apresentem uma baixa ou mesmo nula qualificação educacional e profissional, por isso que não despedidos e substituídos por máquinas — a procura dos especializados não tem tido a virtude de absorver o excedente que as escolas superiores ou de formação profissional têm lançado no mercado de trabalho. Veja-se o que J. K. GALBRAITH — que defende uma tese praticamente diferente da nossa — escreveu: “Na primavera de 1975, quando o índice oficial do desemprego era de 9,2% da força de trabalho, 12,4% referiam-se àqueles com menos de oito anos de escolarização, 11,3% aos com oito anos, 15,2% aos com três anos ou menos de colegial. Quanto aos diplomados por universidade, eram 2,9%” (*O Novo Estado Industrial*, pág. 179). E isso em um país industrializado e desenvolvido como os Estados Unidos. No Brasil, há falta de trabalho para os que têm um certo grau de escolaridade, notadamente superior.

Tudo isso dificulta a solução do problema do desemprego, porque — quando prevalece o interesse particular sobre o público — o lucro fala mais

alto que o salário e, como o assalariado não é dono dos meios de produção, fica na contingência de, mais cedo ou mais tarde, ter de enfrentar o fantasma do desemprego.

Se acrescentarmos a tudo isso mais um fator, que existe de um modo exacerbado em alguns países e disfarçados em outros, como é o racismo, compreendemos que a situação do trabalhador — principalmente em épocas de crise declarada — é a pior possível.

Nesse caso GALBRAITH chama a atenção para o problema do negro, dizendo que “o trabalhador negro é o último a ser admitido, quando o emprego se está expandindo, e o primeiro a ser despedido, quando o emprego se retrai”, acrescentando, em nota de rodapé, que “os ganhos dos negros instruídos permanecem abaixo dos ganhos dos cidadãos brancos de qualificação semelhante. Em 1969, os ganhos médios dos negros com quatro anos de universidade, entre 25 e 34 anos, eram 78% dos ganhos dos brancos com a mesma qualificação formal”, conforme **The Social and Economic Status of Black Population in United States, 1972** (pág. 179 e nota 11). E, ainda que pareça ironia, observa: “Um engenheiro aeronáutico, com o declínio na demanda de aviões militares tripulados, poderá ter dificuldades em encontrar emprego em sua especialidade, mas com um pouco de treinamento e pondo de lado um pouco de dignidade poderá tornar-se um excelente vendedor de aparelhos domésticos” (pág. 180). Sem comentários!

Em face dessa caótica situação, que se complica naqueles países dependentes, com elevada taxa de inflação e de dívida externa e interna (Brasil, México, Argentina, entre outros), de nada tem servido a luta inglória dos sindicatos para evitar a despedida de trabalhadores, a absorção gradativa da mão-de-obra ociosa e a garantia de emprego após um ano de trabalho. É que a existência de “um exército industrial de reserva cada vez maior pode tornar efetivamente impossível a organização em massa do proletariado industrial e mineiro em sindicatos”, como muito bem disse ERNEST MANDEL (*op. cit.*, pág. 45).

A aceitar-se a opinião insuspeita de GALBRAITH de que “o desemprego também pode refletir o desenvolvimento cultural do sistema” (*op. cit.*, pág. 180), já podemos verificar em que pé está colocada a cultura do mundo capitalista!

A verdade é tão clara e límpida que hoje ninguém mais ousa tentar desmenti-la ou negá-la: o mundo ocidental e o Japão estão engolfados em uma tremenda crise econômica, na qual o desemprego já é algo desesperador e assustador.

Enfrentemos um pouco mais o problema.

O desempregado, por não possuir renda, em forma de salário, não pode exercer a demanda *efetiva*. Não pode ir ao mercado; não pode comprar; não pode consumir. Mas tem de sobreviver. Isto é outra questão a ser resolvida mais adiante.

Como o mercado funciona à base das leis do mecanismo de preço, entre as quais subrelevam as da oferta e da procura, é natural que a demanda diminua em proporção ao que está sendo oferecido, em um momento de crise econômica.

Acrescentemos a isso que o empregado também não tem condições de comprar tudo de que necessita (para si e para sua família), porque seu salário-base, girando em torno do mínimo, não lhe permite grandes vôos aquisitivos.

Em um mercado de competição perfeita — coisa que já não mais existe diante dos fatos do século passado — os preços tenderiam a cair, para ajustar-se a oferta à quantidade da procura. No entanto, como estamos vivendo uma época de mercado de competição imperfeita, em que os preços são impostos aos consumidores por fortes grupos econômicos, os preços não caem (ainda sobem, em face da inflação) e colocam mais longe de certas camadas sociais a aquisição de certos bens. É verdade que essa aquisição pode ser feita através de venda a prestação, em que se impõe uma elevada taxa de juro, o que torna muito mais caro o produto adquirido.

Mas, a produção não se escoia a contento, ou se transfere para o mercado exterior, e com isso novos trabalhadores são desempregados. E lá vem nova queda da demanda. Ora, se o lucro só se realiza se e quando a mercadoria é adquirida pelo consumidor, parece um contra-senso que, numa economia de mercado, se promova o desemprego, com a diminuição do poder aquisitivo e, conseqüentemente, com a retração da demanda efetiva. Realmente, parece um contra-senso; mas o sistema capitalista é uma série de contradições e até de irracionalidades, que só se justificam pelo fim perseguido de qualquer maneira: se não é possível fazer-se o lucro no mercado interno, que se faça no exterior. Não é por outro motivo que, diante da perda do poder aquisitivo dos consumidores dos países dependentes (perda que ocorre não só por causa do desemprego, mas também graças à inflação galopante e desgovernada), os ditadores de sua política econômica pregam a tese da exportação a todo o custo.

Enquanto isso, faz-se apelo à poupança, como meio de enfrentar a inflação. Essa é a explicação "pour épater le bourgeois". Na realidade, a poupança é um processo de captação de meios, que incrementam o investimento particular em áreas que muitas vezes não atendem as necessidades das massas trabalhadoras, porque fomentam a especulação imobiliária, através de construções suntuosas, fora do alcance da bolsa do trabalhador. É, então, que se sente a desigualdade da distribuição da renda social.

Enfim, uma alta percentagem de desemprego é um sintoma crítico das péssimas condições econômicas de um país, ou, se preferirem, de uma região. É isso porque a queda da taxa de emprego concorre para, em termos, a queda do salário, o que, por sua vez, conduz a novos desempregos.

Os economistas costumam estabelecer formas de desemprego:

a) **sazonal** — produzido por situações normais (!) da produção ou trabalho. Ex.: trabalho das docas; na colheita de certos produtos agrícolas;

b) **cíclico** — produzido pelas crises econômicas cíclicas, afetadas pela depressão e pela recessão;

c) **normal** — é a forma constante e inevitável do desemprego, em uma economia de mercado.

Essa classificação, porém, é despreciosa, porque só traduz a dura realidade do desemprego permanente e inerente ao próprio sistema. A lição de PIGOU, segundo a qual há “um mínimo obstinado abaixo do qual a percentagem de desemprego jamais cai”, em nada melhora a situação do sistema; pelo contrário, só serve para denunciá-lo como o verdadeiro criador de desemprego institucional.

Sem querer adiantar o estudo que faremos mais adiante, não nos podemos furtar à invocação de um dos “cavalos de batalha” da economia moderna, como solução para o problema examinado: o “pleno emprego”, que foi defendido por J. M. KEYNES, mas que não pode ser aceito na sua literalidade.

Começemos citando HENRI NOVELLE, professor da Faculdade de Direito de Paris, cuja profissão de fé antimarxista é bem conhecida: “o pleno emprego não significa eliminação de todo desempregado involuntário” (in L. BAUDIN e outros — *Traité d'Économie Politique* — II vol., pág. 817). E tem razão, porque o chamado “desemprego friccional”, resultante da troca de emprego, além do “desemprego sazonal”, impede a realização do “pleno emprego”, que deveria ser a redução a zero da taxa de desemprego. E já vimos que o desemprego involuntário é institucional, a ponto de ser sua taxa de 3% considerada normal em qualquer país de economia capitalista.

Convém juntarmos a essas rápidas observações mais uma sobre a **taxa de juro**.

O juro é o preço do dinheiro, tomado como uma mercadoria qualquer. Em períodos de certa estabilidade econômica — que longe de ser a regra, como pretendem os economistas, constitui uma exceção do momento histórico — a taxa de juro tende a cair. E KEYNES mesmo sugeriu, para um estímulo à “propensão a investir”, que ela caísse abaixo da taxa de lucro. Ocorre, porém, que, em períodos de crise, o crédito, por ser o mecanismo econômico mais sensível do sistema, sofre restrições, já que os banqueiros — donos do dinheiro-mercadoria — não querem arriscar perder a única coisa que têm para negociar. As mais sólidas garantias nem sempre são suficientes para liberar um empréstimo. Quando o crédito se retrai, isto é, quando a oferta de dinheiro se torna mais difícil e até escassa, sua demanda, proporcionalmente, cresce. Isso faz com que seu “preço” suba, isto é, os juros aumentem.

O banqueiro está sempre atento à liquidez e à certeza de seu crédito e cria óbices aos mútuos, porque teme não receber o dinheiro emprestado. Mesmo que seja através de ações de cobrança (hoje, no Brasil, amparada por correção monetária exigível, por força de lei), mesmo assim, o mercado do dinheiro ou do capital emprestado não se expande; pelo contrário, restringe-se. Com a taxa de juros elevada (em nosso País já houve uma denúncia que alcançou quase a 500% ao ano), não só dificulta-se a obtenção do dinheiro pelos empresários, como também essa despesa, a ser repassada para a mercadoria, incrementa seu preço de mercado.

É lógico que isso tenha interferência na aquisição dos produtos acabados de procura elástica e ponha fora do mercado uma parcela dos consumidores, uma vez que um de seus efeitos é o agravamento do custo de vida.

Assim, sofrem os consumidores — mesmo os que dispõem de renda alta, porque têm de pagar mais por produtos, que, antes, compravam por menos — e sofre também todo o mecanismo de preço do mercado interno que se vê inflacionado.

A regularização da taxa de juros — como já foi sugerido por economistas do mundo inteiro — não se pode dar porque os banqueiros não querem abrir mão da possibilidade de realizar polpudos ganhos com as taxas elevadas. Alegam eles que essas taxas pagam o risco do empréstimo. Mas, a chamada “teoria do risco” já há muito foi afastada do processo de explicação de sua flutuação.

De qualquer modo, afetando o índice do custo de vida, os juros servem, indiretamente, para elevar a taxa de desemprego, por causa de seus resultados desastrosos. Foi isso que levou um político a fazer uma pergunta que representa bem a angústia de todo o nosso povo: “É possível suportar isso?”

Os governos vêm tentando, com os banqueiros, um “acordo de cavalheiros”; mas, a grande verdade é que esse pacto não tem saído, ou não têm sido promovidos os frutos almejados. E com isso, temos mais uma fonte de desemprego no mercado.

Assim, é possível dizer-se que o desemprego — que está crescendo no mundo ocidental — tem suas causas na política econômica desses países, mas suas conseqüências são sociais e jurídicas, como veremos a seguir.

5. Conseqüências sociais do desemprego

Não é de hoje que são apontadas as conseqüências sociais do desemprego, uma vez que afeta ele uma enorme massa de trabalhadores (que ficam com sua força de trabalho involuntariamente ociosa).

Além da fome, da miséria, do sacrifício dos filhos, do aumento do índice de mortalidade infantil e do índice de doenças de carência, entre as quais se alinham as da fome econômica, o desemprego traz outros efeitos que atingem não só o indivíduo, mas também a comunidade em que ele vive.

O **Anuário Estatístico do Brasil** (1981), do IBGE, oferece-nos dados impressionantes em relação à mortalidade. Assim, no Nordeste, a taxa média de menores de 1 ano de idade é de 38,45% e isso somente nas capitais. Em 100 mil habitantes, verificou-se que, por enterite e outras doenças diarréicas, morreram em Manaus — 187.1; em Teresina — 138.5; em Fortaleza — 118.2; em Natal — 206.6; em João Pessoa — 158.0; em Recife — 83.1; em Maceió — 372.8; em Aracaju — 87.9; e em Salvador — 131.3. Enquanto isso, em Belo Horizonte temos 81.3; em São Paulo — 51.7; em Curitiba — 53.3; e em Porto Alegre — 14.1.

O IBGE calcula que o nível de mortalidade dos menores de 5 anos, segundo o rendimento mensal das famílias, seja o seguinte:

1) antes de completar 1 ano — 0,11861 (menos de 1 salário mínimo); 0,09537 (de 1 a menos de 2 salários mínimos); 0,07519 (de 2 a menos de 5 salários mínimos); e de 0,052296 (de 5 salários mínimos e mais);

2) mas a probabilidade de sobrevida até 1 ano de idade (em 100 mil crianças até 1 ano) — 88,139 (menos de 1 salário mínimo); 90,463 (de 1 a

menos de 2 salários mínimos); 92,481 (de 2 a menos de 5 salários mínimos); 94,704 (de 5 salários mínimos e mais);

3) encontramos, então, as seguintes médias: de antes de 1 ano até 5 anos: 0,14984 (menos de 1 salário mínimo); 0,11844 (de 1 a menos de 2 salários mínimos); 0,09147 (de 2 a menos de 5 salários mínimos); 0,017970 (de 5 salários mínimos e mais).

Assim as doenças de carência, entre as quais a tuberculose, estão matando um número impressionante (ver **Anuário**, pág. 193). E isso é devido:

1º) à ignorância das populações carentes, que não têm a menor noção de higiene, de cuidados preventivos de doenças ou de tratamento adequado dessas mesmas doenças;

2º) o salário de fome, que é pago à enorme maioria da população ativa, que gira em torno de um mínimo, fixado de modo arbitrário, que não chega a atender as necessidades básicas do ser humano e que só serve para matar aquele que trabalha;

3º) o desemprego, pelo qual o indivíduo morre de fome porque não tem meios de subsistência. Desse modo, morre-se de fome ganhando pouco ou não ganhando nada.

Conclusão: impera o pauperismo, como grande consequência social do desemprego. E "o pauperismo é o hotel dos inválidos do exército do trabalho e o peso morto de sua reserva", como muito bem observou MARX (**Le Capital — I — 7ª seção — in Œuvres — I, pág. 1.162**).

Não é, pois, de admirar que, diante de toda a dificuldade de vida, tenham aumentado os problemas de caráter social, entre os quais podemos alinhar o alcoolismo, as toxicomanias, as apatias e a delinquência.

A ingestão de bebida alcoólica cresceu tremendamente, com a correspondente resposta das doenças mentais. Assim é que, segundo fontes oficiais, somente no ano passado (1982), foram consumidos **1 bilhão e 500 milhões** de garrafas de aguardente no Brasil. Isso sem levar em conta a cerveja, o vinho, a vodca (cujo consumo tem aumentado entre nós paralelamente ao da aguardente), o whisky e outras bebidas menos procuradas. Em resultado, cresceu também o número de casos psiquiátricos, ocasionados pelo uso do álcool. Ainda segundo dados oficiais, **50%** dos leitos dos hospitais psiquiátricos foram ocupados, no ano de 1982, por doentes alcoólicos.

Ora, ninguém ignora que o consumo desmedido de bebidas alcoólicas (dentro ou fora de casa) tem sido o responsável por uma série enorme de desajustes individuais, profissionais e, principalmente, familiares. Homens alcoolizados (mesmo que não se trate de alcoólatras) têm causado lesões corporais graves em mulheres e em crianças, quando não têm chegado à morte de seus filhos. O álcool, afetando as células nervosas, tem ocasionado distúrbios neuro-psíquicos de caráter irreversível, destruindo parte das células cerebrais e liquidando com parte da força de trabalho do País.

Não é de admirar, então, que o investimento na área da produção de bebidas alcoólicas tenha crescido, em apenas um ano (de 1976 a 1977) de Cr\$ 1.252.812,00 para Cr\$ 1.602.322,00 (cf. o **Anuário**, pág. 390).

É certo que o problema do alcoolismo não é novo. A. LACASSAGNE, em seu **Précis de Médecine Légale**, publicado em Paris no início deste nosso século (1906), estabelecendo um paralelo entre embriaguez e alcoolismo, dizia ser este uma forma de intoxicação lenta e essencialmente progressiva, que acaba por provocar alucinações (**delirium tremens**), que são quase sempre agressivas, embora haja uma forma melancólica que leva o paciente, em geral, ao suicídio (cf. pág. 238).

O Prof. FLAMÍNIO FAVERO, em sua famosa **Medicina Legal** já escrevia: "O álcool age de maneira particular sobre o sistema nervoso, podendo causar, direta ou indiretamente, quase todas as síndromes mentais" (pág. 815) e chama a atenção para o alcoolismo crônico que leva o indivíduo à apatia, deixando o ébrio indiferente a tudo, sem energia, sem iniciativa, medroso, sujo, coberto de imundícias, sem moral, sem noção de deveres, destituído de quaisquer sentimentos bons, caindo na chamada demência alcoólica, fase da involução da personalidade. É, pois, uma forma de deterioração não só do caráter do homem, mas também de sua força de trabalho, contribuindo para que seu desemprego se faça permanente.

E AFRÂNIO PEIXOTO deixou-nos um alerta, bem pouco entendido e nada atendido, por óbvios motivos de natureza econômica: "Como e por que não se sabe, mas é certo que os descendentes de bebedores, segundo as circunstâncias, diz JOFFROY, vão à doença, à loucura, ao crime, enchem os hospitais, os asilos de alienados, as prisões..." (**Medicina Legal** — II vol., pág. 87).

Mais recentemente, o Prof. CLÁUDIO DE ARAUJO LIMA, em um trabalho de cunho psiquiátrico, voltado para a parte especial do Código Penal, examinou o alcoolismo relacionado ao "ato de matar" e mostrava como o alcoólatra pode cometer o homicídio levado pela ingestão alcoólica. É possível ler-se essa exposição na obra **Psicopatologia da Temibilidade** (págs. 28-32).

Esse álcool, ingerido pelo trabalhador ou pelo desempregado, é responsável — como já vimos — direta ou indiretamente, por quase todas as formas de doenças mentais, e tem concorrido para o desemprego de muitos e o não-aproveitamento de alguns. Isto não quer dizer que se possa lançar ao álcool em si a responsabilidade do aumento do índice do desemprego. E não é difícil explicar-se. O trabalhador, que ganha pouco, porque o salário que percebe não é suficiente para enfrentar a elevação dos preços das mercadorias, que por ele devem ser consumidas, e da elevação do custo de vida, vive sob pressão sócio-econômica. Tem família para sustentar; tem filhos pequenos para cuidar; tem necessidades a serem satisfeitas; e **não dispõe de meios para atender a tudo isso**. Sofre, então, compulsivamente, uma tensão do ambiente em que vive. O álcool tem como característica imediata o relaxamento e a descontração, pelo que sua ingestão passa a ser, ainda que inicialmente, um processo de ultrapassagem ou de esquecimento dessa pressão e dos problemas que o cercam. O álcool age, pois, de início, como um redutor de atividade, atingindo os centros nervosos do cérebro. O bebedor perde a inibição, liberta-se falsamente de suas dificuldades e perde, conquanto fictícia e passageiramente, suas ansiedades. É isso que faz com que a bebida se torne necessária ao trabalhador (está claro que

não é apenas a este, mas esta é uma situação que, para nós, interessa no âmbito deste trabalho), acelere um processo que vai desembocar em seu uso excessivo e se transforme em hábito compulsivo de seu consumo. E quase sempre, sem esperar passar inteiramente o efeito de sua ingestão, já está ingerindo novas, sucessivas e, às vezes, maiores doses.

Está claro que o índice de mortalidade pelo alcoolismo — cujos efeitos psicopatológicos têm sido apontados por todos os estudiosos — tem aumentado no mundo inteiro, a partir do século XVII, e isso se vem tornando cada vez mais perigoso para o equilíbrio psíquico do homem, e economicamente para a sociedade. A esse respeito, convém que se leia, cuidadosamente, o verbete “Alcoholism”, escrito por GEORGE E. G. CATLIN, para a **Encyclopaedia of the Social Sciences** (vol. 1º, págs. 622-627).

Não menos prejudicial que o problema das bebidas alcoólicas é o das drogas, cuja ingestão ou uso leva o homem às toxicomanias. Estas podem resultar de intoxicações derivadas da morfina, da cocaína, do éter e da maconha, entre outras.

Em quaisquer dos casos, ocorrem estados demenciais que se caracterizam pela “redução global, progressiva e irreversível das funções de elaboração psíquica — da inteligência, para dizer quase tudo, numa só palavra” (C. DE ARAÚJO LIMA — *op. cit.*, pág. 37).

A situação é semelhante à do uso do álcool. Esclarece OSWALD MORAES DE ANDRADE, no capítulo “Histórico da Toxicomania”, inserido numa obra coletiva (**A Droga: quem toma, o que toma, por que toma**), que “o homem, na ânsia de prazeres novos e **como lenitivo para seus males ou meio para solucionar seus problemas íntimos**, foi procurar nos entorpecentes a pacificação de seus conflitos” (pág. 7 — grifos nossos).

Claro que seu uso constante leva o toxicômano às piores conseqüências, porque, depois de passado o período chamado “iniciação”, em que ocorre uma euforia, vem o hábito impulsivo e termina pelo da decadência, da caquexia e da morte. Nossos jornais estão cheios de casos, ocorridos aqui e fora do País, de pessoas, de projeção internacional, que morreram por uma “superdose”.

Diz-se, com razão, que o tóxico, de um modo geral, é caro demais para ser consumido pelo trabalhador. Acontece que o traficante fornece gratuitamente as primeiras doses (as da “iniciação”) para viciar o consumidor. E, a partir daí, passa a explorá-lo, cobrando caro pelas doses subsequentes. E se esse tipo de droga não pode ser consumido por uma larga faixa social, ainda existe a maconha, que é mais barata e, por isso mesmo, ao alcance da bolsa do pobre.

O uso da maconha tem sido defendido por alguns estudiosos que chegam mesmo a dizer que ela não causa dependência. No entanto, é o próprio OSWALD MORAES DE ANDRADE quem nos adverte: “Embora não seja considerada como capaz de engendrar a toxicomania, a maconha merece também a nossa consideração, pois a diamba é euforizante, **nociva ao homem e à sociedade**, embora não tenha a ação criminógena tão decantada nas lendas e nos meios policiais.” E acrescenta: “Wolff calcula em duzentos milhões o número de marihuanomaniacos em todo o Universo” (pág. 15).

O perigo é que “o maconhismo, nos dias que correm, cede terreno, visivelmente, ao uso das drogas anfetamínicas já tão difundidas em nosso meio, usadas sem limitações, estas sim, altamente danosas, psicógenas, determinando estado bem caracterizado de dependência”, como esclarece NILSON A. SANTANA, em **O Problema Social da Maconha** (pág. 43).

Ninguém pode negar que o uso dos tóxicos — sejam eles de origem vegetal, sejam de origem química — determina uma profunda alteração da personalidade humana, com profunda influência no comportamento social. Uma dessas é a apatia, diante da realidade, o desinteresse pela vida e por tudo o que cerca seu consumidor viciado. Para este, tanto faz que chova ou faça sol, que o custo de vida suba ou desça, que sua família esteja bem ou passe fome, que seus filhos se encontrem no colégio ou não, ou abandonados à sua própria sorte. É um apático, um abúlico. E esse perigo é duplo: é de natureza individual, porque o homem se nega enquanto ser humano, reduzido à quase animalidade, vendo pela frente apenas e tão-somente a droga que o vai minando, destruindo, corroendo até à morte; e é de natureza social, pois não só atinge o viciado no âmbito familiar, mas também no campo profissional, de seu trabalho, de suas relações com seus companheiros. É um vencido que desiste da luta, não enfrenta os problemas de sua classe social, não colabora nas reivindicações empreendidas por outros trabalhadores. É uma voz a menos no movimento de classe! É um peso morto dentro de casa e dentro da comunidade. É o típico representante da apatia social, que, por incrível que pareça, se coloca ao lado dos interesses dos patrões, uma vez que não ajuda seus companheiros nos protestos de classe, nem nas reclamações pela melhoria de todos. É um ser que está morto e não sabe!

O pior, entretanto, é quando o consumo do tóxico — tal e qual o da bebida — encaminha o homem para a delinquência, quer servindo-lhe de suporte, quer sendo seu pano de cena. O desempregado, drogado, despersonalizado, aniquilado e anulado, sente que nada tem a perder, tanto mais quanto sua liberdade não lhe tem qualquer valor. E entrega-se ao crime, quase sempre de caráter violento e agressivo. Não é pequeno o número de desempregados que se fazem criminosos. E não precisam do uso de bebidas ou de tóxicos. Imaginem, agora, o ser embriagado ou drogado!

Na realidade, diante da impossibilidade de arranjar emprego, de onde possa tirar o sustento de sua família, o desempregado volta-se para o crime. A primeira forma é o furto, a que se segue o assalto à mão armada.

Veja-se que o índice de aumento da criminalidade coincide com os períodos de crise econômica, em que o desemprego cresce, incrementando a angústia social.

Se é fato que o crime tem no elemento social sua principal causa, um estudo de sua etiologia nos mostra que impossível se torna coibir a onda de delinquência, no momento em que os trabalhadores são despedidos em massa.

Recentemente houve um avanço, em São Paulo, nos supermercados. É sintomático: busca-se o lugar onde há alimentos, capazes de mitigar a fome. É verdade que esse movimento se estendeu a outros estabelecimentos

comerciais. Mas, a polícia paulista só autuou aqueles que não roubaram alimentos, no que andou bem.

No Nordeste também ocorreu, há não muito tempo, um avanço semelhante a armazéns do interior, por indivíduos famintos, desempregados, flagelados da seca e, por isso mesmo, desesperados.

É o tipo de criminalidade que se pode imputar à própria sociedade. QUETELET já dizia: "É a sociedade que prepara o crime e o culpado é o instrumento que o executa." Tivemos, logo no início deste trabalho, a oportunidade de transcrever um trecho da **Utopia** de THOMAS MORE. Ele é válido ainda hoje.

É claro que os delitos, embora cometidos sob ação do desemprego, são classificados segundo o Código Penal. Assim, o assaltante comete o crime do art. 157, se o faz mediante grave ameaça ou violência praticada contra pessoa. É o assalto. Se seu ato anti-social está capitulado no art. 121, ele é um homicida. E assim por diante. O elemento **desemprego** não lhe serve de atenuante, por isso que não é beneficiado pelo art. 48 da lei penal. A única circunstância que pode minorar sua pena é a de "ter sido de somenos importância sua cooperação no crime", mas isso, quando se trata de co-autoria. É verdade que o § 2º do art. 155 deixa a critério do juiz a possibilidade de aplicação de pena mais branda no caso de ter havido furto de coisa de pequeno valor e de ser o agente primário. Nesse caso, o magistrado pode optar pela pena de detenção ou pela aplicação de apenas uma multa. Mas, ainda nesta última hipótese, há sempre a situação econômica do delinqüente a ser examinada. É um problema que extrapola das barras dos tribunais, porque tem um caráter eminentemente social, que somente será solucionado no dia em que for possível o total aproveitamento da mão-de-obra ociosa.

Essa delinqüência, que é praticada por móveis estritamente de etiologia social, coloca o julgador em dificuldade, quando tem de punir aquele que agrediu a sociedade. Mas, quem há de punir essa sociedade egoísta e individualista que agride o cidadão a toda a hora, a todo momento, a ponto de torná-lo um desajustado? Aliás, o próprio conceito de "desajustado social" tem uma conotação que vai além do sociológico e do psicológico, para penetrar no campo político.

De qualquer maneira, o suporte histórico aí está para garantir-nos que, em épocas de crise econômica, os crimes contra o patrimônio aumentam. E não estamos falando daqueles que são cometidos contra a administração pública exatamente por quem tem obrigação de zelar pela **res publica**, ou seja, dos crimes de corrupção, que se alastram não só nessas ocasiões, mas nos regimes políticos que se apóiam no autoritarismo.

6. O subemprego — conseqüências econômicas, sociais e jurídicas

Por mais que nos esforcemos para fazer uma nítida distinção entre desemprego e subemprego, sempre seu conceito se nos escapa por entre nossos dados. É que o subemprego é irmão gêmeo do desemprego.

De fato, há determinadas atividades — notadamente a área agrícola — que são executadas em certos períodos do ano. O setor do campo tem,

bem demarcadas, duas épocas: a do plantio e a da colheita. Por esse motivo, grupos de homens deslocam-se de um para outro lugar à procura de trabalho. Passado o momento em que seus braços estão ocupados, ocorre o desemprego. Não se pode dizer que o trabalhador — nesses casos — seja um desempregado: ele é um subempregado, ou um semidesempregado. É aquilo que economistas classificam como desemprego sazonal, ou seja, “desempregado de estação”. Na verdade, o subemprego é, socialmente falando, tão ou mais instável que o desemprego, porque o subempregado — que tem trabalho por certos períodos — tem a impressão de estar trabalhando, mas tem certeza de que em pouco tempo (alguns meses ou mesmo dias) estará despedido.

O subemprego não cria vínculo empregatício, não estabelece obrigações (além do escasso tempo de trabalho), nem estatui cláusulas contratuais no âmbito da legislação trabalhista. O contrato de trabalho é certo e por tempo determinado. Escoado este, esgota-se aquele.

Assim, esse tipo de emprego é cíclico quando se manifesta com uma certa freqüência, mas não é a única forma de sua existência.

Observe-se a “marginalidade” do trabalho, já que não se pode inseri-lo em qualquer forma de relações capitalistas de trabalho, especialmente, como diz LÚCIO KOWARICK, nas “ocupações autônomas do setor terciário, ou ainda vinculadas às atividades artesanais e à indústria a domicílio” (**Capitalismo e Marginalidade na América Latina**, pág. 65).

Com isso, estamos falando do trabalhador que, autonomamente, faz trabalhos manuais — como o “biscateiro”, o artesão, o que trabalha por hora marcada a domicílio — que se apresenta como “trabalhador marginalizado”, já que pode, ou não, vender o resultado do emprego de sua força de trabalho. Economicamente, o artesanato, no dizer da equipe de “Estudos e Indicadores Sociais da Superintendência de Estudos Geográficos e Sócio-Econômicos, do IBGE”, responsável pelo trabalho **Emprego, Subemprego e Desemprego** (1981), “é caracterizado como a forma típica de inserção marginal na produção e analisado tomando a proporção de “autônomos” e “membros de família” na indústria sobre o total do pessoal ocupado no setor” (pág. 31).

Compreende-se a dificuldade na classificação do “subemprego”, porquanto há trabalhadores autônomos que resistem a esse enquadramento, tais são, por exemplo, os chamados “profissionais liberais” (médicos, advogados, dentistas, economistas, engenheiros etc.), que exercem funções de caráter permanente, sem qualquer vínculo empregatício, já que não têm patrão. No entanto, fogem eles ao denominado subemprego. E isso porque a denominação “trabalhador autônomo” é de tão ampla acepção, que não chega a dar idéia do tipo de prestação de serviços marginalizados, em termos de seu pagamento.

Em geral, separa-se o trabalhador qualificado do não-qualificado, sendo que a este se aplica melhor a situação do subemprego. E mais, seus integrantes, pertencendo à mais baixa camada sócio-econômica, percebem uma renda mensal tão pequena e aleatória que não pode, às vezes, alcançar o mínimo estatuído para o trabalhador assalariado. Este é o caso das

“costureiras”, “bordadeiras” e “serzideiras” e dos “vendedores ambulantes” que o autor (PAULO RENATI DE SOUZA) define como “trabalhadores que formalmente são trabalhadores autônomos mas, de fato, produzem ou prestam serviço à única empresa ou capital” (**Emprego, Subemprego e Desemprego**, pág. 33).

Veja-se que encontramos situação semelhante com os “biscateiros” (bombeiros hidráulicos, eletricitas etc.) e com os “camelôs”. Trabalham, conseguem um pequeno salário, mas não se pode considerar seu serviço como um trabalho permanente, um emprego.

Pois bem, as conseqüências econômicas são óbvias: dificuldade de vida, fome, necessidade extrema, problemas que bem podem ser equiparados aos dos desempregados. O interessante é que o subempregado trabalha, percebe uma pequena renda e, assim mesmo, enfrenta o custo de vida que sempre lhe é alto. Em geral o desempregado — para não morrer de fome — acaba caindo no subemprego (quando pode). Ou se transforma em “camelô”, ou em lavador de carros, ou ainda, em “tomador de conta de automóvel”, ou em vendedor ambulante das cabeceiras de feiras livres.

Se pudessem, esses subempregados já estariam empregados; ocorre, porém, que a situação geralmente se inverte: de empregado a desempregado; daí a subempregado.

Logo, as conseqüências econômicas, que afligem o desempregado, também atingem o subempregado.

As conseqüências sociais também são as mesmas. Vivendo sob pressão sócio-econômica, em uma camada que sofre o peso da sociedade, os subempregados também se voltam para os mesmos processos de relaxamento que se espalham pelos diferentes estamentos sociais. São vítimas do alcoolismo, das toxicomanias, das apatias, da acomodação e, por fim, da delinqüência.

O subempregado — como veremos a seguir — encontra-se também e quase sempre às voltas com a polícia, ou por falta de licença para trabalhar (ex.: os camelôs, os vendedores de mercadorias nas cabeceiras das feiras livres, os vendedores de produtos artesanais etc.), ou por falta de comprovação de trabalho, o que os leva a processos de vadiagem.

7. O desemprego e a lei

Afastadas as hipóteses de práticas de delitos maiores, enquadrados no Código Penal, pelo que o agente é tratado como criminoso (ladrão, assaltante, homicida), queremos aqui cuidar tão-somente do sério e discutido problema social da “vadiagem”.

Os tratadistas de Direito Penal fazem uma distinção entre crime e contravenção, dizendo que esta é um delito menor, punido tão-somente por prisão simples e/ou multa.

Na Lei das Contravenções Penais, vamos encontrar o art. 59, que dispõe:

“Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes

de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita.”

Esta é a contravenção da **vadiagem**.

Antes de qualquer comentário a respeito do citado texto de lei, passemos os olhos na história.

Em Atenas, aquele que não pudesse justificar seus meios de subsistência, era expulso da cidade.

Em Roma, a situação não era melhor, em face dos conceitos que cercavam a idéia de vadiagem. CLARUS assim se pronunciava sobre o vagabundo: “ille qui non certum habet domicilium in quo habitet” (é aquele que não tem domicílio certo, no qual reside).

Vê-se que a noção de “vagabundo” era aquele que, errante, vagava de um para outro lugar, sem moradia certa, nem pouso conhecido. Por isso FARINACIO dizia: “vagabundus proprie dicitur qui per mundum vagatur nec certum habet domicilium in quo habitet” (chama-se propriamente vagabundo aquele que vaga pelo mundo sem ter domicílio certo no qual reside”).

Entre nós as Ordenações (L. 5, íst. 68) assim pregavam:

“Homem que não viver como senhor, ou como amo, nem tiver ofício ou outro mister em que trabalhe, ou ganhe sua vida, ou não andar negociando, algum negócio seu ou alheio, ou dentro de 20 dias, chegando a um lugar, não tiver amo ou ofício, será preso e açoitado.”

Depois disso, é possível tentar-se uma análise do conceito de **vadiagem**.

Observe-se que a idéia inicial era a de perambulação, sem pouso ou moradia, de alguém que vagasse de uma para outra cidade. A própria origem etimológica da palavra “vagabundo” (de **vagari** — andar sem rumo, sem destino, daí — o que leva uma vida errante) autoriza-nos a dizer que seu conceito básico estava ligado à não-permanência de alguém em um lugar certo. Claro que a idéia de “domicílio” já traz em si a imagem da estabilidade em uma cidade, uma vez que era necessária a residência com ânimo de aí ficar. A palavra-base — **domus** (= casa) — traduz aí a idéia de estada, de ficar demoradamente. É que aceitavam os antigos que aqueles que têm onde morar, onde deitar raízes, onde estabelecer seu **domicílio**, têm também onde trabalhar, isto é, donde retirar meios de subsistência.

Essa idéia passou-se adiante e chegou às nossas Ordenações que, em uma redação rebuscada, colocaram o problema de forma dicotômica: **a)** ou o indivíduo é senhor ou amo — o que significa que não tem de fazer prova de trabalhar; mas, por definição legal, tem meios para manter sua própria vida e, se não o for, terá de provar ter trabalho; **b)** ou, não sendo amo, senhor, negociante ou trabalhador, terá de enfrentar a prisão e o açoite.

Já era uma distinção de classe, a depor contra o trabalhador. O exercício do trabalho só é exigível para o assalariado. O filho de papai rico — e o próprio pai rico — não precisam provar que trabalham (o que, de resto, sempre é difícil). Daí o disposto no art. 59 da Lei das Contravenções Penais.

Todo aquele que, válido para o trabalho, não tendo renda própria, será considerado **vadio**, se se entregar habitualmente à ociosidade.

Por que essa disposição legal? JOSÉ DUARTE, em seus **Comentários à Lei das Contravenções Penais**, escreveu: “É, via de regra, entre os vadios, como entre os mendigos e alcoólatras, que se recruta grande contingente de criminosos da pior espécie, que se iniciam, precisamente, nessa vida de ócio, de cinismo, embotados, desavergonhados, sem probidade.” Daí sua conclusão: “O ocioso é um perigoso genérico” (vol. 2, pág. 272).

Essa última afirmação é demasiadamente lata e até ambivalente. Ocioso é o que não trabalha, ou, como querem alguns penalistas, o que **habitualmente não trabalha**. Isso é válido tanto para o pobre, que não trabalha porque não quer (aceitemos, por hora, a generalização), quanto para o rico, que também não trabalha, porque **faz os outros trabalharem**, isto é, para os que vivem de renda, da exploração do trabalho alheio, para aquele vampiro — a que se referia MARX — que se alimenta de sangue vivo do trabalhador.

Mas, a lei — por ser protetora da classe dominante — pune o que não trabalha, desde que não detenha poder econômico de exploração. É por isso que a jurisprudência tem entendido que, tendo o indivíduo renda lícita, não há que se falar em vadiagem. A 2ª Câmara do Tribunal de Alçada de São Paulo, na Apelação Criminal nº 3.669, decidiu que “vadio” é o indivíduo que, podendo trabalhar, não trabalha porque não quer. Quem está procurando serviço, vadio não é (**Revista dos Tribunais** — 223/381).

A despeito da ressalva final, há um elemento subjetivo (“não trabalha porque não quer”) que não pode ser — por isso mesmo — comprovado. O não-querer depende da vontade individual de quem, dispondo de meios de trabalho a seu alcance, se faz ou permanece desempregado. Este seria o **desemprego voluntário**. Ocorre, porém, que, num momento em que a taxa de desemprego aumenta assustadoramente, a ponto de, só no Brasil, em apenas seis capitais (São Paulo, Rio, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife e Salvador), no mês de março deste ano (1983), haver mais de um **milhão de desempregados** (**Jornal do Brasil** — 7-5-83), difícil se torna descobrir esse elemento subjetivo, representado pela vontade de não trabalhar.

Trata-se, evidentemente, de um **desemprego involuntário**, em que o trabalhador quer trabalhar e/ou é desempregado ou não encontra lugar para vender sua força de trabalho. Dificílimo, pois, se torna distinguir o desemprego voluntário do involuntário. O que a sociedade sabe é que há um número considerável de pessoas **sem emprego**. Se não se pode considerar vadio o que está procurando trabalho — afirmativa que justifica a não-punibilidade de quem, encontrado pela polícia, não está trabalhando — queda ao arbítrio da fiscalização a interpretação da voluntariedade, ou não, do desemprego.

E ainda o citado artigo de lei exige que o trabalhador seja apto ao trabalho, para que responda pelo delito da “vadiagem”. A 3ª Câmara Criminal do II Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, em Acórdão proferido no pedido de **Habeas Corpus** nº 10.420, decidiu que “cabe ao juiz, de plano, com o sereno arbítrio, avaliar se a higidez aparente de um réu lhe

permite empregar, licita e remuneradamente, as forças físicas". E, se o resultado for positivo, isto é, se restar provado que o "réu" é capaz e hábil para o trabalho "lícito e remunerado", será que isso caracteriza a "vadiagem", caso o "réu" não esteja trabalhando?

E se o "réu" é um trabalhador autônomo? Os juizes da 2.^a Câmara Criminal do II Tribunal de Alçada, ainda do Rio de Janeiro, quando julgaram a Apelação Criminal nº 13.337, decidiram que, "estando provado que o infrator é um profissional autônomo, com documentação regular", se impõe sua absolvição, uma vez que o "infrator" provou suas alegações "juntando declarações de pessoas para quem trabalha; o seu cartão de inscrição profissional; o comprovante de inscrição no INPS etc."

A despeito de tudo isso, apuramos que, em 1981, houve, na 24.^a Vara Criminal, da Comarca do Rio de Janeiro, 512 condenações, contra 1.169 absolvições, num total de 1.681 processos por vadiagem; enquanto, na 26.^a Vara Criminal da mesma Comarca, foram condenados 351 pessoas, contra 767 absolvições, num total de 1.118 processos.

Veja-se a tabela que se segue:

ESTATÍSTICA DO ANO DE 1981

	24. ^a Vara Criminal		26. ^a Vara Criminal	
	Cond.	Absolv.	Cond.	Absolv.
Janeiro	80	64	20	98
Fevereiro	35	75	21	90
Março	79	68	38	60
Abril	41	110	19	60
Maió	41	139	70	90
Junho	38	145	50	64
Julho	28	109	23	41
Agosto	33	28	31	30
Setembro	24	133	20	34
Outubro	18	116	21	72
Novembro	43	117	18	76
Dezembro	52	65	20	52
	<u>512</u>	<u>1.169</u>	<u>351</u>	<u>767</u>

Total de processos: 1.681

— 1.118

Isto nos dá, para a 24.^a Vara Criminal, um percentual de 33,08% de condenações, enquanto, para a 26.^a Vara Criminal, esse percentual cai para 31,34%. De qualquer maneira, esses números são sintomáticos, quando sabemos que a jurisdição de ambas as Varas está situada apenas na Comarca do Rio de Janeiro.

E é também sabido que o conceito de "vadiagem" tem servido para um tipo de perseguição "legal" ao trabalhador que não encontra emprego, notadamente em fases de crises econômicas.

O mesmo ocorre em certas Capitais do País, que recebem o êxodo rural da população que se desloca do campo para a cidade, ou do êxodo regional, na vã esperança de poder vender sua força de trabalho. Veja-se

o que acontece, por exemplo, na Capital do Estado de São Paulo, onde já se concentram 3 milhões e meio de nordestinos.

Gostaríamos de chamar a atenção para o fato de, principalmente em épocas de crises econômicas, em que o índice de desemprego vem subindo demasiadamente, a aplicação doutrinária, legal e até jurisprudencial de “vadiagem” é sumamente perigosa por ferir pessoas que querem — mas não encontram — emprego, sem que se possa disso fazer prova cabal e convincente. É — e voltamos a THOMAS MORE — a sociedade, apegada a uma figura preconcebida de delito, punindo o desajustado que ela mesma gerou.

Como sair-se dessa situação?

8. Solução?

Desde que começou a aparecer o desemprego em massa, pressuposto e precursor do desemprego institucional, que a sociedade vem procurando uma solução para esse sério problema. Está claro que a palavra “sociedade” entra aqui com dois conceitos básicos: a) o **genérico**, oriundo da reunião de indivíduos que vivem integrados num grupo social estruturado; b) o **especial**, que tem por significado o segmento social dos dirigentes do poder político.

No primeiro caso a **sociedade**, genericamente considerada, está profundamente interessada na solução do desemprego, porque uma boa faixa de seus componentes (como já foi examinado e provado) está desejosa de ver aproveitada sua força de trabalho. E não é só. Verificando que há delitos gerados diretamente pelo desemprego (como é o caso do assalto), a sociedade, como um todo, sente-se ameaçada, a cada passo, pelos ataques daqueles que buscam, através da violência, um meio de sobrevivência (ver acima o nº 5). A sociedade, nessa hipótese, reclama uma segurança não só para o patrimônio, ainda que pequeno, de seus componentes (na totalidade), mas, principalmente, para a própria vida, quase sempre arrebatada no encontro com os assaltantes.

No caso específico, os membros da classe politicamente dominante têm uma preocupação de caráter exclusivista, procurando defender suas propriedades e seu próprio poder. Não é demais citar aqui — o que já temos feito em outras oportunidades — a palavra sensata de ADAM SMITH: “Onde quer que haja grande propriedade, há grande desigualdade. Para cada pessoa muito rica deve haver no mínimo quinhentos pobres (obs. nossa: a obra de ADAM SMITH foi publicada em 1776) e a riqueza de poucos supõe a indigência de muitos. A fartura dos ricos excita a indignação dos pobres, que muitas vezes são movidos pela necessidade e induzidos pela inveja a invadir a posse daqueles. Somente sob a proteção do magistrado civil, o proprietário dessa propriedade valiosa — adquirida com o trabalho de muitos anos, talvez de gerações sucessivas — pode dormir à noite com segurança. (...) É, pois, a aquisição da propriedade valiosa e extensa que necessariamente exige o estabelecimento de um governo civil” (*A Riqueza das Nações* — II, pág. 164).

Aí está porque a sociedade, considerada em seu estamento mais alto, quer procurar uma saída para o desemprego: diminuir a possibilidade de assalto à sua "propriedade valiosa e extensa".

Afastada a solução posta em execução por Henrique VIII — já examinada — que consistia em condenar à morte os desempregados (!!!), outras têm sido procuradas de modo a humanizar o problema, tratar o desempregado como ser humano carente e finalmente dar-lhe a oportunidade de continuar a viver!

Aqui trataremos de duas fórmulas oferecidas como capazes de resolver esse angustioso drama social.

Cuidemos da solução de KEYNES.

É preciso que se diga que JOHN MAYNARD KEYNES (1883—1946) escreveu suas principais obras no intervalo entre as duas Grandes Guerras Mundiais, tentando oferecer à Inglaterra (sua pátria) uma saída para as conseqüências drásticas do I Grande Conflito. Por isso, cuidou de criar condições para estimular o consumo (que, em última análise, era seu verdadeiro desejo) através de aumento da renda do trabalhador. Isso, para ele, seria um incentivo à "propensão a consumir".

De que maneira? Aproveitando a mão-de-obra ociosa, ou seja, dando emprego aos desempregados. Seu raciocínio era muito simples: o desempregado tem renda zero; logo, não pode realizar a demanda efetiva (compra real de mercadorias). Já o empregado, que percebe um salário, vai ao mercado e compra produtos acabados, ali oferecidos. Se for possível aumentar-se a procura (com o aumento do número de empregados), ocorrerá um crescimento da oferta, o que exigirá um incremento do investimento. Ora, era exatamente isso que KEYNES queria, para tirar a Inglaterra do caos do após-guerra. (Não nos cabe aqui discutir as idéias keynesianas, mas tão-somente expor a solução que mereceu ser estudada. Aos interessados indicamos nossa **História do Pensamento Econômico** — Ed. Rio — 1975.)

Mas KEYNES sabia muito bem que não poderia dizer aos empresários que empregassem os desempregados, porque isso só iria afetar a taxa média do lucro das empresas. Além do mais, o índice de desempregados cresceu precisamente porque os empresários haviam desempregado um bom número de seus trabalhadores. Como, pois, convencê-los a dar emprego àqueles que eles mesmos haviam dispensado?

KEYNES, então, teve uma idéia: se o capital privado não pode absorver a mão-de-obra ociosa (que, aliás, fora por ele próprio despedida), o Estado, que não tem, por definição, fins lucrativos, pode fazê-lo. E essa foi a sugestão: o Estado daria emprego aos desempregados (nem que fosse para abrirem e fecharem buracos no meio das ruas, esvaziar a água de um lago etc.), desde que não viesse a fazer concorrência à iniciativa privada, privilégio do capital particular.

Assim o Estado, contratando os desempregados, proporcionar-lhes-ia a percepção de um salário, que seria gasto em consumo, estimulando, indiretamente, o investimento. Para isso, KEYNES teve de contrariar os clássicos, afirmando ser o desemprego resultado de uma situação alheia à

vontade do trabalhador, ou seja, o desemprego foi considerado por ele **involuntário**.

Essa idéia frutificou, em primeiro lugar, nos Estados Unidos, com a política econômica e social de ROOSEVELT, na década de 30, sendo posteriormente adotada por vários países, que buscavam uma solução para tão magna questão.

Ocorre, porém, que, não tendo finalidade lucrativa, a prestação de serviços, por conta do Estado, há de onerar seu orçamento da despesa, além de que pode concorrer para criar departamentos com funcionários estatutários, alguns dos quais com cargos em comissão ou funções gratificadas, que agravam a situação financeira do órgão público, que absorve os trabalhadores ociosos. Claro que esse aumento da despesa deve ser coberto por meio de tributos e, se as possíveis taxas cobráveis não atendem a essa cobertura, o Estado se vê obrigado a lançar tributos outros — como impostos — para, pelo menos, minorar seu **deficit**. E quem paga é ainda a população contribuinte, entre a qual está, certamente, a classe trabalhadora.

Se, porém, fosse essa uma solução real e não meramente paliativa, valeria a pena o aumento da pressão tributária; entretanto, como tal procedimento não consegue reempregar a totalidade ou mesmo a maior parte dos desempregados, seu valor não é aquele pretendido e pregado por seu idealizador.

Examinemos agora o seguro-desemprego.

Esse tipo de seguro é uma faceta da segurança social, para que não fique ao desamparo o desempregado, adquirindo, assim, foros de auxiliar dos que, involuntariamente, estão desocupados.

No início do século passado, algumas associações de classe (ainda que marginalizadas por força da lei, consideradas ofensivas ao direito individual) se propuseram a ajudar os desempregados, dando-lhes alimentação e, às vezes, até pousada. Não queremos relembrar aqui a questão das “leis dos pobres”, contra o que se levantou, nos fins do século XVIII, T. R. MALTHUS. Mas, estamos a recordar as idéias de ROBERT OWEN (1771—1853), que começou sua vida como operário tecelão, a partir de 1799, adquirindo, então, uma tecelagem, em New Lanark, na Escócia. Foi aí que ele instituiu um fundo de seguro contra o desemprego, capaz de garantir o salário de seu empregado, no caso de vir sua fábrica a fechar. Em 1806, em face do bloqueio continental, decretado por Napoleão I, proibindo o recebimento dos países europeus do continente de mercadorias inglesas, seu estabelecimento industrial ficou fechado durante 4 meses, sem qualquer suspensão do pagamento de seus empregados (veja-se nossa **História do Pensamento Econômico** — Cap. 9º, nº 9.3, pág. 392).

Está claro que esse foi um movimento individual e isolado.

Segundo BUYS DE BARROS, “a idéia de instituição de tal seguro parece ter nascido nos fins do século passado, em 1892. A essa data o assunto foi objeto de prática pela Caixa Comunal de Berna, mas com um caráter facultativo. Em 1895, com a lei de 23 de junho, foi instituído o

seguro com o caráter de obrigatoriedade em St. Gall. Na Alemanha, em 1896 — o Congresso de Volkspartei aprovava o sistema das Caixas Municipais obrigatórias” (**O Seguro Social no Direito Brasileiro**, pág. 179). Já a França introduziu o seguro voluntário em 1905, e a Grã-Bretanha, o obrigatório em 1911.

Os Estados Unidos, através do “Social Security Act”, de 1912, estabeleceram um programa de seguro-desemprego de natureza federal. (Paralelamente a isso, em 1958, os Estados Unidos criaram um Escritório de Colocação, cuja finalidade foi dar uma outra solução ao mesmo problema.)

CARLOS PORTO CARREIRO, em sua obra clássica **Lições de Economia Política e Noções de Finanças**, analisando essa questão, após afirmar que, teoricamente, é ele segurável como qualquer outra eventualidade, escreveu:

“Na prática, o seguro contra o **chômage** é difícilíssimo. Consiste em indenizar o **desempregado** do prejuízo causado pelo desemprego, reembolsando-o, no todo ou em parte, do salário perdido. A primeira dificuldade prática dessa espécie de seguro está em que o operário não pode pagar os prêmios, de certo elevados, que tal seguro exigiria. E a não ser o operário que os pagasse com as reservas de seu salário, quem os pagaria? A segunda dificuldade provém da freqüência e extensão do risco, porque é quase impossível prever quantos sinistros de semelhante natureza poderão ocorrer numa unidade de tempo — o que não acontece com as outras classes de eventualidades, todas mais ou menos suscetíveis de previsão com auxílio das estatísticas. A terceira dificuldade é que o segurador nem sempre poderá apurar a não-culpabilidade do seguro no sinistro de que se trata. Como distinguir o verdadeiro **chômage** (o operário **válido** que **quer** trabalhar, e não **acha** trabalho, nem concorreu **com o seu proceder** para perder o emprego) do falso **chômage**, que é filho da preguiça ou do vício?” (Págs. 235-236. Todos os grifos são do autor.)

Não se podia encontrar melhor síntese para exprimir as dificuldades práticas da aplicabilidade do seguro-desemprego, cujos resultados se imbricam com o problema, tratado anteriormente, da “vadiagem”.

Não temos nós seguro-desemprego; mas hoje, que a crise econômica incomoda toda uma população do País, passamos a ouvir, com insistência, a necessidade de sua criação nacional. E foi por isso que resolvemos dele tratar no final deste estudo.

A nossa CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), inicialmente, introduziu o preceito da **estabilidade**, paralelamente ao da indenização por despedida injusta. No entanto, esse pagamento se tornou difícil, senão impossível, em casos de desemprego em massa de trabalhadores de estabelecimentos que fechavam suas portas por falência. O arrolamento dos bens, o privilégio do crédito com a garantia de pagamento integral do débito nem sempre, na prática, se fez viável, porque, muitas vezes, a massa falida era pequena para o atendimento dos encargos ditos sociais. E isso sem contar o longo tempo que ainda hoje decorre para a efetivação desse pagamento. Coisas de morosidade da máquina judiciária!

Com a instituição do "Fundo de Garantia por Tempo de Serviço" (FGTS), essa questão ficou superada, porquanto o optante, ao ser despedido por injusta causa ou fechamento do estabelecimento de seu trabalho, tem direito a levantar o que ali se depositou e é resultado de parte de seu salário — descontada mês a mês — e parte da contribuição do empregador. Este se considera isento de qualquer responsabilidade quando despede um trabalhador, porque existe, em depósito, importância que será levantada pelo despedido.

Se o desemprego persiste, essa quantia — amealhada após longos e tortuosos anos de trabalho — se desfaz; e, se não encontra outro trabalho, o desempregado se vê na contingência de vender tudo o que tem para poder comer e dar de comer a seus dependentes. É o que, aliás, está ocorrendo no Brasil.

Diante disso permanece a indagação: E a solução?

Todo o nosso presente trabalho foi desenvolvido em cima de dados históricos, estatísticos, econômicos, abrangendo, ao lado disso, aspectos sociológicos e jurídicos.

A grande verdade é que, se existe uma ciência social, esta busca a essência das relações que se encontram obscurecidas pelas aparências, mas procura explicar essas mesmas aparências, para que se atinja a essência. Daí a pouca ou nenhuma valia dos modelos abstratos, que não se respaldam na realidade.

Pois bem, se procuramos uma solução para o problema do desemprego; se houve quem tivesse a idéia de criação de seu seguro; se KEYNES propôs a absorção pelo Estado dos desempregados, é porque o **desemprego existe e é institucional**. Não se tentaria resolver uma questão que fosse passageira ou transitória. Seu resultado e mesmo seu incômodo social seriam supérfluos, no tempo e no espaço.

Buscar-se o pleno emprego num sistema em que predomina o capital privado é mais que utópico; é **impossível**, uma vez que o desemprego é da essência (e não da aparência) desse sistema. É lógico que só se alcançará a eliminação do desemprego no momento em que se ultrapassar o direito do trabalho (que prevalece no sistema econômico ocidental), passando-se para o direito ao trabalho.

Embora a diferença possa parecer pequena, a verdade é que o direito do trabalho, conquista suada e penosa da classe trabalhadora, reconhecida a custo pelos patrões, que preferiram ceder um pouco para não perder tudo, reconhece **algumas garantias** àquele que está empregado e **não ao que se encontra sem emprego**. Não soluciona, pois, o problema da desocupação institucional e crítica.

Já o direito ao trabalho é a garantia que se põe ao trabalhador de que sempre haverá um lugar, compatível com sua capacidade, para empregar sua força de trabalho. E, é lógico, se a cada direito deve corresponder uma obrigação, esta só pode ser do Estado, como empregador, em uma sociedade em que os meios de trabalho, ou seja, os meios de subsistência não possam ser manipulados por interesses particulares.

Embora seja desejável e até almejado, o direito ao trabalho é incompatível com o sistema econômico-político da iniciativa privada, pelo que qualquer solução para a questão do desemprego, existente nesse sistema, há de ser procurada dentro do direito do trabalho, ainda que seja através de alterações ou criações de alguns preceitos legais.

Examinemos, pois, algo que possa minorar a situação dos desempregados.

Inicialmente, aceitemos a tese de que o trabalhador empregado, percebendo um salário, pode consumir. Ora, para tanto, é mister que ele não corra o risco de vir a ser desempregado.

É inegável — e isso já é por demais cedo — que o Brasil (já que pretendemos particularizar as soluções possíveis) tem extensão continental. É também demasiadamente repetido que possuímos terras abandonadas, devolutas, excelentes para a lavoura, que se encontram desaproveitadas, porque não são *res nullius*, já que sobre elas existe o “sagrado direito de propriedade privada”.

A terra abandonada é improdutiva, ao lado de braços que deixam o campo à procura das cidades porque não têm onde trabalhar. Seria, pois, de bom alvitre que se fizesse uma conscienciosa reforma agrária, que não consiste apenas em repartir a terra e entregá-la a lavradores. Mister se faz prestar aos novos donos das terras assistência técnica, econômica e financeira, sem falar na jurídica.

Com a possibilidade de novos proprietários à exploração da terra, haverá um incremento da produção agrícola, que deverá ser posto — de modo barato e rápido — à disposição dos consumidores. Haverá, então, uma gradativa absorção da mão-de-obra ociosa, capaz até de promover a volta ao campo daqueles que daí saíram em busca de um mercado urbano de trabalho, aumentando a concorrência da oferta da força de trabalho.

Com essa medida, o preço do produto agrícola poderá cair, desde que se afaste também — como medida complementar — o atravessador, o açambarcador. E haverá um estímulo do crescimento do mercado interno.

Quanto maior for este, maior será a quantidade de pessoas que acharão emprego, diminuindo-se, deste modo, a taxa de desemprego.

E mais: um controle sobre os preços internos dos produtos acabados, no sentido de que se faça uma vigilância sobre os lucros, sobre as remessas de lucros e dos “royalties” do capital estrangeiro investido no País, certamente proporcionará um reemprego da mão-de-obra ociosa.

São, evidentemente, soluções débeis, porque o sistema não facilita o uso de soluções drásticas e decisivas. Mas, estas serão as primeiras, que darão a partida para o emprego de outras que se fizerem necessárias — e possíveis — no decorrer do tempo. E, para isso, é imperativo que tratemos o subemprego como o desemprego, já que o “biscateiro” e o desempregado sazonal se equiparam para fins de luta pela vida.

Assim, diante do estudo resumido que fizemos, esperamos ter lançado alguma luz ao problema, juntando nossa voz à de muitos que buscam equacioná-lo, para resolvê-lo, em face da situação aflitiva em que se encontram os nossos trabalhadores.

9. Bibliografia

- ANDRADE, Oswald Moraes de e outros — **A Droga: Quem Toma, O Que Toma e Por Que Toma**. Ed. Civilização Brasileira, Rio, 1966.
- ARAUJO LIMA, Cláudio — **Psicopatologia da Temibilidade** — Imprensa Nacional, 1965.
- BARAN, Paul A. — **A Economia Política do Desenvolvimento Econômico** — trad. de S. FERREIRA DA CUNHA. Zahar Ed., Rio, 1960.
- BASBAUM, Leôncio — **História Sincera da República**. Liv. São José, Rio, 4 vols.
- BAUDIN, Louis e outros — **Traité d'Économie Politique**. Lib. Dalloz, Paris, 1951, 2 vols.
- BENHAM, Frederic — **Curso Superior de Economia** — trad. de VICTOR L. URQUIDI. Fondo de Cultura Económica, México, 1953.
- BUYS DE BARROS, A.B. — **O Seguro Social no Direito Brasileiro**. Ed. Max Limonad & Cia. Ltda., Rio—São Paulo, 1944.
- DUARTE, José — **Comentários à Lei de Contravenções Penais**. Forense, Rio, 2ª ed., 1958, 2 vols.
- ELLUL, Jacques — **La Technique ou l'Enjeu du Siècle**. Lib. ARMAND COLIN, Paris, 1954.
- ENGELS, Friedrich — **Anti-Dühring** — trad. de ABGUAR BASTOS. Ed. Calvino Ltda., Rio, 1945.
- FÁVERO, Flaminio — **Medicina Legal**. 2ª edição, 1942 (sem nome da editora).
- GALBRAITH, John Kenneth — **O Novo Estado Industrial** — trad. de LEONIDAS GONTIJO DE CARVALHO. Ed. Victor Civita, São Paulo, 1982.
- KOWARICK, Lúcio — **Capitalismo e Marginalidade**. Ed. Paz e Terra, Rio, 1977.
- LACASSAGNE, A. — **Précis de Médecine Légale**. Masson & Cie., Paris, 1906.
- MANDEL, Ernest — **O Capitalismo Tardio** — trad. de CARLOS EDUARDO SILVEIRA MATOS. Ed. Victor Civita, São Paulo, 1982.
- MARX, Karl — **Œuvres (Économie)** — trad. de MAXIMILIEN RUBEL e outros. Bibliothèque de la Pléiade, Paris, I vol. (1965); II vol. (1968).
- PANASCO, Wanderby Lacerda — **Medicina Legal**. Ed. Eldorado, Rio, 1976.
- PEIXOTO, Afranio — **Medicina Legal**. Liv. Francisco Alves, Rio, 3ª edição, 1938, 2 vols.
- PORTO CARREIRO, Carlos — **Lições de Economia Política e Noções de Finanças**. F. Brigue & Cia. Editores, Rio, 3ª edição, 1935.
- PORTO CARREIRO, C. H. — **História do Pensamento Econômico**. Ed. Rio, 1975.
- PRAGER, Theodor e outros — **Essay Presented to Maurice Dobb**. Cambridge University Press, 1967.
- PRIBAM, Karl — Unemployment — in **Encyclopaedia of the Social Sciences**, vol. 15.
- RUEFF, Jacques — **Des Sciences Physiques aux Sciences Morales**. Paris, 1922.
- SANT'ANNA, Nilson A. — **O Problema Social da Maconha**. Ed. Revista de Psiquiatria, Rio, 1968.
- SCHUMPETER, Joseph A. — **Teoria del Desarrollo Económico** — trad. de JESÚS PRADOS ARRARTE. Fondo de Cultura Económica, México — B. Aires, 2ª ed., 1957.
- SEGMAN, Edwin R. A. — **Encyclopaedia of the Social Sciences**. MacMillan Co. New York, 1951, 15 vols.
- SILVERMAN, H.A. — **The Substance of Economics**. Sir Isaac Pitman & Sons. Ltd., London, 13ª ed., 1955.
- SMITH, Adam — **A Riqueza das Nações** — trad. de LUIZ JOÃO BARAUNA, Ed. Victor Civita, São Paulo, 1983, 2 vols.
- STRACHEY, John — **Naturaleza de las Crisis** — trad. de EMIDIO MARTINEZ ADAME. Fondo de Cultura Económica, México, 1939.
- SWEETZ, Paul M. e outros — **Essay Presented to Maurice Dobb**. Cambridge University Press, 1967.

Negócios nulos e anuláveis: efeito da sentença

ZENO VELOSO

Professor de Direito Civil da Universidade
Federal do Pará e do Centro de Estudos
Superiores do Estado do Pará

Sobre os efeitos da sentença, em havendo nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico, medra alguma disceptação na doutrina, enxergando alguns doutores distinção de vulto nas conseqüências da decisão judicial, quer se trate de uma ou da hipótese outra. Iremos transcrever opiniões, dos mais conspícuos juristas nossos, onde fica patenteada aquela divergência. Não vislumbrem os leitores excesso de citações, justo porque o objetivo é mostrar realmente o maior número possível de lições sobre a matéria, para que se tenha um apanhado, tão amplo quanto necessário, a respeito da momentosa questão.

Para alguns, a sentença de anulabilidade paralisa os efeitos do negócio, operando *ex nunc*, diferentemente do que acontece com a de nulidade. Não entendemos assim. Não concordamos com este magistério e achamos que ele deriva, *data venia*, de análise superficial, defeituosa e isolada do art. 152 do Código Civil, que deve ser interpretado conjuntamente com o art. 158. Antes de nossas próprias conclusões, leiamos os mestres:

EDUARDO ESPÍNOLA (*Sistema do Direito Civil Brasileiro*, 4ª ed, v. II, p. 307) expõe que tanto os atos nulos como os anuláveis podem ser

compreendidos sob a denominação comum de *atos inválidos*, apresentando-se a invalidade sob dois modos: a *nullidade de pleno direito* e a *anulabilidade*, complementando:

“Os atos nulos são aparentemente negócios jurídicos, mas falta-lhes a essência, e a declaração de vontade de que provêm considera-se, em regra, como não tendo sido feita; a sua invalidade é também absoluta e insanável. Os atos anuláveis conservam o seu valor enquanto não é pronunciada a invalidade e até então, apesar do vício constitutivo, se considera a declaração de vontade existente como fato jurídico.”

SAN TIAGO DANTAS (*Programa de Direito Civil*, Parte Geral, p. 328) indica:

“A diferença entre um ato nulo e um ato anulável é clara; delinea-se perfeitamente no espírito: o ato nulo é um ato que não chega a existir; os elementos formadores daquele ato, capazes de engendrar os efeitos desejados, não chegam a ocorrer, de maneira que se possa dizer que o ato jurídico, aparentemente, se verificou mas, na verdade, não foi praticado. O ato anulável, pelo contrário, chega a formar-se, mas com um defeito, com um defeito que a lei reputa bastante grave para autorizar a parte prejudicada a pedir que tal ato seja tornado ineficaz. Quer dizer que nos atos anuláveis, se a parte que com ele se julga prejudicada (quando) se conforma, o ato não tem motivo algum para não produzir todos os seus efeitos jurídicos. Pelo contrário, no ato nulo, o acordo, a plena concordância das partes não pode produzir efeito algum, qualquer que seja o tempo decorrido.”

O observador mais atento e esperto, que conheça a obra de SAN TIAGO, especialmente o seu insuperável “O Conflito de Vizinhaça e sua Composição”, tese do brilhante concurso, com a qual obteve a cátedra de Direito Civil da Faculdade Nacional de Direito, em 1940, haverá de ter notado, na transcrição literal acima feita, uma certa prolixidade e confusão no enunciado, o que se choca de frente com a linguagem fluente, escorreita e inconfundível do saudoso mestre. É que aquele “Programa” não é própria e rigorosamente uma obra escrita e revista pelo ilustre professor; trata-se de reimpressão de apostilhas de aulas proferidas por ele na Faculdade, apanhada a matéria taquigraficamente por alunos seus.

SÍLVIO RODRIGUES, catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no seu livro *Direito Civil* (I, nº 136, p. 318) pondera:

“O ato nulo não produz qualquer efeito, pois *quod nullum est nullum effectum producit*. . . enquanto que, contrariamente,

o ato anulável produz todos os efeitos até ser julgado por sentença.”

Mais adiante, distingue:

“De modo que, comparando as duas espécies, vê-se que a nulidade é automática, ela emana da vontade do legislador, enquanto a anulabilidade depende da sentença e emana da vontade do juiz, a pedido do prejudicado. De uma certa maneira, poder-se-ia dizer que a sentença que proclama a nulidade absoluta é declaratória, enquanto que o julgado que afirma a nulidade relativa é constitutivo.”

Finalmente, na obra citada, sob a rubrica *Efeitos das Nulidades*, o mestre paulista menciona o art. 158 do Código Civil, concluindo que as nulidades, quer a absoluta, quer a relativa, operam retroativamente, por expressa disposição de lei, atuando como se o malsinado ato jamais houvesse existido.

WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO (*Curso de Direito Civil*, 14ª ed, I, p. 272) leciona:

“A nulidade absoluta ou relativa, uma vez proclamada, aniquila o ato jurídico. A relativa, embora de menor gravidade que a absoluta, depois de reconhecida por decisão judicial, tem a mesma força exterminadora; num e noutro caso, o ato fica inteiramente invalidado.”

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (*Instituições de Direito Civil*, 4ª ed., I, nº 111, p. 553) disserta:

“O decreto judicial de nulidade produz efeitos *ex tunc*, indo alcançar a declaração da vontade no momento mesmo da emissão. E nem a vontade das partes nem o decurso do tempo pode sanar a irregularidade.”

Em outro parágrafo, o notável civilista aponta:

“O ato anulável, por não ser originário de tão grave defeito, produz as suas conseqüências, até que seja decretada a sua invalidade.”

Mais adiante, conclui:

“A razão está em que, ao contrário da nulidade, que é de interesse público, e deve ser pronunciada mesmo *ex officio*, quando o juiz a encontrar provada, ao conhecer do ato ou de seus efeitos, a anulabilidade, por ser de interesse privado, não

pode ser pronunciada senão a pedido da pessoa atingida, e a sentença produz efeitos *ex nunc*, respeitando as conseqüências geradas anteriormente.”

Outro expoente de nossa civilística, o Professor baiano ORLANDO GOMES (*Introdução ao Direito Civil*, 3ª ed., p. 435) dispõe:

“O negócio anulável produz efeitos até ser anulado. Não nasce morto, como o negócio nulo. Se sua anulação não for promovida pelo interessado, produzirá a eficácia do ato válido. Para que seus efeitos sejam paralisados, há necessidade de uma sentença rescisória.”

Adiante, o jurista escreve: “Os negócios infringentes de preceitos ditados para proteger determinadas pessoas produzem efeitos até que sua ineficácia seja judicialmente decretada”, assinalando o autor, como uma das distinções entre a anulabilidade e a nulidade, a exigência de sentença judicial para cessação dos efeitos do negócio anulável.

O emérito CLÓVIS BEVILÁQUA já tinha observado que a teoria das nulidades é ainda vacilante na doutrina, que falta nitidez nos dispositivos legais que a regulam, tendo o assunto, um aspecto particularmente “rebarbativo” (cf. *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed., 1949, § 65, p. 326). Nesta obra magnífica, o autor do Projeto de nosso Código Civil distingue os atos nulos (de pleno direito) dos atos anuláveis (dependentes de rescisão), ponderando que “anulado o ato, voltam as coisas ao estado anterior à celebração do ato anulado”. Em outro livro (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 4ª ed., 1933, III), Clóvis retoma o assunto e, comentando o art. 648 do Código, informa que alguns autores incluem o caso da anulação do contrato translativo de propriedade como operando *ex nunc*, e contesta: “mas sem razão o fazem, porque o vício da anulabilidade, como o da nulidade, está no próprio ato, e, uma vez pronunciada, a anulação produz efeito *ex tunc*”.

CARVALHO SANTOS (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, 4ª ed., III) analisando o art. 147, opina:

“O ato anulável produz todos os efeitos e conseqüências, até que a nulidade seja decretada pelo meio competente, que é a sentença.”

Aludindo ao art. 158 e pretendendo fixar quando começam a produzir efeitos as nulidades do art. 147, o aplaudido mestre afiança:

“O ato anulável, como já fizemos sentir, produz efeitos até que a nulidade seja pronunciada por sentença. Dessa sentença, pois, é que a nulidade começará a produzir efeito, se se tratar de uma das nulidades previstas no art. 147. Nisso, precisamente, o ato anulável se diferencia do ato nulo, o qual em tempo algum pode produzir efeito.”

JOSÉ LOPES DE OLIVEIRA (*Curso de Direito Civil*, Parte Geral, p. 225) ao fazer distinção entre a nulidade absoluta e a nulidade relativa, observa:

“A nulidade, uma vez decretada por sentença, opera *ex tunc*, enquanto o ato anulável continua a operar seus efeitos, que cessam a partir da sentença que decreta a anulabilidade, operando *ex nunc*.”

SERPA LOPES (*Curso de Direito Civil*, 5ª ed., 1971, I, p. 452) discorre:

“Nulo ou anulável, guardada a fisionomia própria a cada uma dessas modalidades, ambas se irmanam nesta função: tornarem inoperante o negócio jurídico, eivado de um defeito nulificador. Nada deve restar do contrato, nenhum efeito, pelo menos futuro, dele pode exsurgir. Apenas, em dadas circunstâncias, o passado pode ser considerado.”

E conclui:

“Quer se trate de nulidade absoluta, quer de nulidade relativa, o pronunciamento de qualquer delas produz um efeito de retroatividade, consoante preceitua o art. 158 do Código Civil.”

MOREIRA GUIMARÃES (*Atos Jurídicos*, p. 35) conclui que, “dentro no sistema do Código Civil, não se pode ligar o efeito *ex tunc* da revogação senão às nulidades absolutas, caso em que a causa é contemporânea do ato e o efeito *ex nunc* às nulidades relativas, onde a causa é sempre superveniente, e, como não é possível conceber efeito anterior à causa, segue-se que, repetindo a lição de LAFAYETTE: 1º) são válidos todos os atos praticados em relação à coisa antes da causa superveniente de revogação, tais como a alienação, a instituição de ônus; 2º) por consequência, a pessoa, a quem aproveita a revogação, não tem ação real contra terceiros possuidores, senão pessoal, contra aquele cujo domínio se resolveu para obrigá-lo ou a entregar a própria coisa ou a restituir o valor”.

Complementando esta digressão sobre tal assunto, consultando apenas autores pátrios, velhos e novos, vivos e mortos, com aquele deliberado intuito de mostrar a controvérsia existente e formar um quadro a respeito da matéria, em nosso direito, vamos agora transmitir opiniões de dois dos maiores, cujos nomes pronunciamos também com o maior respeito, ausentes desta vida terrena que ambos os dois já estão, e sendo eles expoentes da cultura jurídica, nacional e peregrina: OROSIMBO NONATO DA SILVA e FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA. O primeiro, no seu invulgar ensaio *Da Coação como Defeito do Ato Jurídico* (1957, cap. X, p. 259), o melhor trabalho sobre o assunto, escrito no Brasil, afirma:

“O ato extorquido por violência, simplesmente anulável, produz todos os seus efeitos, enquanto não anulado (Código

Civil, art. 147, nº II).” “A situação, pois, de pendência, de incerteza que a anulabilidade do ato envolve é breve, duradoura e terá remate e cláusula em razão do tempo (quatro anos após a coação no caso aqui versado), pela prescrição ou pela ratificação expressa ou tácita.” “Ainda ocorre outro meio de apagar a incerteza aludida: a ação de anular o ato vicioso e que servirá de alvo ao nosso estudo.” “A anulação do ato se dá em toda a extensão possível. E ainda no silêncio da lei a sua retroprojeção mostra-se indubitosa.”

Finalmente, conclui, naquele seu estilo inconfundível, o egrégio jurista mineiro:

“O ato anulável paragona-se ao ato nulo, devendo ser tido por nenhum desde sua origem.”

Por sua vez, PONTES DE MIRANDA, na mais extensa obra de cunho jurídico já escrita por um só homem, o *Tratado de Direito Privado* (2ª ed., IV, §§ 364, 365), professa:

“A anulabilidade é a não validade, dependente de decretação que reduza a nada o negócio jurídico e os seus efeitos, decretação subordinada a não estar prescrita a ação de anulação. A decretação da nulidade desconstitui o negócio jurídico existente; a decretação da anulação desconstitui o negócio jurídico existente e desconstitui-lhe a eficácia.” “O ato anulável tem eficácia; é inválido, porém há duas espécies de invalidade: o nulo é uma delas; outra o anulável.” “Ambas as sentenças que decretam a nulidade e a anulabilidade são constitutivas negativas: após a sua eficácia, nada existe no mundo jurídico, no tocante à *res deducta*.”

Acreditamos já ter deixado evidenciado, com a transcrição de tantas lições, que, no tocante a esta matéria a confusão terminológica é manifesta. Tanto na doutrina quanto na lei. E este é um problema ancianíssimo em nosso País. No direito caduco, o sistema das nulidades era regido pelo Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850, o autêntico Código de Processo Comercial do Império, “que representa um monumento soberbo de nossa legislação”, como atesta CARVALHO DE MENDONÇA. Pelo Decreto nº 763, de 19 de setembro de 1890, já na República, o Reg. 737 teve sua aplicação estendida às causas cíveis em geral. Entretanto, na parte das nulidades, que se inspirou total e quase que literalmente no direito francês, especialmente na doutrina de TOULLIER (*Droit Civil Français suivant l'ordre du Code*) e SOLON (*Théorie de la Nullité*), o Reg. 737 é de um obscurantismo redacional manifesto, o que por todos é apontado, e foi particularmente criticado por LACERDA DE ALMEIDA (*Obrigações*, nota G) e CLÓVIS BEVILÁQUA (*Teoria Geral do*

Direito Civil, § 66), opinando o último que as confusões do regulamento refletiram-se na jurisprudência e na doutrina, “conquistando para a teoria das nulidades os foros de intrincada e fragosa”. Observe-se, todavia, que muitos dos defeitos desse Regulamento foram superados pelo genial AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, que, no seu *Esboço*, um dos pontos culminantes da criação jurídica universal, ofereceu soluções muito boas para a questão.

Sobre o magistério de MOREIRA GUIMARÃES, antes transcrito, achamos que o eminente autor incorreu em confusão. Embora o ato anulável produza efeitos normalmente, ele é anulável por uma causa coeva a ele. Tão contemporânea como a causa que determina a nulidade. Quanto à lição de LAFAYETTE, que não cita de onde a tirou, ela se encontra no monumental *Direito das Cousas* (2ª ed., § 27, p. 70) daquele preclaro civilista, devendo-se notar, todavia, que o Conselheiro dissertava, neste passo, sobre o “Domínio Resolúvel”, e a sua lição se refere à revogação do domínio por *causa superveniente*, caso em que, realmente, a revogação só produz os seus efeitos da data da causa que a determina, sendo um exemplo típico o da revogação da doação por ingratidão do donatário. Por sinal, esta boa doutrina foi acolhida no Código Civil, art. 648. Não vemos como igualar — e LAFAYETTE não o fez — o caso de ato jurídico anulável, em que o vício ou o defeito *está no próprio ato*, com o da resolução do domínio por causa superveniente, cujo nome mesmo já esclarece originar-se de um fato *posterior* à transmissão da propriedade. São hipóteses intuitivamente ingermanáveis.

Sintetizando, cremos estar com a melhor doutrina e rigor científico, quando concluímos:

O negócio nulo não produz efeitos, ordinariamente. A sentença que declara a nulidade opera retroativamente, tem efeito ex tunc. O anulável produz efeitos normais e queridos, condicionados à não-existência de uma sentença que decreta a anulação. Sobrevindo tal sentença, porém, ela o atinge na sua própria formação e origem, desconstituindo-o, desfazendo todos os seus efeitos e as conseqüências por ele geradas. Sendo certo que, assim como a sentença de nulidade, o decreto de anulabilidade restaura o estado prístino, operando igualmente ex tunc.

Muito da equivocidade sobre o problema decorreu do art. 152 do Código Civil, que dispõe:

“As nulidades do art. 147 não têm efeito antes de julgadas por sentença, nem se pronunciam de ofício.”

Ressalte-se que o art. 147, ao qual aí se faz remissão, nem mesmo trata de *nulidades*, mas de *anulabilidades*. Para não apontar erroria no texto, admitamos que, impregnado pela linguagem do Reg. 737, ele quisesse se referir às nulidades... relativas. E quanta confusão tem causado a falta desse qualificativo!

Não quer absolutamente dizer o art. 152, como à primeira vista pode parecer, que o negócio anulável produz todos os seus efeitos, e que a sentença apenas os paralisaria. Isto seria até um absurdo. Basta se argumentar que um determinado negócio anulável, enquanto não anulado, pode produzir *todos* os efeitos dele esperados, exaurindo-se quanto a este aspecto, e a sentença seria de uma inocuidade patética se dissesse respeito apenas aos efeitos futuros.

Nem quis e não poderia querer dizer o art. 152 que os atos praticados e os efeitos alcançados antes da sentença fossem permanentes, inatingíveis, definitivos. Deu a lei aos atos anuláveis todos os efeitos, é verdade, *mas somente até que a sentença ocorra*. O ato anulável tem uma eficácia inicial, uma validade interina, provisória. Assemelha-se em tudo, neste momento, ao válido. Até que surja a sentença que o anule. Anulado o ato, entretanto, a anulação vai apanhá-lo irremediavelmente, desde a sua formação e origem, apagando todos aqueles efeitos, que eram dependentes, que eram provisórios, que haveriam de convallescer, e poderiam ter convallescido pela ratificação, pela prescrição ou se *não* houvesse a sentença de anulabilidade.

O art. 152 não declara, absolutamente, que os atos anuláveis são válidos até a data da sentença, e ineficazes daí em diante, e só daí em diante. Ao prescrever que aquelas "nulidades" do art. 147 não têm efeito *antes* de julgadas por sentença, o que o legislador disse e quis dizer é que, *desde* que julgadas por sentença, aquelas nulidades têm efeito. E tal efeito não é outro, e nem poderia ser outro, senão o desfazimento de todas as conseqüências geradas até então, fulminando-se o ato desde o seu nascimento, suprimindo-se e cancelando-se, pelo efeito da anulação, os efeitos jurídicos provisórios que ele gerou, como se jamais tivessem eles ocorrido. Então, se inicialmente o anulável em tudo se assemelhava ao ato válido, surtindo todos os efeitos, decretada a anulação, ele definha e morre, não se distinguindo, nesta fase, do ato nulo, pois a anulação o declara natimorto, fulminando-o *ab initio*.

Isto tudo se alcança e depreende com o exame atento do próprio art. 152, acima transcrito. E toda e qualquer dúvida que ainda pudesse subsistir estaria sanada com a simples leitura do art. 158, que edita, peremptoriamente:

"Anulado o ato, restituir-se-ão as partes ao estado, em que antes dele se achavam, e não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente."

Neste passo, é bom registrar que no Projeto de Código Civil, de ANTÔNIO COELHO RODRIGUES, a redação do artigo correspondente está bem melhor e esclarecedora:

"Art. 371 — Verificada a nulidade, ou decretada a anulação, na conformidade dos artigos antecedentes, as partes devem ser restituídas ao seu estado anterior ao respectivo ato, ou in-

denizadas de modo equivalente, se a restituição não for possível.”

Ai está: em fórmula escorreita, rigorosamente correta, compreensível e límpida, como devem ser as normas, a consagração do princípio do efeito resolutório, da retroatividade, da incidência *ex tunc* da sentença, quer se trate de nulidade ou da anulabilidade. Observe-se que, na seleção das fontes que estruturaram o seu Projeto, CLÓVIS abeberou-se basicamente no *Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS e no Projeto de COELHO RODRIGUES. Principalmente neste. Se o ilustre romanista, professor SÍLVIO MEIRA, resgatou definitivamente o débito que os brasileiros tinham com TEIXEIRA DE FREITAS, escrevendo uma biografia completa e magistral do Jurisconsulto do Império, revelando inúmeros aspectos de sua vida, e analisando com proficiência a sua obra, o eminente piauiense COELHO RODRIGUES está relegado a um olvido injustificável. *Quousque tandem?*

O apelo ao direito comparado robustece o entendimento de ser retroativo o efeito da sentença que decreta a anulabilidade. Começemos pela legislação: o BGB, art. 142, dispõe:

“Wirkung der Anfechtung: Wird ein anfechtbares Rechtsgeschäft angefochten, so ist es als von Anfang an nichtig anzusehen.”

Na versão francesa, de SALEILLES, tal preceito assim se expressa:

“Lorsqu’un acte annulable est frappé d’annulation, il doit être considéré comme s’il avait été nul dès l’origine.”

Em vernáculo, traduzindo livremente, teremos, da seguinte forma, a regra do Código alemão:

“Se for impugnado um negócio anulável, deverá ser ele considerado nulo desde o começo.”

O Código Civil de Portugal, que entrou em vigor a 19 de junho de 1967, art. 289, I, determina:

“Tanto a declaração de nulidade como a anulação do negócio têm efeito retroativo, devendo ser restituído tudo o que tiver sido prestado ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente.”

O leitor perspicaz haverá de ter notado que a fórmula do art. 371, do Projeto de COELHO RODRIGUES, revive no novo Código Civil português. O Código português revogado, de 1867, dizia no art. 697:

“Rescindido o contrato, haverá cada um dos contratantes o que tiver prestado, ou o seu valor, se a restituição em espécie não for possível.”

O art. 1.046 do Código Civil argentino, que, para CARLOS VOGEL, “es la disposición básica del régimen de la anulabilidad”, edita:

“Los actos anulables se reputan válidos mientras no sean anulados; y sólo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulase.”

O art. 1.050 complementa:

“La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado.”

Observe-se, de passagem, que, embora em castelhano tais preceitos, não se consegue esconder a palavra e a idéia do saudoso e grande TEIXEIRA DE FREITAS. A mesma solução dos diplomas legais acima referidos se extrai também do Código Civil italiano, de 1942, arts. 1.443 e 1.445; do Código Civil da Colômbia, art. 1.746; do Código Civil da Espanha, art. 1.295; do Código chileno, art. 1.687; do uruguaio, art. 1.565; do Código Civil japonês, art. 121.

Também a doutrina estrangeira, pelos seus mais brilhantes intérpretes, aponta o efeito retroativo da sentença de anulabilidade, tese que abraçamos com a maior convicção. Assim lecionam: SAVIGNY (*Sistema del Derecho Romano Actual*, trad. de MESÍA e POLEY, 2ª ed., III, § 202, p. 348), AUBRY et RAU (*Cours de Droit Civil Français*, 5ª ed., 1902, IV, § 336, p. 427), PLANIOL (*Traité Élémentaire de Droit Civil*, 3ª ed., 1904, I, nº 343, p. 133), GIORGI (*Teoria delle Obbligazioni*, VII, nº 178, p. 294), ANDREAS VON TUHR (*Der Allgemeine Teil Des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, § 57), RAIMUNDO SALVAT (*Tratado de Derecho Civil Argentino*, 7ª ed., Parte Geral, nº 2.627, p. 1.087), FRANCESCO MESSINEO (*Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, 9ª ed., I, § 47, p. 622), SANTORO-PASSARELLI (*Dottrine Generali del Diritto Civile*, 8ª ed., nº 55), KARL LARENZ (*Derecho Civil*, Parte General, trad. de MIGUEL IZQUIERDO e MACÍAS-PICAVEA, p. 653), MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE (*Teoria Geral da Relação Jurídica*, Coimbra, 1972, II, nº 201, p. 425).

Fixemos, definitivamente, então, que, assim como acontece com o decreto de nulidade, a sentença de anulabilidade restaura também o estado anterior. Desfazem-se as obrigações e os direitos fundados no negócio anulado. As partes restituem-se, mútua e reciprocamente, tudo que haviam recebido em consequência dele. Trata-se de uma vera operação retrooperante. Tudo se passa, afinal, como se o negócio invalidado jamais tivesse existido. Quando impossível a restituição das partes ao *statu quo ante*, não se podendo obter, enfim, a execução específica, ainda assim aquela restituição será alcançada com o sucedâneo da indenização.

Critérios para a fixação de alimentos entre os cônjuges

Desembargador DOMINGOS SÁVIO BRANDÃO LIMA
Professor Catedrático do Departamento de
Direito da Fundação Universidade Federal
de Mato Grosso

Confiando sempre no arbítrio ou critério do juiz, cuja função “depende antes de tudo de que o pretendente a exercê-la se julgue” (1) e cuja ciência, no dizer de JOÃO MONTEIRO, “apura-se pela experiência que só se adquire pela prática”, nosso Código Civil deixou de traçar regras, diretrizes e bases que norteassem a perfeita fixação da pensão alimentícia entre os cônjuges (art. 320, revogado). Projetou alguns delineamentos a respeito dos parentes (arts. 399, 400, 401), aplicáveis aos cônjuges, insatisfatoriamente. Na verdade, seguiu a esteira da legislação reinol, que formulou, segundo TEIXEIRA DE FREITAS (2), apenas, as seguintes indicações:

— Alimentos não admitem dilação: Ord. Liv. 4º, Tít. 78, § 3º; Lei de 9 de julho de 1763, princ. e Alvará da mesma data, § 11;

— Alimentos não se devem impedir: Ord. Liv. 4º, Tít. 78, § 3º;

— Alimentos próprios devem primeiro ser atendidos: Ord. Liv. 4º, Tít. 74, princ.;

— Alimentos se regulam pelos bens de quem os dá: Ord. Liv. 3º, Tít. 9º, § 4º, **in fine**;

— Alimentos se devem prestar conforme a qualidade dos alimentados: Ord. Liv. 4º, Tít. 10, § 1º, Tít. 107, e Liv. 5º, Tít. 113, §§ 2º e 8º

A Lei nº 5.478, de 25-7-68, com as modificações da Lei nº 6.014, de 27-12-73, limitou-se a adotar um procedimento mais célere, sem considerar a problemática da fixação alimentícia.

O Projeto de Código Civil, em seus arts. 1.749 a 1.763, muito pouco nos trouxe de inovações. Repetiu, em suma, o texto anterior, com pequenas alterações. Cabe-me, entretanto, destacar estes dois artigos:

Art. 1.749 — Podem os parentes ou os cônjuges pedir uns aos outros os alimentos de que necessitam **para viver de modo compatível com a sua condição social**, inclusive para atender às necessidades de sua educação, quando o beneficiário for menor.

Art. 1.759 — Se um dos cônjuges desquitados vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los, mediante pensão a ser fixada pelo juiz, **caso aquele não tenha parente em condições de fazê-lo**, e não tenha sido declarado culpado em desquite judicial (os grifos são nossos).

(1) MOURA BITTENCOURT, Edgard de — *O Juiz* — Rio — Ed. Jurídica e Universitária — 1966, pág. 265.

(2) FREITAS, Augusto Teixeira de — *Regras de Direito* — Rio — B. L. Garnier-Livreiro-Editor 1882, págs. 264/5.

O citado art. 1.749, dolosamente, traz em seu bojo uma perigosa e injustificável inovação que deve ser denunciada e coibida, quanto antes. Não constava do Anteprojeto que subdividia o Título III em dois Capítulos referentes a alimentos em razão de "parentesco" e "entre desquitados".

O Projeto modificou o art. 281 do Anteprojeto para acrescentar "ou os cônjuges". Cônjuge não é parente. É um companheiro, um sócio, enquanto perdura a sociedade conjugal e, dissolvida esta, torna-se um estranho. É incrível equiparar alimentos decorrentes da sociedade matrimonial aos que se vinculam à consangüinidade e ao parentesco. Enquanto os sócios deixam de ser, o parentesco jamais desaparece. Esse aditamento, além de incidir no velho erro de confundir "parente" com "cônjuge", imprimiu ao assunto dimensão ampla e desconhecida em nosso direito de família.

Em se tratando de parente, nada se antepõe de serem os alimentos de que necessitam para viver de modo compatível com a sua condição social, o que sempre foi admitido pela nossa jurisprudência. Quanto ao cônjuge, separado judicialmente ou divorciado, o aspecto muda de figura e conceito, criando uma pensão ou renda vitalícia com um sentido muito amplo e indimensionável. Exatamente como fez o art. 97 do Código Civil espanhol, modificado pelo Decreto nº 1.836/1974, de 31 de maio, que introduziu o conceito de "pensão" para compensar a defasagem econômica familiar antecedente.

Pensão (de *pensio-onis*, derivada de *pendere* = pesar, pagar, significando pagamento), como assegura IRUZUBIETA, "distingue-se da quota alimentícia em que esta tende a responder e cobrir as necessidades substanciais. Os chamados alimentos se materializam em uma soma de dinheiro periódica (geralmente mensal e antecipada), que cobrirá os gastos de alimentação, vestimenta, aluguel e demais gastos domésticos. Em troca, a pensão tende a hierarquizar o nível de vida dos cônjuges, quando fica em desequilíbrio em relação com a posição do outro em consequência do divórcio ou da separação. A quota alimentícia será a solução usual para gente comum, onde o salário apenas alcança a satisfação das necessidades mínimas de subsistência, e muito patente esta realidade se se trata de um único salário para atender às necessidades de ambos os lares. Nos casos em que a posição econômica dos cônjuges é fundada no trabalho de um só deles, dar-se-á o caso em que, dividido o patrimônio social, um deles permaneça em ótima e virtual posição de poder manter o mesmo nível de vida como consequência do produto de seu trabalho (indústria, comércio, profissão liberal), enquanto que o outro, que apenas era tributário desses benefícios, passa a ocupar uma situação totalmente inferiorizada com relação ao outro cônjuge, uma vez que será impossível manter esse regime de vida por não ser o cônjuge que o produz. Nestes casos é quando a pensão vem suprir de alguma maneira o desequilíbrio que se pode gerar como consequência do vínculo e da sociedade conjugal" (3).

No art. 1.759, a inovação seria benéfica, uma vez que acrescentaria mais uma exigência para a obrigação de prestar alimentos: a inexistência de parente em condições de concedê-la. Admitindo-se em ambas as oportunidades a mesma compatibilidade com a sua condição social.

(3) IRUZUBIETA, Carlos Vázquez — Régimen Jurídico de la Celebración y Disolución del Matrimonio — Madrid — Ed. Revista de Derecho Privado — 1981, pág. 426 — § 117.

O Código de Processo Civil, em seu art. 1.121, nº IV, ao estabelecer as condições indispensáveis ao ingresso de separação consensual, incluiu entre esses pressupostos "a pensão alimentícia do marido à mulher, se esta não possuir bens suficientes para se manter", repetindo o texto do art. 642, nº IV, do CPC de 1939, que exigia cláusula sobre a "pensão alimentícia do marido à mulher, se esta não dispuser de bens suficientes para manter-se". Muito melhor teria sido dizer: pensão alimentícia de um cônjuge ao outro, se este não dispuser de renda ou remuneração suficiente para manter-se.

Esta gritante discriminação, após o advento da Lei nº 4.121, de 1962 (dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada), e à sedimentada jurisprudência que sufragara tese contrária de que a obrigação alimentar era atribuível exclusivamente ao marido, não tinha mais cabimento.

O texto não é explícito. "A noção de "bens suficientes para se manter" — anota EDSON PRATA (4) — "significa bens que possibilitem renda, porque a simples existência de bens suficientes não atende às finalidades da lei. Pode a mulher possuir imóveis, jóias etc. e não dispor de renda alguma, ficando o marido obrigado à pensão, desde que exerça alguma atividade, que lhe proporcione renda, mesmo não possuindo bens. Considera-se bem, no sentido legal, o ordenado da mulher". Iríamos mais adiante para dizer qualquer remuneração ou renda.

PONTES DE MIRANDA faz três indagações bastante oportunas: "Se a mulher é dona de bens ou tem rendas que bastem para mantê-la, o art. 1.121, IV, permite que disso fale a petição"; "se a mulher não tem bens suficientes para se manter, há a exigência do art. 1.121, IV; mas isso não afasta que o marido possa fixar pensão alimentícia ou não alimentícia, se a mulher tem bens suficientes (e.g., marido milionário e mulher que tem renda ou vencimentos ou honorários suficientes)" e, por último, "se a mulher, por exemplo, tem grande renda e o marido está paralisado e não tem renda suficiente, tem-se na petição de mencionar esta pensão? A resposta há de ser afirmativa, porque solução diferente feriria o art. 153, § 1º, da Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, que é princípio superestatal dos direitos humanos" (5).

"O que interessa é não subsistir a tradicional discriminação, no pressuposto de a mulher ser sempre a necessitada e, portanto, nunca ter de prestar pensão ao marido. A vida moderna, porém, afasta esta concepção, ainda que possa ser prevalente, mas não a ponto de merecer força legal. Cabe aos juízes decidirem cada caso, conforme as contingências, ou respeitarem o acordo dos interessados, seja para um ou para outro a obrigação alimentar" (6).

Finalmente, a Lei do Divórcio, em seus arts. 19 e 40, § 2º, nº II, ao alterar a antiga "inocência e pobreza" do revogado art. 320 do CC, atribuiu

(4) PRATA, Edson — *Comentários ao Código de Processo Civil* — Rio — Forense — 1978 — VII/92;

(5) PONTES DE MIRANDA — *Comentários ao Código de Processo Civil* — Rio — Forense — 1977 — XII/123 — n.º 9.

(6) MENDONÇA LIMA, Alcides — *Comentários ao Código de Processo Civil* — Rio — São Paulo — Ed. Rev. Tribunais — 1982 — XII/176 — n.º 66.1.

pensão ao cônjuge "que não possuir bens suficientes para se manter" ou ao "que dela necessitar para sua manutenção", acabando com a discriminação anterior, embora conservando a confusão "bens suficientes". Permaneceu o critério anterior para sua fixação. E, como exemplifica MENDONÇA LIMA (pág. 175), "se for estipulada pensão da mulher em favor do marido, ainda que livremente pactuada, como é evidente, o juiz poderá cingir-se ao inciso em tela, em interpretação rigorosa, entendendo que somente menciona a pensão do marido à mulher, e negar a homologação com base no art. 34, § 2º, da Lei nº 6.515, parte final: "a convenção não preserva suficientemente um dos cônjuges". Tudo isso irá depender da mentalidade, da intransigência, dos conhecimentos e da formação do magistrado".

Em todos os diplomas mencionados, o legislador brasileiro se esqueceu, ou se omitiu, de indicar parâmetros que disciplinassem e balizassem a fixação da pensão ao cônjuge necessitado para orientar a aplicação judicial, cujo módulo se revela apenas na "proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada" (CC, art. 400).

O Código Civil espanhol, referido acima, em seu art. 97, ao retirar a noção de culpa da pensão alimentícia e, conseqüentemente, sua obrigatoriedade, passou a concedê-la como compensação ao desequilíbrio econômico que o divórcio pode acarretar, abrangendo não só a idéia de alimento como ainda o **modus vivendi matrimonii**, o **status**, a situação ou nível matrimonial. Materializa uma concepção do casamento como uma profissão qualquer, o exercício de um emprego, garantidos os direitos adquiridos pelo cônjuge em conseqüência de sua situação matrimonial, transformando o outro cônjuge em organização securitária privada.

Não obstante essa temerária e sinuosa reforma, o art. 97, sem estabelecer um **numerus clausus** senão meramente enunciativo, discrimina algumas circunstâncias em que ela pode ocorrer, verdadeiros parâmetros para uma decisão justa e equilibrada que, exceto o **caput**, podem servir-nos de modelo:

"O cônjuge ao qual a separação ou divórcio produza desequilíbrio econômico em relação à posição do outro, que implique uma redução em sua situação anterior ao matrimônio, tem o direito a uma pensão fixada na resolução judicial, tendo em conta, entre outras, as seguintes circunstâncias:

- 1) os acordos a que chegaram os cônjuges;
- 2) a idade e o estado de saúde;
- 3) a qualificação profissional e as possibilidades de acesso a um emprego;
- 4) a dedicação passada e futura à família;
- 5) a colaboração com seu trabalho nas atividades mercantis, industriais ou profissionais do outro cônjuge;
- 6) a duração do matrimônio e da convivência conjugal;
- 7) a perda eventual de um direito a pensão;
- 8) os recursos e meios econômicos e as necessidades de um e outro cônjuge.

Na resolução judicial fixar-se-ão as bases para atualizar a pensão e as garantias para sua efetividade.”

Para MILÁ e UCEDO (7), “os critérios gerais a que parecem responder as circunstâncias enumeradas por este preceito são:

- a) equilibrar a situação econômica relativa dos esposos: 8º;
- b) retribuir a dedicação ao matrimônio: 4º, 5º e 6º;
- c) compensar a perda sofrida pelo fato de casar-se: 7º;
- d) compensar as dificuldades futuras para refazer sua vida e poder ter um trabalho retribuído: 2º e 3º”

Duas graves lacunas estão agasalhadas nestas disposições: a falta de um prazo para a duração da pensão e a ausência de um incentivo ao trabalho, que é uma obrigação social. Aqui no texto, como em nosso direito, os alimentos são fonte de ócio, assegurando uma posição invejavelmente cômoda à parte beneficiada, uma verdadeira aposentadoria sem período de carência, tornando-a peso morto no organismo social. O Código de Família da Tchecoslováquia, no art. 92, concede pensão alimentícia por tempo nunca superior a cinco anos e, em casos excepcionais, permite a prorrogação, a critério do tribunal. Para o povo russo, o esposo indigente e incapaz de trabalhar terá apenas seis meses a um ano respectivamente (arts. 14 e 15).

Contudo, como bem observa VALLADARES, a respeito do Código Civil, espanhol, “parece-me razoável que, independentemente de culpa, receba uma pensão o cônjuge que necessite, enquanto a necessite. Não creio, porém, que se deve estabelecer uma espécie de “direito adquirido” a conservar a posição econômica que se obteve com o matrimônio, à custa do outro cônjuge. Na prática, ela pode supor, de uma parte, uma quase jubilação a antecipada idade, ao ter resolvido seu problema econômico com caráter permanente o cônjuge que recebe a pensão” (8).

Não se trata mais das parasitas do vínculo conjugal. Cuida-se, ainda, de assegurar a eventual ascensão na escala social que uma pessoa conseguiu como conseqüência do matrimônio. A profissionalização do matrimônio repugna-me e se me afigura atentatória à dignidade humana.

A excessiva discricionariedade judicial gera, conseqüentemente, em nosso direito, desigualdade e insegurança na fixação da pensão alimentícia, graças ao despreparo de alguns magistrados. O juiz, baseado na legalidade, deve agir segundo a razão e o próprio convencimento que se formou em sua inteligência. Como exemplo típico do que, às vezes, costuma suceder, basta mencionar este caso que a Revista *Veja*, de 8-6-83, estampou na página 45:

Em 3-6-83, o MM. Juiz da 3ª Vara da Família do Rio de Janeiro, onde a magistratura tem demonstrado larga e sólida cultura jurídica, proferiu uma lamentável decisão que bem demonstra o arbítrio e a prepotência, a satis-

(7) MILÁ, Santiago Riopérez y — UCEDO, José García — *Nuestro Divorcio — Estudio sobre el Divorcio en España* — Madrid — Biblioteca Jurídica Práctica — 1982, págs. 98/99.

(8) VALLADARES, Etelvina — *Nullidad, Separación, Divorcio — Comentarios a la Ley de Reforma del Matrimonio* — Madrid — Editorial Civitas S/A — 1982, pág. 426.

fação e a generosidade de fazer cortesia à custa de outrem, abuso que a lei deve reprimir e extirpar.

No processo Johannpeter x Johannpeter, condenou o marido a pensionar a mulher, no valor mensal de Cr\$ 7.000.000,00 (sete milhões de cruzeiros), constando da nababesca relação das "necessidades da mulher" o seguinte: Cr\$ 410.000,00 para pagar os sete empregados que servem a ela e a suas duas filhas; Cr\$ 350.000,00 para pagamento do condomínio de seu apartamento; Cr\$ 800.000,00 para despesas de alimentação; mais Cr\$ 800.000,00 em gastos de vestuário; Cr\$ 75.000,00 para conservação de seu casaco de pele; Cr\$ 200.000,00 para manutenção do automóvel Mercedes-Benz e, ainda mais, US\$ 2.520 (dois mil, quinhentos e vinte dólares) para viagens mensais ao exterior!...

Diante dessa aberrante e ridícula concessão, indaga-se onde o tão prolatado **arbitrium boni viri** do juiz? Onde a prudência, o equilíbrio e muita sensibilidade com que deve atuar o magistrado para que não haja prejuízo ou gravame injusto a qualquer das partes?...

O Código Civil português, aprovado pelo Decreto-Lei nº 47.344, de 25-11-66, e modificado pelo Decreto-Lei nº 496, de 25-11-77, onde o autor do nosso Anteprojeto foi se inspirar no art. 2.016, que o Projeto do nosso Código Civil recusou no art. 1.757, parece-me muito mais propício e aceitável do que tudo o que tivemos e ainda possuímos. Rezam os n.ºs 2 e 3 do citado art. 2.016:

"Na fixação do montante dos alimentos deve o tribunal tomar em conta a idade e estado de saúde dos cônjuges, as suas qualificações profissionais e possibilidades de emprego, o tempo que terão de dedicar, eventualmente, à criação dos filhos comuns, os seus rendimentos e proventos e, de modo geral, todas as circunstâncias que influem sobre as necessidades do cônjuge que recebe os alimentos e as possibilidades do que as presta."

"Excepcionalmente, pode o tribunal, por motivo de equidade, conceder alimentos ao cônjuge que a eles não teria direito, nos termos do número anterior, considerando, em particular, a duração do casamento e a colaboração por esse cônjuge à economia do casal."

Em caso de convênio regulador, no qual os cônjuges acordam a pensão a ser fornecida, face à separação consensual, não poderá nem deverá fixá-la o juiz a seu arbítrio, salvo se for extremamente danosa para os filhos ou quando sumamente prejudicial para um dos cônjuges, lembrando-se, ainda, que existe para este último caso o reajuste através da ação revisória de alimentos.

Em regra geral, ainda permanece em nosso direito o que ensinava o grande CLÓVIS BEVILAQUA (9):

"Os alimentos são somente devidos, se o alimentário não tem recursos e está impossibilitado de prover à sua subsistência, e quando o alimentador possui bens além dos necessários para a sua própria sustentação."

(9) BEVILAQUA, Clóvis — Direito de Família — Rio — Editora Rio — 1976, pág. 395.

A ação de alimentos não é cotejo de riquezas, fomento à ociosidade ou estímulo ao parasitarismo, mas socorro a cônjuge que não se encontra em condições de subsistir com seu próprio trabalho, ou trabalhando não auferir o suficiente para manter-se. O cônjuge, sendo válido, deve concorrer para a própria subsistência com o produto de seu esforço. Cabe à Justiça conciliar o mandamento constitucional de que o trabalho é uma obrigação social e os alimentos são fornecidos **pietatis causa** e **ad necessitatem**, nunca **ad utilitatem** e muito menos **ad voluntatem**.

Como ilustração e orientação ao julgador estudioso e consciente, para suprir a ausência de uma metodologia legal a respeito, compilamos em ABÍLIO NETO e HERLANDER MARTINS⁽¹⁰⁾, sem uma enumeração cronológica, alguns princípios que, aliados a nossa experiência de magistrado, podem e devem contribuir decididamente para uma justa aplicação da lei e ponderável fixação de alimentos:

a) embora não se prestem ao enriquecimento ilícito nem à formação de parasitas do vínculo conjugal, os alimentos, abrangendo tudo o que se faz necessário ao sustento, habitação, vestuário do cônjuge separado ou divorciado, devem ser proporcionais aos recursos de quem vai fornecê-los e às comprovadas necessidades daquele que vai recebê-los;

b) não constituem mera liberalidade do juiz ou do cônjuge, como pensam alguns pouco avisados, mas um direito, onde se deverá atender à possibilidade do cônjuge em prover à sua subsistência, com o seu próprio trabalho, não só para impor ou não a prestação alimentícia, mas, ainda, para determinar sua medida, de modo que o quantitativo pecuniário represente uma justa composição entre as necessidades e as possibilidades respectivas;

c) em se tratando de mulher, esta só deve ser obrigada a obter, por seu próprio trabalho, os meios de subsistência na hipótese de ter permanecido trabalhando durante a vida em comum ou no caso de não ter trabalhado, exclusivamente, porque necessitava de ocupar-se na vida doméstica;

d) o cônjuge reconhecidamente responsável em sentença deve proporcionar ao alimentado, sempre que possível, uma situação econômica tanto quanto semelhante à da constância do casamento, atendendo-se no cálculo às possibilidades e disponibilidades reais de quem presta e de quem recebe;

e) para definir a medida da necessidade daquele que tiver de receber alimentos deverá o juiz atender:

- ao valor dos bens e ao montante dos rendimentos do alimentando;
- às dívidas que, porventura, houver contraído;
- à circunstância de ter ou não uma habilitação profissional ou outras possibilidades de prover sua subsistência;

(10) NETO, Abílio — MARTINS, Herlander — *Código Civil Anotado* — Lisboa — Liv. Petrony — 1982, págs. 1060/1063.

— à sua condição social, sempre que possível, pois não será lícito exigir ao obrigado prestar alimentos que ponham em perigo a sua própria manutenção de acordo com a sua condição;

— ao seu estado de saúde; quando o cônjuge necessitado de alimentos estiver impossibilitado, por falta de saúde, de prover à sua manutenção e o obrigado aos mesmos não possa retirar de seus proventos ou remuneração o suficiente para garantir-lhe aquele padrão de vida, terá de adotar-se um critério, não simplesmente aritmético, que valorize devidamente a consistência do dever de um e as necessidades do outro;

— ao fato de ter filhos ou outras pessoas a seu cargo, sendo irrelevante ter pais ou outras pessoas que possam e devam prestar-lhe alimentos, uma vez que a obrigação alimentícia do ex-cônjuge prevalece sobre a destas pessoas;

— à sua idade, o que influi bastante em sua capacidade de trabalho, crescente ou decrescente;

— ao seu sexo, uma vez que, infelizmente, pesam mais restrições à mulher do que ao homem, para desenvolver sua capacidade de trabalho;

f) os alimentos devem ter, necessariamente, a característica da atualidade, ou seja, devem corresponder às necessidades do alimentado e às possibilidades do alimentante, no momento, devendo para isso o juiz estabelecer-lhes em porcentagem sobre os seus ganhos para evitar suas constantes revisões e reajustes;

g) a fixação do quantitativo de alimentos é questão de direito, mas é claro que é questão de fato a apuração dessas condições (sobretudo econômicas) de que depende essa fixação;

h) a fixação da pensão alimentícia — definitiva ou provisoriamente — não impede que em qualquer momento o respectivo montante seja reduzido ou majorado, mas tanto a redução como o aumento deverão basear-se sempre na modificação das circunstâncias que influírem para a fixação daquele montante, exclusivamente através de decisão;

i) a prova das possibilidades do obrigado incumbe ao alimentando, na sua qualidade de autor, mas se o réu se defender argumentando comprovadamente a sua falta de possibilidades, encontramos-nos diante de uma exceção, cuja prova incumbe ao réu;

j) deve o magistrado assegurar-se de todos os meios legais para o cumprimento de sua decisão, tomando as providências mais eficazes para o seu pagamento mensal sucessivo, utilizando das garantias reais ou fidejussórias ou do usufruto de determinados bens do cônjuge devedor;

l) em qualquer caso, como bem destaca o Des. Felisberto Monteiro Ribeiro Neto (RT 570/175), a pensão "é concedida para satisfazer as necessidades do alimentando, mas não constitui para este uma fonte de renda, senão mera subsistência".

A melhor maneira de julgar é colocar-se no lugar de quem está sendo julgado. Em questões de família, a prudência e a conciliação estão sempre irmanadas e valem tanto quanto a lei.

Reprografia e Direito de Autor: estado atual da questão

CARLOS ALBERTO BITTAR
Doutor em Direito pela USP

SUMÁRIO

- 1 — *O desenvolvimento das técnicas, o Direito de Autor e a proteção do criador intelectual*
- 2 — *O interesse público nessa matéria e a disseminação indiscriminada da reprografia*
- 3 — *Sentido e alcance da expressão "reprografia"*
- 4 — *Interferência no âmbito do Direito de Autor*
- 5 — *Natureza da reprodução e necessidade de regulamentação da reprografia*
- 6 — *O princípio da autorização autoral na reprografia: breve perfil legislativo*
- 7 — *Nossa proposta para a regulamentação da matéria*
- 8 — *Viabilidade da fórmula e sua adoção*
- 9 — *Outro sistema existente*
- 10 — *Vantagens e desvantagens desses sistemas*
- 11 — *A integração do sistema de comutação ao de cobrança de direitos autorais*
- 12 — *Conclusão*

1 — *O desenvolvimento das técnicas, o Direito de Autor e a proteção do criador intelectual*

O desenvolvimento econômico — e em especial o da tecnologia — vem fazendo com que problemas novos se acrescentem ao campo do Direito de Autor.

A tecnologia vem, de há muito, introduzindo novas formas de comunicação e de difusão das obras intelectuais e novos mecanismos para a sua reprodução. As transmissões por satélites desenvolvem-se normalmente, e um espetáculo artístico, por exemplo, pode ser visto, simultanea-

mente, em diferentes partes do mundo. As máquinas reprodutoras, por sua vez, extraem, a cada minuto, em todo o universo, centenas de milhares de cópias de textos protegidos por aquele Direito.

A reprodução da obra faz-se por processos vários: cinematografia, televisão, mimeografia, fotocopiagem e, mais recentemente, microfilmagem e xerografia.

Ora, o avanço da técnica e a orientação atual das denominadas tecnodemocracias têm suscitado preocupações, em diferentes áreas, com valores humanos, levando doutrinadores e especialistas a propugnarem por uma atitude positiva do Estado, no sentido de aperfeiçoar os mecanismos de garantias a fim de preservar aqueles elementos básicos.

Interessam-nos ora as cautelas que se devem tomar com respeito ao Direito de Autor, comprimido hoje — como em toda parte se reconhece — por interesses de ordem geral, especialmente econômicos, e em particular, respeitantes à reprodução, total ou parcial, pelos mecanismos existentes, de obras publicadas.

Sente-se, assim, de um lado, a necessidade de reforço da proteção e de estipulação de repressão mais aprimorada, pelos problemas trazidos a esse campo, inclusive pelas técnicas mais avançadas, como a cibernética e a microfilmagem.

2 — *O interesse público nessa matéria e a disseminação indiscriminada da reprografia*

Mas, de outro lado, existe o incontestável interesse da coletividade na difusão de obras intelectuais; a necessidade de acesso de diferentes camadas populacionais — principalmente estudantis — aos textos e obras publicadas; a promoção da expansão da cultura como esteio do desenvolvimento geral da nação; a submissão a exigências da informação, dentre outros fatores.

Esses problemas puseram-se diante de Comissão de que fomos coordenador, na 1ª Conferência Continental do Instituto Interamericano de Direito de Autor, em que oferecemos soluções para a questão da reprografia, ou seja, a reprodução, geralmente parcial, de obras intelectuais para fins variados e, não mais, à base de um modelo, mas a partir de outras cópias, tornando-se infinitas as possibilidades de reprodução.

A difusão da reprografia está ligada a fenômenos vários, dentre os quais as dificuldades financeiras para a aquisição dos textos, em face de seu custo; os problemas inerentes ao acesso a obras estrangeiras; a necessidade de compilar-se textos vários para a produção de trabalhos científicos ou escolares, em que se exige farta bibliografia, e outros tantos, inclusive o próprio comodismo.

A produção em escala de máquinas reprodutoras; a sua colocação ao alcance de muitos; a facilidade de reprodução; o seu custo ainda relati-

vamente baixo foram os atrativos que contribuíram para a sua disseminação, hoje generalizada.

Os autores que têm versado a matéria costumam lembrar os diferentes processos de reprodução, a saber: a) fotocópia; b) xerocópia; c) microfilmagem; d) computação eletrônica; e) processo heliográfico; f) processo eletrográfico; g) eletrostáticos e outros. Utilizam-nos os: a) pesquisadores, professores, alunos em universidades; b) os profissionais em seus gabinetes; c) as empresas comerciais em suas atividades; d) as bibliotecas, com serviços de cópias para seus leitores, etc. E, mais modernamente, têm-se formado: a) bancos de dados em centros de informações, inclusive estatais; b) repertórios de teses em organismos centrais, geralmente de índole estatal; c) resumos analíticos, em bibliotecas e serviços afins, com elementos substanciais sobre a obra catalogada, de modo a oferecer visão global de seu teor, dispensando a aquisição do livro.

A partir disso, várias empresas existem para a exploração dos serviços de reprodução, especialmente por xerocópias, cobrando aos interessados, por folhas, as cópias solicitadas, de livros, revistas especializadas — em geral profissionais — e demais.

A inserção dos dados em fitas de computação, que facilitam a reprodução reiterada e em série, veio ainda mais a agravar a situação para os direitos de autor.

Por fim, o desenvolvimento dos sistemas de documentação, por microfilmagem, e a necessidade de difusão das obras têm aumentado sensivelmente essa problemática, em face da reprodução, sem consulta aos autores, de textos publicados, e em escala infinita.

Com isso, o autor fica privado de participar nos direitos relativos à colocação da obra à disposição do público; reduz-se a vendagem das obras editadas, com prejuízos também para os editores e para o erário e, muitas vezes, há o locupletamento indevido dos que fazem tais reproduções.

3 — *Sentido e alcance da expressão "reprografia"*

Apresentada, assim, a respectiva problemática, fixemos o sentido e o alcance da expressão "reprografia", neologismo nascido do progresso tecnológico e já incorporado ao uso geral.

Em um sentido amplo, designa qualquer processo (ou técnica) de reprodução mecânica de escritos, imagens e sons. Nesse conceito, ingressam todos os diferentes mecanismos de multiplicação de obras de engenho, como os de: eletrocópias, diazocópias, termocópias, microcópias, gravações eletrônicas (por utilização de fitas e de videofitas) e outros.

Mas, em sentido estrito, significa apenas a reprodução mecânica de escritos (obras intelectuais escritas, pertencentes aos domínios literário, científico e artístico).

Parece-nos mais consentânea com a realidade a primeira concepção, que ademais alcança universo bem mais amplo, razão pela qual a ela nos filiamos, desde, aliás, os nossos primeiros trabalhos sobre a matéria.

Frise-se, porém, que não é qualquer reprodução que interessa ao nosso estudo, ficando, desde logo, apartada a realizada com escritos, imagens ou sons que não ingressam na noção de obra ou de criação intelectual.

4 — *Interferência no âmbito do Direito de Autor*

Com efeito, interfere a reprografia no âmbito do Direito de Autor na medida em que se realiza com corpos materiais ("corpora mechanica": telas, livros, fitas, discos, videofitas e outros) portadores de obras intelectuais ("corpora spiritualia", ou "mysthica": obras de pintura, literatura, música, ciências e artes em geral). A reprodução indiscriminada — sem autorização do autor — importa em subtrair ao criador o recebimento da remuneração a que faz jus pela utilização de sua obra.

Com efeito, residindo o direito de autor na submissão da utilização da obra à autorização de seu criador — e a conseqüente remuneração —, encontra, pois, obstáculo para a concretização prática em qualquer forma de reprodução que escape à sua esfera de ação.

A proliferação das citadas máquinas e a sua facilidade de manipulação constituem, assim, fatores de disseminação de obras intelectuais, sem a necessária contrapartida aos criadores, com prejuízos para os seus cofres, aos dos editores, aos dos produtores, e aos dos poderes públicos.

De fato, enorme evasão de receitas ocorre com esses fenômenos, que marcam, aliás, o atual estágio tecnológico que o mundo atravessa, em que cada vez mais se comprime a área de real efetivação dos direitos de autor e dos que lhes são conexos.

Por esse quadro se verifica, pois, que se constitui a reprografia no mais grave problema que se enfrenta no campo do Direito de Autor, em razão de seu amplo espectro e da constante inserção de máquinas e de aparatos de reprodução de obras intelectuais na vida prática, possibilitando-se a obtenção de milhares de cópias, sem a correspondente retribuição aos criadores.

5 — *Natureza da reprodução e necessidade de regulamentação da reprografia*

Cumpre distinguir-se, nesse passo, a natureza da reprodução.

Se a reprodução se realiza com objetivo econômico e sem autorização do titular dos direitos, poderá configurar então — conforme o caso — uma ou mais das infrações definidas na legislação especial, sujeitando os responsáveis às diferentes sanções previstas.

Mas, se para uso próprio, cumpre seja regulamentada a sua efetivação, restringindo a prática a seus justos limites — mediante a fixação dos respectivos contornos — a fim de possibilitar-se a difusão da cultura, sem prejuízo maior para o titular dos direitos de autor.

Com efeito, há que se reconhecer a limitação para que se ponham as obras intelectuais ao alcance da coletividade.

Nesse passo, os direitos do criador são, como em outros domínios, o resultado de um compromisso: de um lado, o interesse de favorecer o desenvolvimento cultural e, de outro, o do autor em retirar benefícios econômicos de sua obra. E esse espírito é que animou a Convenção de Berna — sistema internacional em que se encarta a matéria — desde a sua primeira reunião.

Além disso, deve-se ressaltar a evolução ocorrida no mundo atual em diferentes campos, passando-se de uma concepção individualista para uma noção publicista, que faz prevalecer o interesse da coletividade, emprestando, em consequência, uma certa conotação objetiva ao Direito de Autor, em alguns aspectos.

Essa orientação é responsável por certas restrições que se notam na matéria, traduzida por normas permissivas de utilizações em que residam interesses coletivos (dentre nós, estampadas no art. 49 da Lei nº 5.988, de 14-12-73, que regula os direitos de autor e conexos).

Daí a preocupação, manifestada em diferentes autores e em congressos realizados, de encontrar-se mecanismo aceitável para regular as exceções ao direito de reprodução, em que se coloca a reprografia.

Já se sentiu a necessidade de impedir que a atividade dos estabelecimentos comerciais de fotocópias fosse utilizada em prejuízo do autor, sem opor-se obstáculo ao desenvolvimento dos novos processos de reprodução. Fixou-se, então, a diretriz de que o consentimento do autor deve ser indispensável para a reprodução por estabelecimentos comerciais, mas não para instituições científicas.

Esse princípio básico já se acha na legislação inglesa, que permite a reprodução que não ultrapasse à exploração normal (uso individual ou para fins científicos) e outras, como adiante se mostrará.

De qualquer sorte, devem ser feitos esforços para uma solução unitária, na salvaguarda do interesse privado, sem criar-se obstáculos para o interesse público — que se considera preeminente — para que os instrumentos de reprodução assumam função de comunicação das idéias, e favoreçam a difusão de obras intelectuais, em prol da cultura e do progresso social, sem sacrificar os respectivos criadores.

6 — *O princípio da autorização autoral na reprografia: breve perfil legislativo*

A propósito, um ponto deve ser ressaltado como cardeal nessa discussão: a necessidade de autorização do autor, para as reproduções,

conforme indiscrepantemente entende a doutrina universal, para que possa ter acesso aos respectivos resultados.

Daí a necessidade de encontrar-se uma solução de equilíbrio entre o interesse geral na reprodução da obra e os direitos de autor, garantindo-se ao seu titular a participação nesse processo, para minimizar o desequilíbrio gerado pela não colocação da obra editada.

Cumprido, pois, nesse campo, intentar-se definir fórmula que, ao mesmo tempo, possibilite a difusão da cultura e permita ao titular dos direitos pecuniários de autor fruir economicamente da reprodução da obra. E, uma vez oferecida, deve ser levada aos organismos internacionais e internos — em cada Estado — para alcançar-se a indispensável sagração legislativa e a conseqüente aplicação prática.

No direito nacional, certas legislações já contêm normas sobre a matéria, inobstante, e de um modo geral, ainda se ressinta da ausência de regulamentação mais completa a respeito.

Assim é que a lei italiana de 1941 confere ao autor — como universalmente reconhecido — o direito exclusivo de reprodução da obra por todos os meios possíveis (art. 13). Permite a utilização pessoal livre, desde que não incida sobre o aproveitamento econômico do autor e não invada a sua esfera de exclusividade, notando-se, na prática, certa ampliação da idéia de uso pessoal.

A lei francesa de 1957 — que também consagra o princípio geral (art. 26) — é mais rígida, não permitindo qualquer reprodução, mesmo que as cópias sejam executadas por bibliotecas.

A lei inglesa (Copyright Act, de 1956, Secção 6) permite a extração de cópias para pesquisa e estudos privados e, às bibliotecas, para serviços diretos ao público (Secção 7).

Admite também a reprodução por bibliotecas autorizadas, em serviços interbibliotecas, desde que se não conheça ou se não obtenha o nome ou endereço da pessoa que possua o direito de permitir a execução da cópia.

A lei alemã de 1965 também procura facilitar a atividade das bibliotecas (art. 54, 4º), permitindo-lhes confeccionar exemplares isolados de obras, em número não abusivo, os quais não podem ser postos em circulação.

A recente lei norte-americana, de 1976 — que traduz recomendações feitas pelos estudiosos — traz interessantes disposições a respeito da matéria.

Confere ao titular do "copyright" o direito exclusivo de autorizar a reprodução (§ 106), mas prevê algumas limitações (§§ 107 a 111), dentre as quais as de: reproduções de obras por livrarias e arquivos, desde que a utilização se faça de acordo com o respectivo escopo (§ 108). Mas limita

a reprodução a uma cópia. Fixa, para a distribuição, as seguintes condições:

- a) nenhum propósito comercial direto ou indireto pode haver;
- b) as coleções devem ser abertas ao público;
- c) o alcance às cópias não se restringe aos filiados, mas a todos os pesquisadores;
- d) na cópia deve ser inserida notícia relativa ao "copyright".

Permite, ainda, a essas entidades a reprodução por microfilmagem de obras danificadas.

Prescreve, outrossim, que, em cinco anos de sua promulgação, o Registro do "copyright", após consulta a representantes dos titulares de "copyright", deverá submeter ao Congresso estudo sobre a matéria, a fim de aquilatar-se até que ponto se obteve o balanceamento entre os direitos de autor e o interesse social, apresentando os problemas observados e as recomendações que julgar convenientes.

No direito brasileiro, em que ao autor se reconhece o direito à reprodução, desde o Código Civil, de 1916, algumas limitações também são firmadas. No Código, não se considerava ofensa aos direitos de autor a cópia feita à mão de uma obra qualquer, desde que não destinada à venda (art. 66, VI).

A lei especial sobre direito autoral, Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, que preserva o princípio geral da autorização autoral e a sua participação nos diferentes processos de utilização econômica da obra (arts. 29 e 30), fixa algumas limitações, dentre as quais a reprodução, em um só exemplar, de qualquer obra, para uso particular e sem intuito de lucro (art. 49, II).

Como se verifica, posicionamento mais específico e, ao mesmo tempo, mais completo, está a exigir-se, a fim de que receba a matéria tratamento adequado.

7 — *Nossa proposta para a regulamentação da matéria*

Com esse espírito é que, na primeira Conferência Continental, realizada pelo Instituto Interamericano de Direito de Autor (IIDA) em São Paulo, em junho de 1977, tivemos a oportunidade de defender tese — aprovada unanimemente pelos convencionais — sobre a necessidade de regulamentação legal da reprografia no plano do Direito de Autor, oferecendo sugestões para a sua concretização baseadas no princípio de cobrança de direitos por cópia extraída.

A fórmula veio a ser sufragada efetivamente em alguns países, enquanto, em outros, floresceu e passou à legislação correspondente outra concepção, fundada no princípio da cobrança prévia compulsória, em particular quanto à incidência de um *plus* na venda de fitas cassetes virgens (aliás, noticiada no citado trabalho).

A partir de então temos pugnado, em conferências, conclaves, congressos, e também em artigos e em outros escritos, pela adoção de medidas tendentes a alcançar-se a referida regulamentação em nosso País, pois vemos na reprografia a ameaça maior aos direitos de autor e aos que lhes são conexos.

Definimos então a seguinte posição geral:

“1 — a fixação da necessidade de participação do autor ou do titular dos direitos de exploração econômica da obra (editor, concessionário e outros) na reprodução, por qualquer processo, de sua produção intelectual (orientação pacífica, tanto na legislação, como doutrina e jurisprudência, nacional e internacional);

2 — a possibilidade da instituição do regime de licença legal para a reprografia (incluindo-se microfilmagem, computação e qualquer outro método), em que se conciliaram esses interesses com os da difusão da cultura;

3 — o controle das cópias extraídas, mediante:

a) registro das máquinas reprodutoras e das instituições que as possuem ou locarem;

b) fixação da remuneração do autor, por folha extraída e de conformidade com o preço previamente fixado pela entidade controladora, depois de estudos específicos em cada setor (livros, fitas, discos e demais...);

c) instituição de formulário especial para a anotação de pedidos de cópias, com a indicação da obra, do autor, do número de folhas reproduzidas e a remuneração devida, cobrada na fonte pela entidade extratora;

d) recolhimento mensal através de documentos próprios, ao órgão arrecadador (estatal ou privado, conforme o sistema nacional; no Brasil, o ECAD, Escritório Central de Arrecadação e Distribuição: Lei nº 5.988/73, art. 115);

e) atribuição a uma entidade (estatal ou privada, conforme o caso) de competência para a arrecadação desses direitos e distribuição a seus titulares (no Brasil, o Conselho Nacional de Direito Autoral: Lei nº 5.988/73, art. 116);

f) destinação do produto da arrecadação a Fundo especial para a assistência a autores (a exemplo do Fundo de Direito Autoral, existente entre nós: arts. 119 e 120), quando desconhecido ou não encontrado o autor ou o titular dos direitos, ou quando do domínio público a obra;

4 — excetar-se-iam do pagamento, a título de incentivo à pesquisa e à cultura, as universidades e instituições congêneres, como bibliotecas, centros de informações, sem fins lucrativos (definidas em lei por expresso), mas que deveriam cumprir as

formalidades enunciadas, para efeito de estatística e de controle geral efetivo das reproduções, não podendo as cópias ultrapassar um número que, na legislação especial, for considerado razoável;

5 — repressão, através de instrumentos efetivos, no plano civil e penal, dos abusos porventura verificados.”

A tese foi aprovada à unanimidade pelos representantes dos países participantes e à Conferência coube encaminhá-la aos organismos internacionais e entidades internas, para a necessária discussão. Presentes às sessões, representantes da OMPI e da UNESCO tiveram, ainda, a oportunidade de anotar as referidas propostas, para apresentação àqueles organismos.

8 — *Viabilidade da fórmula e sua adoção*

A colocação da proposta nos termos assinalados permite a regulamentação da matéria nos diferentes sistemas existentes, podendo mesmo ser adotada a nível internacional, em convenção própria, amoldando-se, depois, as resoluções ao direito nacional de cada país conveniente.

De decisiva importância, para a regulamentação e posterior controle da reprografia, seria a celebração da convenção internacional, em que se fixariam as diretrizes fundamentais sobre a matéria, e em termos que permitissem a posterior disciplinação nacional.

A flexibilidade das diretrizes sugeridas em nossa tese poderia constituir-se em importante fator de aceitação pelos diferentes países, que no direito interno adaptariam os princípios expostos às peculiaridades do respectivo sistema.

Um ponto é pacífico: urge seja apreciado e debatido o problema da reprografia, tanto no plano internacional, como no nacional, para que se alcance a referida fórmula conciliatória entre os interesses em pauta, mas alicerçada no aspecto principal da questão — a proteção aos titulares dos direitos de autor — para que, como advertimos na Conferência, não sejam esses direitos aniquilados pelo uso indiscriminado das máquinas reprodutoras.

Mas, as soluções possíveis para as questões relativas à ingerência da reprografia no campo do Direito de Autor dependem, em verdade, da conscientização de todos os envolvidos em seus meandros sobre a necessidade e a importância da regulamentação para o próprio desenvolvimento geral do País. E mais, de uma integração dos que participam no ciclo de criação, de produção e de comercialização das obras.

9 — *Outro sistema existente*

Além do sistema exposto, outro também vem obtendo realização prática e, mesmo, previsão legal: o da cobrança de valor fixo sobre a matriz em que a obra se inscreve.

Resumindo, poder-se-ia realçar que, pelo sistema de remuneração por cópia e de conformidade com a tese mencionada, teríamos, em síntese: o controle das cópias extraídas, mediante: registro das máquinas reprodutivas e das instituições que as possuem ou locarem; fixação da remuneração do autor por folha extraída e de acordo com os preços previamente fixados pela entidade controladora, depois de estudos específicos em cada setor (livros, fitas, discos etc...); instituição de formulário especial para anotação de pedidos de cópias, com a indicação da obra, do autor, do número de cópias reproduzidas e a remuneração devida, cobrada na fonte pela entidade extratora; recolhimento mensal, através de documentos próprios, ao órgão ou entidade a que se atribuir competência para a arrecadação e a distribuição desses direitos a seus titulares; e destinação do produto da arrecadação a Fundo especial para assistência a autores, quando desconhecido ou não encontrado o autor ou o titular de direitos, ou quando do domínio público a obra.

Outrossim, pelo outro regime, teríamos a fixação, sobre o preço dos suportes (fitas, videofitas e outros), de um percentual correspondente à remuneração autoral, a ser cobrado na inserção do produto em circulação (do próprio produtor, ou do comerciante, na venda do produto) e, posteriormente, endereçado a um fundo, para distribuição posterior aos titulares de direitos.

Variantes há, como a da cobrança por folha para as máquinas xerográficas, mas, fundamentalmente, prosperam os dois mecanismos descritos. Nos EE.UU e na Suécia tem-se adotado o primeiro, inclusive por acordo entre as entidades interessadas, para as obras intelectuais escritas. Na Áustria, por lei, já vigora o segundo — assim como, e antes, na Alemanha — para as fitas cassetes.

Constituem as fórmulas em questão verdadeiras licenças legais, mas, dado o vulto das utilizações indevidas, tem-se, na prática, minorado o gravame maior, que é a enorme evasão de verbas, a par do trabalho didático de concretização de que a utilização importa em pagamento de direitos autorais.

10 — *Vantagens e desvantagens desses sistemas*

Os sistemas em questão apresentam vantagens e desvantagens; estas, para o primeiro, quanto ao respectivo custo, ao complexo mecanismo de fiscalização necessário e ao grau considerável de evasão que permite; e, para o segundo: a oneração indistinta de todos os usuários com o pagamento (mesmo, pois, os que não fazem reproduções); o acréscimo do custo dos suportes usados para a fixação das obras intelectuais; a discussão jurídica quanto à natureza de pagamento, se de índole tributária ou não, e os problemas constitucionais correspondentes para a sua viabilização. Quanto a vantagens, enquanto o primeiro atinge diretamente quem reproduz a obra, o segundo descarrega o ônus no consumidor do respectivo suporte; no primeiro, a empresa de reprodução funciona como mera arrecadadora, a exemplo do que ocorre com tributos e contribuições existentes — no segundo, a empresa produtora é gravada com o recolhimento do *plus* cobrado, transformada, portanto, em contribuinte de

direito desse valor. No primeiro — mais justo em nosso entender — pode-se individualizar a reprodução e obter estatísticas bem próximas da realidade; no segundo, nunca se saberá o respectivo alcance, verificando-se, ainda, neste, a mesma possibilidade de evasão de verbas.

Mas, de qualquer modo, urge pôr-se em prática um sistema de cobrança como primeiro passo para o controle da ação das máquinas reprodutoras.

11 — *A integração do sistema de comutação ao de cobrança de direitos autorais*

Avanço significativo, nesse sentido, foi dado, entre nós, em recente decisão do Conselho Nacional de Direito Autoral — a que pertencemos — que, apreciando consulta formulada pelo representante do Sistema Nacional de Comutação Bibliográfica (COMUT), respondeu afirmativamente quanto à incidência dos direitos autorais na extração de cópias de obras intelectuais realizadas pelas bibliotecas que o integram.

Em nosso voto como Relator do processo — acompanhado à unanimidade pelo Conselho —, deixamos evidenciado que esses direitos, por destinar-se ao amparo da mais nobre criação humana, devem ser respeitados mesmo que os fins visados na extração sejam de interesse da coletividade, desde que exista cobrança — como no caso — de um determinado valor, mesmo a título de recuperação de despesas. Caso contrário, estaríamos sacrificando o criador às custas do benefício trazido ao, ou pelo, serviço de reprodução.

Mas, entendendo que o sistema implantado no referido programa se poderia casar com o de cobrança de direitos por cópia, exortamos o Conselho a officiar aos respectivos responsáveis, para que, estudando a matéria em conjunto, se viabilize a sua integração, possibilitando-se assim a sua pronta implantação, pois os formulários nele utilizados já contêm os elementos mínimos que propusemos para o pagamento dos direitos autorais que se faria por meio dos selos em uso.

A proposta já foi transmitida à referida entidade, encontrando-se sob sua apreciação no presente momento.

12 — *Conclusão*

Seja como for, a verdade é que se não procura sistema perfeito, mas sim regulamentação que, enfrentando a questão, estabeleça, em cada país, regime de cobrança compatível com a respectiva realidade.

Deseja-se, no fundo, pôr fim a essa prática prejudicial à própria cultura e ao progresso do País que a reprografia indiscriminada representa. Pelo estímulo que a remuneração traz ao autor, pelo respeito à sua criação — como um dos direitos fundamentais do homem —, pela defesa dos valores que se encerram nas obras intelectuais, deve-se obter, com

urgência, a regulamentação legal da reprografia, contribuindo-se, assim, para o aperfeiçoamento do Direito de Autor como instrumento eficaz para o próprio desenvolvimento geral da Nação...

BIBLIOGRAFIA (específica)

ARIENZO, ALFREDO — "Diritto di autore e problemi della informazione e della cultura di fronte alle nuove tecniche di riproduzione e diffusione delle creazioni intellettuali", in *Il Diritto di Autore*, 1975, nº 4, págs. 470 e segs.

BARKER, RONALD E. — *Photocopying Practices in the United Kingdom*. London, Faber & Faber, 1970.

BITTAR, CARLOS ALBERTO — *Direito de Autor na Obra Feita sob Encomenda*. São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1977 — "Interpretação no Direito em Geral", in *RT* 493/24 — "Reprografia e Direito de Autor", in *Revista de Informação Legislativa* a. 15 nº 58, pág. 181

BUCCI, ODDO — *Interesse Pubblico e Diritto d'Autore*. Padova, Cédem, 1976.

CHAVES, ANTÔNIO — *O desafio da reprografia à proteção do Direito de Autor*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1974 (tese).

CONTE, LUIGI — "Diritto di autore e riproduzioni fonografiche abusive", in *Il Diritto di Autore*, 1975, nº 4, págs. 516 e segs.

CRUGNOLA, PAOLA — "Il diritto d'autore nei paesi in via di sviluppo", in *Il Diritto di Autore*, 1976, nº 2, págs. 219 e segs.

DESJEUX, XAVIER — "La photocopie et le droit d'auteur" in *Le Droit d'Autteur*, 1973.

DOCK, MARIE CLAUDE — "Radioscopie du droit d'auter contemporain", in *Il Diritto di Autore*, 1974, nº 4, págs. 415 e segs.

FABIANI, MARIO — "Protezione giuridica delle opere d'arte e de scienza e sua funzione sociale come strumento di sviluppo della cultura", in *Il Diritto di Autore*, 1975, nº 4, págs. 506 e ss.

GALTIERI, GINO — "Note in tema di informatica e diritto d'autore", in *Il Diritto di autore*, 1975, nº 4, págs. 520 e segs.

GIOVANI, GIACOBBE — "Interesse pubblico e interesse privato nella tutela del diritto di autore", in *Il Diritto di autore*, 1975, nº 4, págs. 520 e segs.

GIPE, GEORGE A. — *Nearer to the Dust: Copyright and Machine*. Baltimore, Md. Williams & Wilkins, Co., 1967.

HATTERY, LOWELL H. e BUSH, GEORGE P. — *Reprography and Copyright Law*. Washington, American Institute of Biological Science, 1964.

KEREVER, ANDRÉ — "Les conventions internacionales de droit d'auteur et tuelle," in *Le droit d'Autteur*, 1976, nº 3, págs. 158 e segs.

KOLLE, GERT — "Reprography and Copyright Law: a comparative law in the age of information", in *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 1975, págs. 382 e segs.

PARKER, MARY LOU — "Photocopying in University Libraries and the Canadian Law of Copyright", *APEA Bulletin*, 32: 41-50, 1968 junho.

RINGER, BARBARA — "Le droit d'auteur et l'avenir de la création intellectuelle," in *Le droit d'Autteur* ... 1976, nº 3, págs. 158 e segs.

SANTORO, EMANUELE — "Note introdutiva sul fondamento costituzionale della protezione del diritto di autore", in *Il Diritto di Autore*, 1975, págs. 307 e segs.

SORDELLI, LUIGI — "Diritto di autore, riproduzione di opere mediante la c. d. reprografia ed interesse personale e collettivo alla cultura", in *Il Diritto di Autore*, 1975, nº 4, págs. 496 e segs.

Conselho Consultivo

SILVEIRA NETO

Professor de Teoria Geral do Estado
da Faculdade de Direito da UFMG

SUMÁRIO

1. Introdução
2. Origem do Conselho Consultivo
3. Funcionamento do Conselho
4. O Conselho e a nova Constituição
5. Encerramento do Conselho
6. Conclusão

1. Introdução

Com a vitória da Revolução de 1930, morre a Primeira República, que, em Minas Gerais, teve as suas instituições originais, assim como o Senado estadual. O Poder Legislativo entrou em colapso e o poder político centralizou-se tão-somente no Executivo, com a designação de Governo Provisório. Praticamente, o Estado Federal também desapareceu: os antigos presidentes foram substituídos pelos interventores, os Estados-Membros perderam a autonomia. A Segunda República nasce sob o signo da centralização do poder. Não há mais leis, porém decretos. Superada a euforia da Revolução, começam a surgir os descontentamentos com o governo discricionário. Vem a Revolução Constitucionalista, de São Paulo, em 1932. Em 1934, a Assembleia Constituinte e uma nova Constituição, que reflete as inovações da democracia social.

Nesse ambiente histórico e político, o próprio Governo central sentiu o vácuo produzido pela ausência do Poder Legislativo. E procurou um sucedâneo, embora de outra natureza. Assim, por decreto, substituindo as Assembleias Legislativas dos Estados, criaram-se os Conselhos Consultivos.

O objeto deste trabalho é o Conselho Consultivo do Estado de Minas Gerais.

Estamos dando continuidade ao estudo de algumas instituições estaduais que estavam inteiramente esquecidas, apesar de não tão distantes no tempo, assim como o antigo Senado mineiro e os conselhos distritais (1).

(1) Vide nossa monografia *Instituições Republicanas Mineiras*, Editora Lemi, 1978, e os n.ºs 49, 51, 55, 58 e 72 da *Revista de Informação Legislativa*.

Muitas vezes, o nosso trabalho, sobretudo no caso presente, consiste quase tão-somente em coletar material disperso para uma visão de síntese de determinada instituição.

Se a nossa memória individual é frágil e retém tão pouca coisa dos acontecimentos, temos de convir que a nossa memória histórica é ainda mais precária. A documentação é escassa e mal guardada; o nosso pragmatismo não nos deixa a preocupação com o passado.

Fazer uma pesquisa é, não raro, apenas recuperar os salvados de um incêndio.

2. Origem do Conselho Consultivo

O Conselho Consultivo do Estado de Minas Gerais não foi uma criação do Estado-Membro, mas veio de cima, uma criação do Governo Provisório, através do Decreto nº 20.348, de 29 de agosto de 1931, assinado por Getúlio Vargas e Oswaldo Aranha.

Esse decreto dispunha sobre a criação e funcionamento de Conselhos Consultivos nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios.

Disponha o seguinte:

“Art. 2º — Cada Conselho Consultivo estadual se comporá de cinco ou mais membros, cidadãos brasileiros, de reputação ilibada, notoriamente idôneos, domiciliados na Capital ou em lugar próximo e de fácil comunicação com esta.”

No caso dos Conselhos Consultivos municipais, o decreto permitia a participação até de estrangeiros, desde que figurassem entre os maiores contribuintes. Essa presença de contribuintes nos Conselhos era uma reminiscência do voto censitário ou de capacidade econômica.

As funções dos Conselhos Consultivos, tanto estaduais como municipais, eram gratuitas e constituíam serviços públicos relevantes.

Embora não fosse um órgão legislativo, o certo é que o Conselho Consultivo praticamente exercia certa função dessa natureza, pois o interventor nada podia fazer, em matéria tributária, sem a sua audiência.

Prescrevia o mesmo decreto:

“Art. 10 — É vedado aos interventores federais, como aos prefeitos municipais, sem prévia audiência do respectivo Conselho Consultivo:

- a) criar imposto novo, aumentar qualquer dos existentes, alterar a competência tributária vigente, modificar a divisão de rendas;
- b) contrair empréstimo interno, emitir apólices ou quaisquer títulos de dívida;

- c) criar cargo ou emprego, ou aumentar vencimentos, desde que acarrete aumento da despesa total de pessoal na repartição ou serviço respectivo;
- d) celebrar ou fazer concessão para o desempenho de serviço público, ou para quaisquer outros fins, renovar, inovar ou modificar as já existentes;
- e) fazer concessões de minas, ou de terras, a não ser, quanto a estas, na administração dos núcleos coloniais já fundados, ou para a fundação de novos núcleos. É, todavia, permitida a venda, com garantias, de lotes de terras, até 100 hectares, a fim de facilitar a cultura e o desenvolvimento da pequena propriedade;
- f) transigir e celebrar acordos com litigantes contra o Estado ou o Município, ou fazer-lhes pagamentos antes de julgado o feito em última instância, depois de esgotados os recursos judiciais;
- g) conceder isenção de impostos;
- h) conceder subvenções ou auxílios pecuniários que não tenham sido fixados no orçamento;
- i) promulgar orçamento de receita ou de despesa.

Parágrafo único — O interventor, ou prefeito, poderá, em casos de urgência, fazer executar imediatamente qualquer dos atos acima indicados, comunicando-o, com os fundamentos respectivos, ao Conselho respectivo.”

Mas não se esgotavam aí as atribuições do Conselho Consultivo. Também dispunha o mesmo decreto:

Art. 11 — É vedado aos Governos dos Estados, como aos dos Municípios, sem prévia e expressa autorização do Governo Provisório, mediante parecer anterior do Conselho Consultivo:

- a) contrair empréstimo externo;
- b) emitir bônus, vales, ou títulos equivalentes destinados a circular como moeda;
- c) rescindir ou declarar caducidade de qualquer contrato ou concessão que venha a ser reconhecida ilegal, ou contrária ao interesse público ou à moralidade administrativa;
- d) modificar, ou derrogar a respectiva Constituição ou lei orgânica, e, em geral, praticar todo e qualquer ato excedente da competência do respectivo legislativo ordinário, ressalvado o disposto nos artigos precedentes (2).

(2) Vide o Decreto n.º 20.348, de 29-8-1931, na Coleção das Leis da República dos Estados Unidos do Brasil — 1931 — Vol. II — Atos do Governo Provisório — Imprensa Nacional — Rio, págs. 695 e segs.

Atente-se para o que dispunha o transcrito inciso do diploma legal: **“mediante parecer anterior do Conselho Consultivo”**.

Se não havia, naquela fase da Segunda República, um poder legislativo regular, pelo menos o Governo pretendia fundamentar a sua atuação num órgão consultivo.

O Conselho Consultivo do Estado de Minas Gerais teve a sua sessão inaugural em 16 de janeiro de 1932, presidida por José Bernardino Alves Júnior e secretariada por Pedro Aleixo, às 16 horas, no prédio da Câmara dos Deputados estadual ⁽³⁾.

3. Funcionamento do Conselho

A primeira reunião do Conselho Consultivo, em 16-1-1932, contou com a presença dos conselheiros: Cristiano França Teixeira Guimarães, Lúcio José dos Santos, Samuel Libânio, Augusto Barbosa da Silva e Aníbal Marques Gontijo, além de José Bernardino e Pedro Aleixo.

Não houve problema para a composição da Mesa Diretora; Samuel Libânio propôs que se fizesse, por aclamação, a escolha do presidente e secretário. José Bernardino foi eleito presidente e Pedro Aleixo, secretário.

Por proposta de Lúcio dos Santos, a própria Mesa ficou encarregada de apresentar o projeto do Regimento Interno, que foi aprovado em sessão noturna, no mesmo dia da instalação do Conselho ⁽⁴⁾.

Através dos **Anais**, verificamos que foi grande e profícuo o trabalho desempenhado pelo Conselho Consultivo do Estado de Minas Gerais. Funcionou de janeiro de 1932 a 29 de julho de 1935, com 317 sessões ordinárias e duas dezenas de sessões extraordinárias. Isso significa que o Conselho encerrou as suas atividades com a promulgação da Constituição Mineira, em julho de 1935.

A última reunião do Conselho foi marcada por comentários lisonjeiros da imprensa local, enaltecendo o seu trabalho; o jornal **O Diário** publicou amplo noticiário, com a manchete: **“Extinguiu-se o Conselho Consultivo do Estado”** ⁽⁵⁾.

(3) O primeiro presidente do Conselho Consultivo, José Bernardino Alves Júnior, era natural de Andrelândia, onde faleceu, aos 82 anos de idade, em 1967. Coursou o Ginásio Mineiro, em Barbacena e em Belo Horizonte; foi bacharel em direito pela Faculdade de Direito de São Paulo. Exerceu vários cargos de destaque no Espírito Santo. Foi Secretário das Finanças, de Minas, nomeado pelo presidente Olegário Maciel. Foi Diretor do Banco da Lavoura e Consultor Jurídico do Banco de Crédito Real. Eleger-se deputado federal em 1934. (**Minas Gerais** de 15-4-1967, pág. 4)

(4) Lúcio José dos Santos, professor, político, líder católico, escritor, nasceu em Ouro Preto, em 1875, e faleceu em Belo Horizonte, em 1944. Formou-se em engenharia civil, pela Escola de Minas. Exerceu importantes cargos públicos, entre os quais diretor da Instrução Pública em Minas. Deixou numerosas obras, como **História de Minas Gerais** e **O Divórcio** (**Minas Gerais**, 10-12-1944).

(5) **O Diário** de 30-7-1932, Anno I, n.º 148.

O Conselho reunia-se, ordinariamente, duas vezes por semana. Como não se tratava de um órgão legislativo, os assuntos examinados denominavam-se **peças** e não **projetos** de lei.

Em 1932, seu primeiro ano de funcionamento, o Conselho realizou 88 sessões ordinárias e 7 extras. Foram exonerados o Dr. Augusto Barbosa da Silva e José Bernardino Alves Júnior, este por ter sido nomeado Secretário de Finanças. Foram nomeados: Joaquim Furtado de Menezes, desembargador Loreto Ribeiro de Abreu e Júlio Ferreira de Carvalho. Em setembro, Pedro Aleixo assumiu a presidência. Organizou-se o Regulamento da Secretaria do Conselho, fixando normas sobre pessoal e vencimentos. Era diretor da Secretaria José Joaquim de Oliveira Pena ⁽⁶⁾.

Pelo número de reuniões realizadas e de **peças** examinadas, vê-se que foi intensa a atuação do Conselho Consultivo nos anos de 1932, 1933, 1934 e parte de 1935. Funcionava como qualquer casa legislativa; vindos os processos das partes interessadas, do Executivo ou particulares (que constantemente se dirigiam ao Conselho), os mesmos eram distribuídos aos relatores e depois votados na forma regimental.

Entre os assuntos de rotina, em 1932, encontramos, nos **Anais**, um processo em que a Companhia Telefônica Brasileira requereu isenção tributária e não foi atendida.

O caso mais interessante, desse ano, foi um requerimento do cidadão Nagib Sahb, que residia perto do 12º Regimento de Infantaria do Exército, no Barro Preto, em Belo Horizonte, ao tempo da Revolução de 30. A sua casa, onde também tinha um comércio, foi danificada durante o cerco ao 12º R.I.; então ele recorreu ao Estado pedindo o ressarcimento dos prejuízos. A **peça** foi encaminhada ao conselheiro Cristiano Guimarães. ⁽⁷⁾.

O relator examinou detidamente o caso, e, a certa altura de seu parecer, declarou:

“Examinando a matéria, eu estabeleci um símile para bem apreciar o caso de Nagib Sahb. Se, ao deflagrar o movimento revolucionário de 1930, as autoridades constituídas do Estado fizeram requisições de mercadorias, de armas, de munições etc., e se essas requisições foram todas pagas como dívidas do próprio Estado, porque aqueles que entregaram essas mercadorias o fizeram mediante uma documentação oficial, não podem, sem dúvida alguma, ficar em situação diferente aqueles que viram sua propriedade não requisitada oficialmente, mas ocupada ou danificada **ex abrupto** e, por isso mesmo, prejudicada em consequência do movimento revo-

(6) **Relatório e Sinopse dos Trabalhos do Conselho Consultivo do Estado de Minas Gerais** — Organizados por José Joaquim de Oliveira Pena — Imprensa Oficial — Belo Horizonte — 1933.

(7) Cristiano França Teixeira Guimarães nasceu em Sete Lagoas, em 1885, e faleceu em Belo Horizonte, em 1970. Formou-se em engenharia em 1909. Com Amaro Lanari fundou, em 1917, a Companhia Siderúrgica Mineira, mais tarde transformada na Companhia Siderúrgica Belgo-Mineira. Foi o primeiro diretor da Associação Comercial de Minas. Em 1928, fez parte do Conselho Deliberativo de Belo Horizonte. Foi fundador do Banco Comércio e Indústria de Minas Gerais e da Companhia Renascença Industrial. Participou da fundação da Faculdade de Ciências Econômicas de Minas Gerais (Minas Gerais, 3-9-1970).

lucionário. Seria desigual que se pagassem os tecidos requisitados para confecção dos uniformes dos soldados e que não se pagassem os tecidos que foram estragados na luta entre esses soldados, de modo que essa situação de desigualdade me impressionou bastante no exame do caso em debate. E acredito mesmo ser este o primeiro caso trazido ao conhecimento do Governo do Estado e ao conhecimento do Conselho Consultivo, em que se reclama o pagamento de indenização dessa natureza.”

Esse assunto ensejou amplos debates, de que participaram os conselheiros Pedro Aleixo, Cristiano Guimarães, Lúcio dos Santos, Júlio de Carvalho e Loreto de Abreu. Este último declarou ter estado no próprio local, e sabia que a reclamação do cidadão requerente tinha procedência. Disse o desembargador Loreto de Abreu:

“Aliás, eu examinei pessoalmente essa casa e lá entrei depois da revolução, levado pela curiosidade de ver os estragos produzidos. Tive, então, oportunidade de verificar que a parte da frente, onde estava situado o negócio, havia desabado e estava completamente em ruínas. Na parte onde residia a família, notei as paredes também muito estragadas e esburacadas pelas balas, mas ainda de pé. O telhado inteiramente quebrado, as ripas à mostra e igualmente partidas, tal como se vê na fotografia junta ao processo. Torna-se-me difícil descrever agora o estado em que se encontrava a casa, pois, já lá se vão dois anos que ali estive, e assim mesmo, de passagem, às carreiras.”

Após os debates, a matéria foi posta em votação e o Conselho foi a favor do ressarcimento dos prejuízos ao cidadão pelo Estado de Minas, ficando ressalvado a este o direito regressivo contra a União (8).

Em 1932, entre outros assuntos, Pedro Aleixo teceu considerações sobre a grande majoração dos impostos, com a qual não concordava. Aliás, sobre isso, o órgão oficial do Estado, num pequeno editorial, elogiou o espírito ponderado dos conselheiros, sobretudo quanto aos cuidados com a reforma tributária (9).

Em 1934, a Mesa do Conselho era constituída por Sócrates Alvim, na presidência, e Júlio Soares, na secretaria (10).

(8) **Annuaire do Conselho Consultivo** — Sessão de 15-10-1932, págs. 1.039 e segs.

(9) **Minas Gerais** de 25-1-1932.

(10) Sócrates Renan de Faria Alvim faleceu em agosto de 1943, aos 63 anos de idade. Agrônomo, dedicou-se intensamente aos problemas da agricultura, tendo sido diretor da Escola Superior de Agricultura e Veterinária de Viçosa. Também foi membro e presidente da Sociedade Mineira de Agricultura (**Minas Gerais** de 13-8-1943). O Desembargador Loreto Ribeiro de Abreu era natural de Cristina e faleceu em 1952, aos 85 anos de idade. Foi propagandista da República e juiz de direito, tendo sido nomeado para a Corte de Apelação do Estado, em 1913, por Júlio Bueno Brandão. Em 1933, foi nomeado para o Conselho Consultivo. (**Minas Gerais** de 5-7-1952). Júlio Ferreira de Carvalho nasceu em São Tiago, Minas, em 1894, e faleceu em 1962, tendo sido interventor federal, no período da restauração democrática, após a queda do regime discricionário em 1945. Formou-se em direito, em Belo Horizonte, em 1915. Exerceu a advocacia, o magistério e foi político militante, tendo sido deputado estadual e constituinte mineiro de 1947 (**Minas Gerais** de 23-10-1962).

Nesse ano, faziam parte do Conselho Werna Magalhães, Manoel Vieira de Oliveira Andrade e Aníbal Gontijo (11).

Em reunião de 13-1-1934, empossaram-se os conselheiros Milton Campos, Sebastião Alvim e Abílio Machado, que também presidiu o Conselho (12).

Em maio, faleceu o conselheiro Manoel Vieira, tendo sido nomeado, para substituí-lo, o médico Dorinato Lima.

Seria uma série interminável de assuntos rotineiros falar de todos os temas tratados pelo Conselho. Apesar de a maioria deles ser de ordem administrativa, a verdade é que muitos suscitaram debates e considerações jurídicas e doutrinárias. Daí a necessidade de sessões extraordinárias, sobretudo nos últimos dias de existência do Conselho, em 1935. Um dos casos que motivaram debates doutrinários foi a substituição do prefeito da Capital, em vista de lei omissa nesse sentido. Milton Campos, que então presidia o Conselho, deu parecer fundamentado, no sentido da substituição por membro do Conselho, designado pelo governador (Reunião de 25-6-35).

Juridicamente, um tema que suscitou controvérsia foi a própria existência do Conselho, a partir de 1934, em face da nova Constituição federal.

Sobre a importância do Conselho, sobejamente reconhecida, o próprio governador Benedito Valadares assim se expressou:

“Estabelecida com a representação mineira na Assembléia Constituinte Federal íntegra e patriótica harmonia, procurei tranquilizar a opinião pública e merecer-lhe a confiança, administrando os negócios de Minas como se estivessemos sob regime constitucional” (13).

Entre os nomes que, posteriormente, mais se destacaram na política nacional, pertenceram ao Conselho Consultivo de Minas, Milton Campos e Pedro Aleixo (14).

- (11) Aníbal Marques Gontijo nasceu em Bom Despacho, Minas, em 1889, e faleceu em Belo Horizonte, em 1962. Dedicou-se ao comércio, tendo sido diretor da Associação Comercial e da Empresa de Cinemas e Teatros de Minas Gerais. Foi deputado estadual de 1946 a 1950 (*Minas Gerais*, 4-5-1962).
- (12) Abílio Machado nasceu em Formiga, Minas, em 1885, e faleceu em Belo Horizonte, em 1938. Formou-se na Faculdade de Direito e foi renomado advogado. João Pinheiro nomeou-o diretor da Imprensa Oficial. Mais tarde, foi membro e presidente do Conselho Consultivo. Eleito deputado estadual, foi presidente da Assembléia Legislativa, em 1935. Deixou vários trabalhos escritos, jurídicos e literários (*Minas Gerais*, 4-1-1938).
- (13) Mensagem — Apresentada por Benedito Valladares Ribeiro — Governador do Estado — 1935 — À Assembléia Legislativa, pág. 6.
- (14) Milton Soares Campos nasceu em Ponte Nova, Minas, em 1900, e faleceu em Belo Horizonte, em 1971. Estudou em Leopoldina e formou-se em direito, na Capital de Minas, em 1922. Foi nomeado advogado geral do Estado, em 1933, e, em 1934, membro do Conselho Consultivo, que presidiu. Foi deputado estadual de 1935 a 1937. Com o golpe de Estado, voltou à banca de advocacia. Foi um dos signatários do “Manifesto dos Mineiros”, em 1943. Em 1945, eleito deputado federal. De 1947 a 1951, governador de Minas Gerais. Em 1958, senador. Ministro da Justiça no governo Castello Branco (*Estado de Minas*, 2-2-82). Pedro Aleixo nasceu em Mariana, em 1901, e faleceu em março de 1975. Estudou em Ouro Preto e se formou em

Figura de relevo nas letras de Minas e preeminente no laicato católico, além de ter-se ligado a grandes obras de assistência social, foi membro do Conselho, em 1932, o Dr. Joaquim Furtado de Menezes⁽¹⁵⁾.

Em 1935, apesar do funcionamento da Assembléia Constituinte do Estado, que preparava a nova Constituição mineira, o Conselho continuou em pleno funcionamento. Nesse ano, Milton Campos foi reeleito presidente do Conselho e Sócrates Alvim era o secretário. Foram atendidas várias reclamações de funcionários, assim como pagamento de adicionais e contagem de tempo. Em março, empossou-se o conselheiro Jaime de Sá Mota⁽¹⁶⁾. Em 16 de abril, o Conselho passou a funcionar num edifício da Rua Sapucaí, perto da estação ferroviária. Em maio, o Conselho aprovou crédito suplementar para pagamento de diferenças de vencimentos a desembargadores e juizes de direito. Em junho, foi aprovada a criação do cargo de secretário particular do governador (que já existia, de fato), com vencimentos anuais de 18 contos. Em 15 de agosto, instalou-se o Conselho Consultivo de Belo Horizonte, adotando o Regimento Interno do Conselho Consultivo do Estado.

Em 23 de julho, o Conselho aprova créditos especiais para a construção da rodovia Belo Horizonte—Pará de Minas, que ficou em mais de mil e quinhentos contos. A última sessão ordinária foi a de nº 317, em 23-7-1935, com a presença dos conselheiros: Milton Campos, Sócrates Alvim, Abílio Machado, Júlio Soares, Aníbal Gontijo, Sá Mota, Sebastião Lima e Dorinato Lima.

direito aos 22 anos. Em 1927, começou a lecionar na Faculdade de Direito a cadeira de Sistemas Penitenciários, tendo sido, mais tarde, catedrático de Direito Penal. Iniciou-se na política, em 1947, como membro do Conselho Deliberativo de Belo Horizonte. (Vide nossa pesquisa: "Conselho Deliberativo", *Revista de Informação Legislativa*, n.º 70, 1981, pág. 287.) Foi revolucionário, em 1930, e se elegeu deputado federal, em 1933. Era presidente da Câmara dos Deputados quando esta foi fechada por Getúlio Vargas. Advogou, então, durante muitos anos. Foi um dos fundadores da União Democrática Nacional, elegendo-se deputado federal em 1945. Secretário do Interior no governo Milton Campos. Em 1958, elegeu-se novamente deputado federal. Em 1966, Ministro da Educação do governo Castello Branco. Vice-Presidente no governo Costa e Silva. Continuou a sua atividade de advogado até o seu falecimento, em Belo Horizonte (Minas Gerais, 5-3-1975).

- (15) Joaquim Furtado de Menezes nasceu no Rio de Janeiro, em 1875, e faleceu, em Belo Horizonte, em 1940. Estudou no ginásio de Barbacena e se formou pela Escola de Minas, de Ouro Preto. Em 1917, nomeado diretor de Obras Públicas do Estado. Foi, durante pouco tempo, prefeito de Lambari e de Araxá. Em 1932, nomeado para o Conselho Consultivo. Escritor e jornalista, colaborou em vários jornais, sobretudo de orientação católica. Entre os seus livros mais conhecidos, citem-se: *A Religião em Ouro Preto* e *O Clero Mineiro*. Em 1928, foi senador estadual. O que mais caracterizou a vida de Furtado de Menezes foi a sua participação em obras de assistência social, tendo sido o fundador da Cidade Ozanam, inaugurada em 1936. Católico fervoroso e autêntico vicentino, dedicou toda a sua vida a socorrer os pobres e necessitados (Estado de Minas, 18-10-1975).
- (16) Jaime de Sá Mota nasceu no Rio de Janeiro, em 1895, tendo-se formado na Escola Politécnica, em 1925, após brilhante curso de engenharia. Nessa profissão, prestou vários serviços ao Estado de Minas Gerais. Em 1929, traçou os planos de reconstrução de cidade de Araçuaí, quase totalmente destruída por enchentes. Faleceu em fevereiro de 1938 (Minas Gerais, 3-2-1938).

O encerramento das atividades do Conselho deu-se com a vigésima sessão extraordinária, em 29 de julho de 1935, presidida por Milton Campos, secretariada por Sócrates Alvim e com vários discursos. Nessa sessão, o Conselho aprovou a desapropriação de terrenos em Lagoa Santa, para a construção de base aérea e fábrica de aviões.

4. O Conselho e a nova Constituição

Quando, em 1934, se promulgou a nova Constituição federal, suscitou-se, no Conselho Consultivo de Minas, uma controvérsia sobre as suas funções, se ele devia continuar ou não funcionando. Com seu agudo senso jurídico, o conselheiro Milton Campos abordou a questão e exarou um fundamentado parecer.

Milton Campos começou dizendo que, de acordo com órgãos jurídicos do País, a figura do interventor tinha desaparecido dos quadros políticos do Brasil, em face da nova Constituição.

Vale a transcrição do parecer do jurista Milton Campos, lido na sessão do Conselho Consultivo, de 24 de julho de 1934:

“O regime federativo, por sua natureza, é um sistema difícil e complexo de governo. Não se consegue, através do direito constitucional positivo dos povos que se organizaram sob esse regime, fixar o conceito preciso do federalismo, nem compor com conteúdo uniforme e seguro o quadro das características dessa categoria de organização política. Em obra recente sobre o assunto, eram estas as conclusões a que chegava Ch. Durand (*Les États Fédéraux*, 1930). E Mouskheli, mais recentemente ainda, mostra também as grandes dificuldades que a caracterização do Estado Federal determina (*La Théorie Juridique de l'Etat Fédéral*, 1931).

Não chegaram ao acordo, a esse propósito, os maiores mestres do direito público. — Duguit, Le Fur, Kelsen — cada um dos quais propõe para a caracterização desse tipo de organização política um critério diferente.

Nos Estados Unidos, após quase século e meio de prática federativa, por isso mesmo é nítida a impressão de dificuldade e complexidade que resulta de tal sistema. Escrevendo em 1932, J. R. Long, professor da Universidade de Colorado, ainda observa: “The federal system of government established is necessarily a complicated one. Indeed the government established by the Constitution, with its various “checks and balances”, is probably the world, and therefore one of the hardest to understand” (*Cases on Constitutional Law*, p. 2).

Assim, dada a natural complexidade do sistema adotado pela nova Constituição, muitas serão as dificuldades que suscitará sua aplicação, sobretudo nos primeiros dias, durante o período transitório, o qual irá até a definitiva organização de todo o País pela constitucionalização dos Estados-Membros.

Nestes, qual é a situação dos respectivos governos?

É esta a questão fundamental para se poder resolver sobre a permanência dos Conselhos Consultivos e, no caso afirmativo, sobre as funções que ainda lhes cabem.

Foi omissa a lei básica no prover sobre a situação transitória dos Estados.

Silenciou completamente a respeito, ao contrário de outras Constituições mais providas, como a da Áustria, que foi minudente nesse assunto. Cautelosa foi a carta de 16 de julho, dispondo, pela Resolução nº 5, sobre o exercício das funções do presidente da República nos breves dias que medeariam entre a promulgação da lei fundamental e a posse do presidente eleito. Dispôs transitoriamente sobre a vigência das leis processuais dos Estados, e sobre as funções legislativas da União até a composição regular do Poder Legislativo (art. 11, § 2º, e o art. 2º, das disposições transitórias). Sobre o regime transitório dos Estados, porém, guardou silêncio. Daí a necessidade de disciplinar o assunto por deduções e inferências, muitas vezes perigosas.

Lei das leis, a Constituição está em vigor em todo o território nacional, e, com sua suprema força dominadora, faz desaparecer automaticamente, pelo fato mesmo de sua vigência, e desde logo, todos e quaisquer princípios até então vigentes que a contrariem ou não se conformem com seu espírito. Ela mesma o disse, no art. 187: "Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis que, explícita ou implicitamente, não contrariarem as disposições desta Constituição."

Ressalvaram-se da revogação, portanto, as leis anteriores que não contrariem a Constituição. Nem podia ser de outro modo, porque, antes dela, o País não estava em desordem, mas tinha organização de governo e de ordem jurídica.

É assim que, nos Estados, o governo era exercido pelos interventores, nomeados com fundamento no artigo 11 do Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930, que instituiu o Governo Provisório. E a esses interventores se atribuíam, no § 1º do mesmo artigo, as funções não só do Poder Executivo como do Poder Legislativo.

Alterou a Constituição esse regime em dois pontos essenciais: o chefe do governo local, até aqui nomeado pelo chefe do Governo Provisório, passou a ser eleito por sufrágio popular direto, menos quanto à primeira eleição que se fará pela Assembléia Constituinte Estadual; e as funções, atribuídas a essa autoridade (governador), passaram a ser somente as executivas, ficando as legislativas reservadas ao poder para isso instituído. A primeira eleição, porém, está marcada para depois de três meses a contar

da promulgação da Constituição. Até então, quem encarnará o Governo?

Entendo que é o interventor. É ele a autoridade regularmente investida segundo a lei vigente ao tempo da investidura. A autoridade, que a Constituição criou para substituí-la, não aparece desde logo, mas necessariamente alguns meses depois.

No período transitório, não tendo a lei básica disposto de outro modo, não pode deixar de prevalecer a lei anterior, com a autoridade governamental por ela instituída. O governo tem como um de seus atributos essenciais a continuidade, e não se compreende que ele se interrompa por uma omissão do legislador. Desconhecer-se a figura do interventor no período transitório será admitir-se que o legislador constituinte cerrou os olhos à mais concreta das realidades, sempre presente ao seu espírito. E essa interpretação levaria a concluir pela inexistência, durante certo período de governo e, portanto, de organização nos Estados. Dir-se-á que o Governo existiria, exercido pelo Poder Judiciário. Mas não há lei alguma vigente determinando o apelo ao Judiciário para o exercício do governo nos Estados. Pelo decreto constitucional, o interventor era substituído pelo secretário-geral ou pelo secretário que ele designasse. A Constituição Federal deixou que os Estados dispusessem livremente sobre a substituição eventual do chefe do Executivo, pois, determinando que o presidente da Corte Suprema fosse o terceiro substituto eventual do Presidente da República (artigo 52, § 8º), legislou somente para a organização federal e não erigiu essa regra em princípio constitucional obrigatório para os Estados.

Assim, inexistentes o interventor e não eleito ainda o governador, teríamos o Estado sem governo. Mas a interpretação que a tal resultado conduz não é interpretação correta, e muito menos construtiva, como deve ser a interpretação constitucional, que por isso mesmo os americanos chamam muito propriamente "construção".

De outro modo esqueceríamos o princípio básico em matéria de interpretação constitucional, que é o de que a Constituição deve ser considerada sobretudo um instrumento de governo e entendida segundo o seu espírito e a sua finalidade eminentemente organizadora. "We should never forget — diz **Story**, citado por **Black (Interpretation of the laws, § 7º p. 18)** — that it is an instrument of government we are to construct, and that must be the truest exposition which best harmonises with its design, its objects and its general structure".

Nem é exato afirmar-se que a Constituição desconhece a figura do interventor do regime ditatorial. No § 8º do art. 3º das disposições transitórias, determinou ela que "a qualidade do interventor no Distrito Federal não torna inelegível, para a

primeira eleição de prefeito, o titular do cargo, nos termos do art. 112, nº 1, letra "a", e nº 2".

É evidente que esse interventor não é o agente na intervenção federal constitucional de que cuidam o art. 12 e seus §§, e sim o que já vinha do regime ditatorial extinto, por investidura oriunda do decreto institucional. Ora, a figura do interventor no Distrito Federal é a mesma dos interventores nos Estados, com igual origem e iguais funções. Por conseguinte, analogicamente se há de concluir que o interventor transitório nos Estados não repugna a Constituição Federal, que antes o reconhece.

Permanecendo os interventores, suas funções, entretanto, só poderão ser aquelas que, fundadas nas leis anteriores, não contrariarem a Constituição. Ora, dispõe esta, de maneira terminante, no parágrafo 2º do art. 3º, com referência aos poderes constitucionais: "O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro." Essa clara proibição impede que o interventor, exercendo o Poder Executivo, exerça cumulativamente o Legislativo. Donde a conclusão de que já não lhe pertencem as funções desse último poder, revogadas, nesse ponto, as leis anteriores, por manifesta incompatibilidade com a Constituição.

Objetar-se-á, porém, que o § 2º do art. 3º, não se aplica aos Estados senão depois de constitucionalmente organizados. Não é possível. O Estado-Membro, parte integrante da Federação, está desde logo sujeito aos dispositivos constitucionais. Se a vigência destes ficasse dependendo da constitucionalização dos Estados, teríamos uma desarmonia de situação: a órbita federal cativa às limitações da lei fundamental e a órbita local livre desses limites, regendo-se ainda por um regime legal extinto em virtude de expressa ou implícita revogação constitucional. Por aí teríamos transformado a Federação numa categoria puramente teórica e ideal, cujas leis não tivessem campo de aplicação. Seria a Nação contra o Estado. Seria uma ordem jurídica federal sem repercussão na ordem jurídica local. E isso não é de admitir-se porque, por mais ampla que seja a competência dos Estados-Membros, "il ne faut pas oublier — adverte Mouskheli (op. cit., p. 271) — que celle compétence est basée sur l'ordre juridique de l'État central et que c'est celui-ci qui lui a dévolu les attributions de la puissance publique."

Depois dessa exposição, é fácil concluir sobre a situação dos Conselhos Consultivos. Instituídos pelo Decreto nº 20.348, de 29 de agosto de 1931, eles só deixarão de existir se forem incompatíveis com a nova ordem jurídica e, subsistindo, não poderão ter senão as funções que se conciliarem com os dispositivos da Constituição.

Ora, nada impede que, nos Estados, haja um órgão coletivo de funções meramente consultivas, destinado a colaborar com o Poder Executivo dentro da esfera de ação deste. A própria Carta Fundamental, aliás, instituiu os conselhos técnicos e os conselhos gerais, pelos quais cada ministério será "assistido", e que funcionarão ainda como órgãos consultivos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (art. 103).

Assim, pois, os interventores continuarão assistidos pelos Conselhos Consultivos. As funções destes, é certo, ficarão muito reduzidas. Na sua maior parte referiam-se elas às funções legislativas, exercidas pelo interventor (promulgação do orçamento, operações de crédito, criação e supressão de empregos e fixação dos vencimentos respectivos, etc.).

É evidente que essas funções desaparecem. Mas restam outras, que interessam à função executiva que o interventor continuará exercendo, e aquelas caracteristicamente consultivas e de vigilância pelo bem público (Decreto nº 20.348; art. 8º, letras "b", "d" e "e").

Ou se adota essa solução, que, ao meu ver, é aquela a que conduz a construção constitucional, ou ficaremos diante de um Estado sem governo. Então será necessária a intervenção federal para assegurar a observância dos princípios constitucionais, na forma do art. 12, nº V, fixadas em lei as condições e os limites da intervenção. E, nesse caso, a essa lei competirá resolver sobre a permanência dos Conselhos Consultivos e as funções que lhes vierem a competir dentro da estrutura da Constituição Federal.

Foram essas conclusões a que eu cheguei, examinando com inteira objetividade o caso em apreço. Provavelmente, serão menos acertadas as conclusões (não apoiados gerais), mas eu as submeto ao critério do Conselho e entrego-as como contribuição para o estudo da matéria."

Lido esse parecer por Milton Campos, o assunto foi objeto de consideração do Conselho, tendo participado dos debates os conselheiros Sócrates Alvim, Abílio Machado, Dorinato Lima, Sebastião Lima, Aníbal Gontijo e Werna Magalhães (17).

O conselheiro Sócrates Alvim, tomando a palavra, elogiou o brilhante parecer do colega Milton Campos, mas ponderou:

O SR. SÓCRATES ALVIM — Entretanto, eu pediria licença para ponderar que, se tomarmos neste momento uma atitude definitiva a respeito do assunto, talvez criemos, de certo modo, algum embaraço à vida administrativa do Estado, de vez que o interventor somente poderia agir dentro de uma esfera muito li-

(17) Ernesto de Werna Magalhães faleceu em 3 de setembro de 1934, quando era membro do Conselho Consultivo. Foi gerente, durante 28 anos, da Companhia Fiação e Tecidos Cedro e Cachoeira, e pessoa muito conceituada na capital.

mitada, insuficiente mesmo às necessidades administrativas do Estado.

Também me parece que, tratando-se de um assunto eminentemente nacional, não devemos constituir uma exceção neste caso, criando para nós uma situação diferente da que, possivelmente, poderá existir nos demais Estados da República.

Eu lembraria, pois, se V. Ex.^a concordasse com a minha sugestão, que o Conselho transmitisse aos altos poderes públicos da União e do Estado a sua situação de dúvida e se mantivesse em expectativa, continuando a deliberar, como até agora, sem nenhuma restrição, até que o assunto fosse convenientemente debatido dentro e fora dos Conselhos, não só em Minas como nos demais Estados. Deste modo, não criaríamos um caso dentro do Estado e a vida administrativa mineira continuaria a processar-se normalmente.

Esta a sugestão que peço vênha para propor a V. Ex.^a e submeter ao critério de meus ilustres companheiros de Conselho.”

O próprio conselheiro Milton Campos, em face das ponderações dos colegas, achou que, apesar do aspecto jurídico do seu parecer, a solução do problema poderia ser adiada, até que os poderes públicos do País deliberassem definitivamente sobre ele. O seu parecer foi aprovado, quanto ao aspecto jurídico, assim como a proposição do conselheiro Sócrates Alvim ⁽¹⁸⁾.

Como já se sabe, o Conselho Consultivo continuou atuando até o fim de julho de 1935, até entrar em vigor a nova Constituição do Estado.

5. Encerramento do Conselho

O Conselho Consultivo encerrou os seus trabalhos a 29 de julho de 1935, atendendo a interesses de funcionários públicos e aprovando a desapropriação de terrenos em Lagoa Santa.

O primeiro orador, conselheiro Dorinato Lima, depois de afirmar que há um ano atuava naquela Casa, fez o elogio do presidente Milton Campos. Entre outras considerações, afirmou:

“Envolve V. Ex.^a luminosa auréola de simpatia, admiração e respeito, imposta, sem favor, pelos raros predicados com que prodigamente a natureza o brindou. V. Ex.^a deixa no seio desta corporação raro exemplo de capacidade e de amor ao trabalho.”

Em seguida, falou o conselheiro Abílio Machado, que se incumbiu de testemunhar o reconhecimento de todos ao secretário Sócrates Alvim.

Sócrates Alvim, tomando a palavra, fez várias considerações sobre os trabalhos do Conselho, agradecendo aos colegas as manifestações de simpatia e estendendo os seus agradecimentos aos funcionários.

(18) Conselho Consultivo do Estado de Minas Gerais, sessão de 24-7-1934, págs. 977 e segs.

O presidente Milton Campos também discursou, dizendo:

“Trabalhando durante o Governo do grande Presidente Olegário Maciel, cuja figura inesquecível foi invocada pela palavra brilhante do nosso colega Anibal Gontijo; trabalhando ainda durante a interinidade do Sr. Gustavo Capanema, jovem homem de Estado que hoje ocupa dignamente o alto cargo de Ministro do Governo Federal; e por último, trabalhando durante largo tempo, com a laboriosa e patriótica administração do Sr. Benedito Valadares, que foi sempre de extrema gentileza para conosco, o Conselho recebeu de todos as melhores demonstrações de acatamento, podendo ter a impressão de que a nossa colaboração era muitas vezes solicitada, não só por uma determinação legal, como também pelo apreço em que o tinha o Governo, espontaneamente.

Funcionando como Conselho Consultivo Municipal, por força do disposto no Código dos Interventores, tivemos também o prazer de ver bem compreendida a nossa colaboração ao atual prefeito e seus antecessores.

Como se vê, a vida do Conselho foi uma vida digna, austera e feliz, porque transcorreu às claras e sem nuvens, merecendo sempre com o acatamento das autoridades, o respeito dos concidadãos.

Resta-nos aguardar o julgamento da opinião. Este não nos pertence, mas temos o direito de esperar que não nos seja desfavorável...”

Os **Anais** do Conselho Consultivo consignaram o fim da instituição com este registro:

“O Sr. Sócrates Alvim, obtendo a palavra, faz rápida saudação ao sr. Presidente da República, Dr. Getúlio Vargas, que, quando chefe do Governo Provisório, criou o Conselho Consultivo, e ao Sr. Dr. Benedito Valadares Ribeiro, Governador do Estado, propondo que o Conselho fosse incorporado, cumprimentar o chefe do Governo mineiro.

Em seguida, o Sr. Presidente suspende a sessão por 30 minutos, a fim de ser ultimada a presente ata.

Reaberta a sessão, findo esse prazo, o Sr. Presidente, pondo-se de pé, no que é acompanhado por todos, declara encerrados os trabalhos do Conselho Consultivo do Estado de Minas Gerais.

Logo após o Sr. Secretário procede à leitura da presente, a qual é, sem debate, aprovada.

Levanta-se a sessão” (19).

Com essa singeleza, sem atroada, num ambiente de grande tranqüilidade, extinguiu-se o Conselho Consultivo.

(19) Minas Gerais, 8-8-1935.

Era, também, um ciclo político, bastante transitório, que se encerrava.

O conselheiro Milton Campos, em sua fala, afirmou que esperava o julgamento favorável da História.

Hoje, decorrido meio século, podemos dizer, com segurança, que o Conselho Consultivo cumpriu, com dignidade e eficiência, a sua missão.

6. Conclusão

Como professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, verifiquei há alguns anos, que muitas instituições políticas de nosso Estado estavam inteiramente esquecidas. Entre elas, o Senado Estadual, os Conselhos Distritais, o Conselho Deliberativo de Belo Horizonte, o Conselho Consultivo. Resolvi, então, fazer uma pesquisa sobre a sua existência e trazê-la à análise dos cientistas políticos. É o que temos feito. É o que fizemos, agora, com o Conselho Consultivo.

Reconhecemos as lacunas e omissões, pois o nosso trabalho é inteiramente pioneiro. Pode parecer curioso, mas nada encontramos sobre o Conselho Consultivo, senão os seus **Anais** e notas esparsas de jornais.

Do Conselho Consultivo conheci, pessoalmente, dois ilustres conselheiros: Milton Campos e Pedro Aleixo. Ambos foram meus professores, em 1951, respectivamente, de Direito Constitucional e Direito Penal. Tinham deixado, em janeiro, o Governo do Estado, e assumiram as suas cátedras na Faculdade Mineira de Direito, da Universidade Católica de Minas Gerais. Era a primeira turma da Faculdade. Como orador da turma, em 1954, fiz o elogio do paraninfo, o Prof. Milton Campos.

No elogio do paraninfo, disse: "Milton Campos vive o direito como um fato cotidiano, como uma realidade imanente à sua personalidade. Daí o seu espírito universitário, o equilíbrio de suas atitudes, até mesmo a ponderação com que fala ou escreve, sem arroubos e impulsos, mas apenas procurando fixar idéias e exprimir emoções" (20).

Entendo que fazer história política não é revolver velharias sem valor; ao contrário, dentro do tempo inconsútil, somos tão-somente os continuadores das gerações que nos precederam.

Aqueles homens que atuaram no Conselho Consultivo ainda estão presentes entre nós.

O que fiz foi apenas dar forma a essa presença.

(20) O Prof. Honório Silveira Neto nasceu no Município de Oliveira, em dezembro de 1928, na zona rural do então distrito de Carmo da Mata. Fez o curso primário numa escola rural; o ginásio no Colégio "Prof. Pinheiro Campos", de Oliveira; o científico, no Colégio Estadual de Minas Gerais. Bacharelou-se pela Faculdade Mineira de Direito, em 1954, tendo sido orador da turma. Em 1957, recebeu o grau de Doutor em Direito, na Faculdade de Direito da UFMG, com a defesa da tese: "O Estado Brasileiro". Em 1961, conquistou a livre-docência de Teoria Geral do Estado, tendo defendido a tese: "O Estado e o Poder". Durante muitos anos, foi jornalista profissional e professor do ensino médio oficial. Autor de quase duas dezenas de livros publicados: ensaios, literatura, obras didáticas. Desde 1962, é professor de Teoria Geral do Estado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

O tribunato da plebe em face do Direito Romano

SILVIO MEIRA

Catedrático da Universidade Federal do Pará.
Da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.
Do Instituto dos Advogados Brasileiros

SUMÁRIO

1. *O tribunato. Origens em Roma. Razões de sua instituição: políticas, sociais, econômicas, religiosas.*
2. *Patriciado e plebe. Direitos em conflito. Interesses. As "secessiones" da plebe. Tribunos e edis da plebe em face da magistratura patricia. "Comitia curiata e tributa". "Concilia plebis". Plebiscitos.*
3. *Natureza jurídica da magistratura plebéia. Poderes.*
4. *A atuação dos tribunos. Evolução do tribunato através dos tempos, na República e no Império. Absorção e extinção.*

1. *O tribunato. Origens em Roma. Razões de sua instituição: políticas, sociais, econômicas, religiosas.*

Tema dos mais empolgantes de toda a história da humanidade, é, sem dúvida, o referente ao tribunato romano, instituído no início da república, como instrumento de defesa de toda uma coletividade de seres humanos, e de resistência a arbítrios dos magistrados.

As fontes romanas — históricas, jurídicas e literárias — muitas vezes são contraditórias, quer na indicação de fatos, quer na referência a datas. Nem sempre se ajusta integralmente o que diz um autor, com o que afirma outro. Daí nasceu uma considerável literatura em que os pesquisadores mais atilados se contrariam, cada qual procurando defender a sua concepção com os argumentos que considera melhores. Impossível será, sequer, resumir todas as dúvidas e controvérsias. Indicamos os nomes e as obras de muitos autores na bibliografia.

Todo esse universo de debates e de perquirições, todavia, permite que se extraia, de tantas versões diferentes, um *núcleo central*, senão

totalmente verdadeiro, pelo menos com todas as credenciais de credibilidade. O tribunato nasceu das lutas entre patrícios e plebeus, duas ordens sociais, dois componentes da sociedade romana do início da república, com raízes no período da realeza.

Das fricções entre essas duas ordens — e não classes propriamente — brotou a necessidade de criar líderes capazes de, em qualquer eventualidade, levantar a voz protetora contra os desprotegidos, os humilhados e ofendidos daquele tempo.

Que bela lição de clarividência política oferecem os velhos romanos, fazendo germinar do solo social uma instituição tão útil, cuja atuação concorreu para consolidar a república e, em consequência, permitir o seu fortalecimento e a sua expansão, tornando-a imbatível interna e externamente!

De toda a vasta literatura em torno do assunto, em que sobressaem, em Roma, os nomes de TITO LÍVIO, DIONÍSIO DE HALICARNASSO, SALÚSTIO, TÁCITO, FESTO, VARRÃO, POMPÔNIO, AULO GÉLIO, SUETÔNIO, CÍCERO, PLÍNIO, PLUTARCO, DIODORO, POLÍBIO, VALÉRIO MÁXIMO, pode concluir-se que numerosas causas concorreram para o surgimento dos tribunos: políticas, sociais, econômicas, religiosas. Os que se serviram dessas fontes, antigos e modernos, inclinam-se por esta ou aquela hipótese. Sobressaem, entre os antigos, nomes como os de MOMMSEN, NIEBUHR, KARLOWA, HERZOG, LANGE, BECKER, VICO, ETTORE PAIS, RUDOLPHO SOHM, BINDER, NIESE, e mais recentemente BELOCH, DE FRANCISCI, BONFANTE, SOLTAU, GIOVANNI PACCHIONI e nos tempos atuais DE MARTINO, PAOLO FREZZA, MAX KASER, WOLFGANG KUNKEL, GIUSEPPE GROSSO, PIERANGELO CATALANO, JUAN IGLESIAS, e um número considerável de outros autores, de várias nacionalidades. Todos eles divergem, aqui e ali, uns dos outros. Alguns dão prevalência aos fatores de valor econômico no recrudescimento da luta entre patrícios e plebeus. Luta econômica que se alicerçaria na distribuição equânime das terras e ainda na exploração de plebeus por patrícios, através da usura. Outros preferem inclinar-se pelas divergências etnográficas, considerando o patriciado de origem etrusca ou sabina, e os plebeus, numa época em que o mais alto tipo de matrimônio era religião cultural etrusca, a última dinastia de reis — Tarquínio, Sêrvio Túlio e Tarquínio o Soberbo — sugere a idéia de superioridade política. É uma das hipóteses. Razões religiosas também são invocadas e, como exemplo bem típico, cita-se a proibição de casamentos entre patrícios e plebeus, numa época em que o mais alto tipo de matrimônio era religioso: a *confarreatio*.

Não vamos perder-nos nesse emaranhado de idéias e hipóteses, já levado a tais extremos, capazes de gerar náusea, como o afirmou BELOCH, conceito reproduzido por DE FRANCISCI: "Intorno all'origine di questa classe si è discusso, come dice il BELOCH, fino alla nausea" (*Sint. Hist. del DR*, p. 68).

Entendemos que todos têm razão. Não houve apenas uma causa, mas muitas causas, as políticas, decorrentes do domínio da máquina

estatal pelo patriciado; sociais, provenientes do desnivelamento entre as duas ordens; econômicas, pela disputa das terras, não só as originalmente integrantes do patrimônio dos *quirites*, como as conquistadas em guerras aos inimigos, o *ager publicus*, guerras de que participavam os plebeus. Quanto ao casamento, a restrição seria, na verdade, decorrente de convicções puramente religiosas? Se assim fosse, estaria ela ligada a fatores etnográficos. Povos diferentes, raças diferentes, religiões diversas. Ou seria a condição inferior da plebe, sem grandes recursos, que provocava a restrição matrimonial?

Ingrediente que não convém desprezar é o aspecto militar. Os plebeus participavam do exército, ofereciam o seu sangue nas lutas, e quando regressavam a Roma, muitas vezes estropiados, não eram aquinhoados na repartição das terras. Pelo contrário, encontravam suas pequenas propriedades abandonadas, o que os forçava a recorrer a empréstimos usurários aos patrícios.

A história romana está repleta de exemplos em que velhos soldados lamentam a sua sorte. E de devedores encarcerados e maltratados. Tito Lívio descreve, com tintas de tragédia, os episódios dessa natureza, entre eles o que deu origem à *Lex Poetelia Papiria*, no ano 326 a.C.

Creemos, assim, que todas as causas concorreram para a enorme cisão. O domínio patrimonial, o controle da propriedade, a concentração financeira, o desprezo religioso, uns se julgando superiores aos outros, fenômeno bem humano e que se repete historicamente. A nobreza do poder e a nobreza da pecúnia, diríamos nós. Ricos e pobres em contenda até correr sangue. A história haveria de oferecer um exemplo memorável: os pobres que se fazem ricos e se julgam nobres; os ricos que se tornam pobres e caem na escala social. Um fato histórico, de todos os tempos. Entre os lacedemônios havia os EPHORI, ut ait Cic. *De Leg.* 3, 7, *cujus officium erat injuriam omnem intercessione sua prohibere, et commoda plebis adversus patres tueri* (Forc. et Facciolatus).

Está evidente que este estudo se refere especificamente aos tribunos da plebe instituídos no ano 494 a.C., em consequência da 1ª secessão da plebe, que se retirou para o Monte Sagrado, segundo alguns autores, ou para o Aventino, segundo outros.

A palavra "tribuno" teve largo uso. Numerosos tribunatos, de vária natureza, foram criados através dos tempos. Basta citar: *Tribunus plebis*, *tribunus militum*, *tribunus aerarius*, *tribunus celerum*, *trib. fori suarii*, *trib. fori vinarii*, *trib. et notarius*, *trib. militum a populo*, *trib. militum Augusticlavius*, *trib. militum comitiatus*, *trib. militum consulari potestate*, *trib. militum laticlavius*, *trib. militum lectus ab ordine*, *trib. rerum nitentium*, *trib. stabuli*, *trib. voluptatum*.

Como se pode observar o vocábulo se abastardou. Ao tempo do império criaram-se os *tribuni stabuli*, cuja missão era examinar os cavalos a serem adquiridos e cuidar de seu sustento, também chamados *stratores* (*Cod. Th.*, VI, 29. *Cod. Just.* XII, 23), e o *tribunus voluptatum*, supervisor dos jogos públicos e do teatro.

O tempo, que tudo destrói, corrompe também as palavras, as idéias, os conceitos, as instituições.

Por isso, é preciso prudência na análise histórico-sociológica da instituição do Tribunato da Plebe, aquele que, preferencialmente, constitui objeto desta exposição.

Escreve D. SERRIGNY, com muita propriedade: "Le tribun, qui, sous la république, était le protecteur des libertés publiques, était devenu, sous l'empire, le *tribun des voluptés*, et il avait la dignité et le titre de clarissime" (§ 1026, D.P. Ad. Rom. II, p. 313).

CASSIODORO informa qual a fórmula que SERRIGNY considera "curiosa", que regulava os poderes e a jurisdição dessa personagem sobre o pessoal ligado às atividades teatrais.

Aquele tribuno, que no início da república e durante a sua evolução, fora o guardião das liberdades públicas, acabou por tornar-se o guardião dos teatros e dos artistas.

E o poder tribunicio, que era a substância e a flama que emprestava fulgor a esses defensores da plebe, o imperador o usurpou. Foi aliás um dos fundamentos do império, distinto da realeza. A realeza não se alicerçava no povo; o império procurou refugiar-se nessa fortaleza. Como bem expõe GRAVINA (*Esprit des Lois Romaines*, p. 570):

"Au pouvoir que donne la disposition des choses sacrées, Auguste joignit, dans sa personne, l'autorité du peuple, en prenant la puissance tribunitienne. Il ne se revêtait point de la charge de tribun, parce qu'elle ne pouvait être remplie que par un plébéien que le prince était toujours censé patricien. Mais la puissance qu'il en empruntait, lui donnait le droit de former opposition avec les autres tribuns aux décrets du sénat. Elle rendait en même temps sa personne sacrée, en sorte que c'eût été violer la majesté publique et mériter la mort sans forme de procès, que de porter la main sur lui."

Foi essa uma forma hábil que Augusto encontrou para impressionar o povo crédulo. Depois de chamar a si os poderes pontificais, explorando o espírito supersticioso da grande massa, incorporou aos seus títulos o poder tribunicio. Com isso "gagna la faveur de la multitude ignorante, qui croyait le voir partager sa dignité avec elle. Au reste, il se revêtit de la puissance tribunitienne pour toujours, et la posséda toute entière, à l'exception de dix ans, durant lesquels il se donna deux fois seulement un collègue, chaque fois pour cinq ans. Les autres empereurs ne s'en revêtaient que pour un temps, après lequel ils se la renouvelaient."

2. *Patriciado e plebe. Direitos em conflito. Interesses. As "secessiones" da plebe. Tribunos e edis da plebe em face da magistratura patricia. "Comitia curiata e tributa". "Concilia plebis". Plebiscitos.*

Está evidente que nas relações entre patriciado e plebe havia direitos e interesses em conflito. Direitos, alguns decorrentes da própria legisla-

ção, conquistados a duras penas; interesses patrimoniais e financeiros provenientes do uso da terra ou de empréstimos escorchantes. Interesses nascidos também da vida social, da família, do trabalho. Uma massa considerável de pequenos operários e artesãos devia integrar a plebe. A sociedade romana não podia ser, toda ela, integrada apenas de patrícios, de grandes proprietários e homens de finanças. O seu poder devia exercer-se sobre a grande massa populacional, que se convencionou chamar *plebe*. Essa a razão, em nosso entender, por que a secessão, ou a sua ameaça, provocava inquietação no patriciado. Retirando do complexo social uma considerável parcela de seres humanos, que trabalhavam no campo ou na cidade, que pagavam tributos e juros, que ofereciam o seu sangue na guerra, como poderia sobreviver a "outra metade", não afeita às tarefas consideradas inferiores, como o trabalho artesanal, o pequeno comércio e outras? E como poderia, sozinha, enfrentar os inimigos que lhes rondavam as lindes — os próprios vizinhos — estrangeiros e adversários, *hostes*, em suma?

A secessão foi, portanto, utilizada, como arma inteligente para forçar soluções. A plebe não era apenas urbana, mas também campesina, *rústica*. Estava visceralmente entranhada na comunidade embora com características próprias, hábitos próprios, interesses próprios. Sem poder embora, sem comando, sem magistraturas poderosas, no início da vida romana, ela era, todavia, um sustentáculo de todo o edifício social. Constituía, como o admitem muitos autores, um estado dentro do Estado. Uma vida paralela se desenvolvia entre as duas ordens. Daí por que a secessão constituía arma terrível utilizada, em várias oportunidades. Na primeira a plebe se teria dirigido para o Monte Sagrado ou o Aventino. Ameaçava constituir uma nova cidade, vizinha e adversária futura de Roma. Os patrícios teriam que submeter-se à pressão coletiva. E foi o que aconteceu.

Creemos que, mais importante do que o estudo do tribunato, em si, é a investigação da *secessio*. Suas causas, suas motivações, suas conseqüências. Nem se diga que uma coisa envolve a outra. Em termos. A secessão, a nosso ver, é que gerou o tribunato e não este àquela. A secessão nasceu da intranqüilidade, do desejo de justiça, do desequilíbrio social. A secessão é que foi a matriz de tudo o que se fez depois, através dos séculos. O tribunato foi efeito e não causa. Se não houvesse razões profundas, que provocaram a saída de toda aquela massa humana de Roma, não haveria necessidade de tribunos. Estes foram filhos do fermento social, muito embora concorressem para discipliná-lo e explorá-lo convenientemente.

Secessões, divergências, cisões, sempre existiram em todos os tempos, mas nem sempre as causas históricas são as mesmas. Elas variam de acordo com as idades. As causas romanas transparecem do testemunho de seus mais conspícuos historiadores. As longas narrações de DIONÍSIO DE HALICARNASSO, por vezes enfadonhas, mostram que havia um prolongado diálogo. Quando este não alcançava mais seus fins, surgia a separação, o afastamento ameaçador, a *secessio*.

Segundo FORCELLINUS e FACCIOLATUS, em seu afamado *Dicionário* (verbetes), a primeira secessão ocorreu em virtude da avareza romana, a

usura. Os antigos patrícios eram um povo de usurários desumanos, capazes de esfolar financeiramente toda uma coletividade trabalhadora e aguerrida. Dizem eles:

“Hic magistratus hanc habuit originem. Plebs ob feneratorum avaritiam aere alieno oppressa saepe postulavit, a patribus, ut contractuum obligationibus liberaretur, et saepe numero decepta, tandem ann. U.C. CCLXI. conspiravit, ne amplius patrícios in bello, neque ulla allia in re adjuvaret: itaque secessit in montem sacrum, neque reduci inde potuit, priusquam ea obtineret, quae jamdiu concupierat: inter quae illud praecipuum fuit, ut magistratus quotannis crearetur, qui plebis iura defenderet, ceteris magistratibus intercederet, et ne ipsi quidem supremo consulari imperio parere teneretur. Qui in cum magistratum lecti sunt, *tribuni plebis* appellati.”

O realce que dá esse texto às obrigações financeiras e aos contratos restringiria as razões da separação ao direito privado *ut contractuum obligationibus liberaretur*, o que não nos parece suficiente para uma locomoção humana tão poderosa e uma resistência tão firme. Criaram-se tribunos contra a avareza? A causa militar estava presente, a contribuição nas guerras. As motivações de direito público também, e a mais importante delas: a liberdade.

Criaram-se, assim, dois cargos de tribunos da plebe e dois edis igualmente plebeus, seguindo, segundo MOMMSEN — no que é muito contrariado por vários autores — a organização da magistratura patrícia, com seus *tribuni, concilia, comitia, praetores, e edis curuis*. BONFANTE (*Hist. DR*, I, p. 141) entende que, sob o aspecto político, o resultado mais evidente da luta dramática entre as duas ordens (que ele chama classes) foi a igualdade entre elas e a passagem formal da soberania do magistrado para as mãos do povo, tendo como expressão exterior a exaltação do princípio eleitoral. Quanto ao aspecto constitucional o resultado foi a multiplicação das magistraturas com o aumento das funções públicas e o surgimento do poder real do Senado. Fragmentando-se a magistratura, o Senado ascendia, crescia em autoridade. Quanto ao aspecto jurídico importou na separação do direito público do direito privado, e a abolição do caráter teocrático e religioso, tanto num como noutro.

Essas três conseqüências — políticas, constitucionais e jurídicas — demonstram que as secessões dos anos 494 e 471 importaram em verdadeira revolução, que se operou a pouco e pouco, não podendo ser expressa em simples datas. Diz-se, geralmente, que a república se instituiu no ano 510 a.C. com a queda desastrosa do último Tarquínio, cognominado o Soberbo. Julga-se que tal derrocada resultou de medidas por ele tomadas no sentido de beneficiar a plebe. Não podemos aceitar tranqüilamente tal hipótese, sem antes submetê-la a confronto. Muito antes de Tarquínio o Soberbo, seu antecessor Sêrvio Túlio já realizara e efetivara uma larga reforma social, digna de atenção. Cremos que em Sêrvio Túlio deve entroncar-se toda a análise espectral dos acontecimentos e mudanças posteriores. Sêrvio na verdade deu nova configuração à sociedade romana,

mas o fez levando em conta o patrimônio individual, baseado na propriedade imobiliária. Cinco categorias de centúrias: 1) oitenta dos que fossem proprietários de mais de vinte jeiras de terra ou cem mil asses; 2) vinte centúrias dos que possuísem 15 jeiras ou 75.000 asses; 3) vinte dos que dispusessem de dez jeiras ou cinquenta mil asses; 4) vinte centúrias dos proprietários de cinco jeiras ou 25.000 asses; 5) trinta centúrias dos donos de duas jeiras ou 11.000 asses; mais dezoito centúrias de cavaleiros e cinco centúrias de músicos e operários, num total de cento e noventa e três (193) centúrias.

É bem verdade que, com tal escalonamento, o patriciado sempre preponderava nas deliberações. De qualquer forma tentou ele realizar uma fusão das duas ordens, sendo por isso combatido pelos grandes proprietários e donos do poder. Seu fim — assassinado — foi o destino de quase todos os que comandam reformas audaciosas.

DE FRANCISCI, contrariando a concepção de MOMMSEN, de que a organização plebéia imitara a da *civitas* patricia, escreve: “é invece probabile la cogettura che i tribuni siano sorti ad imitazione dei tribuni militum, o forse siano stati dei tribuni militum che avevano fatto causa comune con contingenti militar e di plebei.” (*Sintesi Storica del DR*, pp. 68 e ss).

São hipóteses, que podem conduzir-nos àquela náusea a que se refere BELOCH...

PACCHIONI nem sequer admite que a república se tenha instituído em 510 a.C. Lança a idéia arrojada e contraditória de que a monarquia prosseguira. O consulado, diz e.e, foi implantado como magistratura militar, enquanto a antiga monarquia era sacra (*Breve Hist. do Imp. Rom.*, p. 16). A monarquia originária, para PACCHIONI, não foi abolida, porquanto seus órgãos fundamentais, como o *rex*, os *patres* e os *comitia curiata* “se conservam e funcionam durante séculos depois da instituição do consulado e, por contrário, só lenta e progressivamente se desenvolvem em torno do consulado órgãos próprios da constituição republicana, isto é, as magistraturas civis, o *senatus* (patricio, plebeu) e os *comitia centuriata e tributa*”.

O inegável é que, antes de efetivar-se a *aequatio juris*, a sonhada igualdade de direitos, produto de vários séculos de lutas, desenvolveu-se um lento trabalho de aglutinação, que começou na realeza, com a reforma de Sêrvio Túlio. Decepcionada a plebe com as manobras patricias, em que sua vontade não prevalecia, resolve rebelar-se. As causas são variadas, conforme já salientamos. Todas se somam. A *secessio* gerou os tribunos e edis da plebe. Para DE FRANCISCI ela — a *secessio* — decorreu da reforma militar *centuriata* pela qual os plebeus eram enquadrados no novo exército. Em sua origem a autoridade do tribuno se baseava na força militar da plebe, ainda sob o temor religioso e assim imposta à *civitas* patricia. Com o tempo, passando a exercer ação política, esses tribunos teriam perdido a característica militar, passando a inserir-se a organização plebéia no estado cidadão. Só com a terceira das leis *Valeriae-Horatiae*, de 449 a.C. — *la sola di queste tre leggi la cui storicità sia*

attendibile — é que a situação dos tribunos teria ficado definida (*op. cit.*, p. 72).

Não eram, pois, os tribunos, em sua origem, magistrados integrantes da máquina estatal, mas simples oficiais da ordem plebéia, como bem os definem vários autores, entre eles ADOLF BERGER (*Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, verbete *Tribuni plebis*). Sua primeira atribuição era a defesa dos plebeus contra atos ilegais e abusos dos magistrados patrícios — o *jus auxilii*.

Inicialmente eram eleitos pelas assembleias plebéias (*Concilia plebis*), depois pelos *Comitia Tributa*. Seus poderes foram crescendo com o passar dos anos. Sua autoridade se fortaleceu cada vez mais, até atingir um ponto máximo, de onde começou a decair, até à absorção e desfiguramento total, no império.

A fim de aumentar a confusão em torno dessa instituição, salienta ETTORE PAIS que a tradição canônica a respeito do surgimento do tribunato “suppone che sino dal principio la plebe abbia avuto magistrati pure plebei”. Isso porque, posteriormente, muitos defensores da plebe eram patrícios. Assim, por exemplo, Sp Cassius, três vezes cônsul, amigo da plebe; o patrício Manlio Capitolino, chamado *parens plebis* (385 a.C.), conforme se lê em Tiro Lívio II, 41, 7; IV, 13; VI, 14. O mesmo ocorreu com os cônsules patrícios Horácio e Valério, este cognominado *Publicola*, ou *Poplicolae*. Ainda podem ser citados Sp Tarpeio e A. Aternio, cônsules em 454. (*Ricerche*, III, p. 263).

A verdade é que, originários do tribunato militar ou não, líderes populares plebeus ou em alguns casos patrícios, os tribunos, nascidos da secessão de 494, criaram uma nova ordem de coisas, que a pouco e pouco foi se alargando, com as conquistas cada vez maiores.

WOLFGANG KUNKEL enxerga na atividade inicial dos tribunos e edis plebeus um caráter religioso. Diz ele que “Die Anfänge dieser Organisation waren vermütlich kultisch — religiöser Natur. Darauf weist der Name der wahrscheinlich ältesten Sonderbeamten der Plebs hin: Die beiden “Tempelherren” (*aediles*, von *aedes* = Tempel) werden ursprünglich Verwalter plebejischer Kultsätten gewesen sein”. (*Röm. Rechtsgesch.*, p. 32).

Na verdade VARRÃO assinala que a denominação “aediles”, “qui aedes sacras et privatas procuraret; tribuni militum quod terni tribus tribubus Ramnium, Lucerum, Titium olim ad exercitum mittebantur.” Com relação ao tribuno da plebe, VARRÃO o vincula ao tribuno militar: “quod ex tribunis militum primum tribuni plebei facti qui plebem defenderent, in secessione Crustumina” (*De Lingua Latina*, V, 81).

Possuindo magistraturas próprias, os plebeus se organizaram e criaram um Estado dentro do Estado. Conquistaram uma a uma as fortalezas patrícias. Galgaram o consulado, a pretura, o senado, e até o pontificado, em épocas diferentes; conseguiram, a duras penas, que as deliberações dos *Concilia Plebis* tivessem força de lei aplicável a toda a coletividade.

Datas diferentes assinalam essas conquistas. O regresso à vida comum (depois da 1ª secessão) se fez mediante acordo, conforme refere Tito Lívio, *ut plebi sui magistratus essent sacrosancti, quibus auxilii latio adversus consules esset* (2, 33, 1), (Vd Giuseppe Grosso Lez., di *Stor. del DR*, p. 81).

A Lei das XII Tábuas, de 450 a.C., foi resultado do trabalho dos decênviros, mas teve como propulsor inicial o tribuno Terentilio Arsa, que durante dez anos lutou pela organização daquele corpo legislativo. Tendente a instituir a *aequatio juris*, não conseguiu em plenitude seu objetivo no que se referia ao *connubium* e aos processos creditórios.

As assembleias, os *comitia*, por sua vez, também evoluíram no sentido de acolher as pretensões da plebe. *Comitia Curiata*, dos velhos tempos, deram lugar aos *Comitia centuriata*, dos quais a plebe participava, e finalmente aos *Comitia tributa* e *Concilia Plebis*. É bem verdade que a competência variava em cada uma dessas assembleias. Os *Curiata*, mais antigos, aprovavam testamentos e adoções de interesse do patriciado; os *Centuriata* procediam a eleições de cônsules, pretores, censores e votação de leis: os *tributa* e *Concilia plebis* elegiam questores, edis e votavam plebiscitos. Estas assembleias por tribos, que obedeciam à divisão territorial, acabaram por se confundir com os *concilia plebis*. Lê-se em *Institutas* de Justiniano: *Plebiscitum est quod plebs, plebeio magistratu interrogante, veluti tribuno, constituebat. Plebs aut a populo eo differt, quo species a genere; nam appellatione populi universi dives significantur, connumeratis etiam patriciis et senatoribus*" (*Inst.* I, II, 4).

A extensão dos plebiscitos a todo o povo, pela lei Hortensia de 286, constituiu, segundo MAYNZ, o último ato da luta entre a plebe e os *patres* (*Cours de DR*, p. 87).

3. *Natureza jurídica da magistratura plebéia. Poderes.*

Diz GIAMBATTISTA VICO (*De Universi Juris*, p. 387) que os patrícios, para não reinarem em uma cidade vazia, se viram na contingência de conceder aos plebeus os Tribunos da Plebe com inviolabilidade de sua pessoa e como guardiães da liberdade romana, enquanto eles patrícios eram os guardiães do direito.

Eis aí: de um lado a *liberdade*, de outro lado o direito. (... tribunos plebis cum illa sanctitate constitutos expressit, libertatis Romanae custodes, quibus patres se opposuere custodes juris.)

Os conceitos de liberdade e de direito em Vico parecem-nos relativos. A plebe pugnava pelo direito, em nome da liberdade; os *patres* lutavam por um direito duro e discriminatório, um *summum jus*.

Como impedir que magistrados criados por força de uma secessão fossem esmagados posteriormente? Daí surgiu a inviolabilidade de suas pessoas, a *Sacrosanctitas*, a *sacer et santus, quia sancitum esset, ut*

sacer haberetur, qui violasset, quod sancitum erat (Porcellinus e Facciolatus).

O *foedus*, o acordo, ou tratado, entre plebeus retirados na montanha e patricios cidadãos, não pode ser negado, afirma-o G. Grosso (*op. cit.*, p. 84). Desse *foedus* surgiu a paz. As leis também foram chamadas sagradas como sagrado era o monte: *sunt qui duos tantum in sacro monte creatos tribunos esse dicant ibique sacratam legem latam* (Tito Lívio, 2, 33, 3).

Nascido embora de forma um tanto nebulosa, em consequência de uma sedição, o tribunato institucionalizou-se, incorporou-se à estrutura estatal romana. Seus poderes se ampliaram. Sua atuação se fez sentir junto a magistrados, cônsules, pretores, questores (com exceção de censores e ditadores em épocas especiais), junto ao senado e às assembléias populares.

Tal era o rigor da legislação que seriam queimados vivos os tribunos que se afastassem indevidamente de suas gloriosas atividades, antes da eleição dos respectivos sucessores (Diodoro, XII, 25. Val Max, VI, 3,2). O rigor romano se aplicava aos seus próprios defensores (WILLEMS, *op. cit.*, 281, nota 2).

No ano 471, por ocasião da segunda secessão, uma lei da iniciativa do tribuno Publilius Volero teria regulado o processo de eleição dos tribunos. A inviolabilidade, pela sacralidade, seria fruto de uma lei Valéria Horácia (T. Lívio, III, 55, 6).

Refere-se também uma lei tribunicia que estabelecia a impunidade daquele que matasse o ofensor de um tribuno. O ofensor era considerado *sacer*, um *homo sacer*, sujeito a ser exterminado (Vd. SILVIO MEIRA, *O "Homo Sacer" no antigo Direito Romano*).

Quanto aos poderes, eles se distribuem em várias modalidades, criadas consuetudinariamente, segundo DE MARTINO (*Storia della Cost. Rom.*, I, p. 295).

Assim entendemos esses poderes: 1) *auxilii latio adversus consules*; 2) *intercessio*; 3) *coercendi potestas*; 4) *cominação de multas*; 5) *jus agendi cum plebe*; 6) *jus edicendi, jus contionis* e *jus obnuntiationis*; 7) *jus agendi cum patribus*. Esses poderes são inerentes à *potestas*. O mais interessante é que, muito embora criado no sentido de amparar somente os plebeus, acabou por estender-se a toda a massa populacional, mesmo aos patricios, conforme se pode verificar através do testemunho de T. Lívio, III, 13, 56 e VIII, 32. Aplicava-se a uma série de atos de vária natureza, na cobrança escorchante de tributos (T. L., IV, 60 e V, 12), nos processos, quer criminais, quer civis.

Todo ato arbitrário do magistrado contra o plebeu, em ações cíveis, permitia o *auxilium* tribunicio, conforme se pode ver em CÍCERO, P. TULLIO, 38 e p. CLUENTIO, 27, § 74.

A *intercessio*, que inicialmente se limitava a casos específicos judiciais, acabou por se estender a atos em geral da administração, ao senado e assembléias populares (Veja-se ainda em T. Lívio, V, 25, 29).

O poder de coerção, *jus prensionis*, tinha por finalidade tornar efetivo o *auxilium*. De nada adiantaria a *intercessio* ou o *auxilium* se o tribuno não pudesse torná-los realidade. Entre eles se inclui o poder de prender, conduzir, *in vincula duci jubere* (T. Lívio, IV, 26). Era a *coercendi potestas*.

O poder de multar foi instituído pela lei Aternia Tarpeia. Era o *jus multae dictionis*.

Jus agendi cum plebe, o direito de presidir *concilia plebis*, em que só a plebe dispunha do direito de voto. WILLEMS (*Droit Pub. Romain*, p. 161) aponta a diferença entre os *concilia plebis tributa*, os *comitia tributa* (presididos por patrícios) e os *concilia plebis* (presididos só por plebeus), que dispunham do *jus agendi cum plebe*.

Alargaram-se, de tal forma, as atribuições tribunicias, que seu poder passou a penetrar nos mais austeros redutos patrícios do passado.

Mesmo assim, sofreram restrições, apontadas em resumo por WILLEMS (*op. cit.*, p. 281). Sua atuação não podia ultrapassar o raio de *mille passus* em torno do *pomerium*, isto é, dos limites da cidade. Encontravam, também, barreira na *intercessio collegarum*, ou seja, a intervenção de outros tribunos (Dionício, IX, I, X, 30). Também a intercessão não se exercia contra os ditadores e a *potestas* dos censores. Em casos muito especiais as leis poderiam restringir as atribuições tribunicias (CÍCERO, *De lege agraria*, II, 12 § 30).

No que se refere à *intercessio* e ao *veto*, MOMMSEN distingue um poder do outro. O *veto* teria por fim impedir a execução de um ato, a *intercessio* procurava tornar sem efeito um ato já realizado. FRANCESCO DE MARTINO discorda, sob a alegação de que as fontes romanas não autorizam tal interpretação (*ob. cit.*, p. 214) de MOMMSEN.

Os poderes tribunicios, com o tempo, cresceram, se agigantaram, mas encontraram barreiras de toda ordem. Sila os restringiu (CÍCERO, *Verr.* II, 1, 60, § 155, e *De Leg.* III, 9, § 22). Pompeu os restaurou. O número de tribunos da plebe também se alterou com o passar dos anos. Inicialmente teriam sido apenas dois, em consequência da 1ª secessão em 494 a.C., número esse aumentado para quatro ou cinco por ocasião da 2ª secessão no ano 471 a.C. Chegaram a ser dez, mais tarde. Há numerosas dúvidas e controvérsias quanto às datas em que ocorreram tais alterações. WILLEMS indica o ano 457 a.C. em que se elevou para dez o número de tribunos (*ob. cit.*, p. 280). Refere esse autor que os cinco tribunos teriam sido instituídos em 494, com base em DIONÍSIO (VI, 89) e ASCONIO, p. 76, Or: "quinque singulos ex singulis classibus". A data de 471 é indicada por T. Lívio, II, 58. Outra tradição informa apenas o número quatro em 471, com base em DIODORO SICULO, XI, 68.

Embora fossem dez, a oposição de um só tribuno era suficiente para neutralizar a ação dos outros nove. Isso porque não foram criados para agir, mas para resistir. É o direito à resistência, assinalado por GRAVINA: "Comme cette puissance n'avait point été établie pour agir, mais pour résister, cela rendait l'opposition d'un seul plus forte que le consentement des neuf autres" (ob. cit., p. 467).

4. A atuação dos tribunos — Evolução do tribunato através dos tempos, na República e no Império. Absorção e extinção.

Difícil será um levantamento total dos benefícios decorrentes da atuação tribunicia em toda a história republicana de Roma. Desde os primeiros tempos amparou a plebe contra o arbítrio dos magistrados patrícios, intercedendo e vetando, assistindo e paralisando a ação do Senado e de toda a estrutura estatal, propondo *rogationes* que se transformavam em plebiscitos e leis; tomando iniciativas de cunho político e social, os tribunos da plebe escreveram sem dúvida uma das mais belas páginas da História da humanidade. Basta citar, entre outras realizações, a elaboração da Lei das XII Tábuas, ou decenviral (que teve vigência por mil anos), a igualdade civil, especialmente a conquista do *jus connubium* através da *Lex Canuleia*; a abolição corporal por dívidas, com a *Lex Poetelia Papiria*, a extensão dos plebiscitos a toda a coletividade (*Lex Hortensia*), as conquistas constantes das leis Valérias Horátias, das leis Licínias Sextiae, todo um complexo legislativo fruto de sua atuação, obedecendo a forças sociais incontroláveis; as reformas agrárias, desde as de Servilius Rullus, às dos Gracos, Tibério e Caio. Em tudo, eles, os tribunos, intervieram no direito público e no privado, na organização estatal, nas assembléias populares, nos processos judiciais, sempre lutando e reivindicando. Quando, nos primeiros tempos, as casas dos tribunos deviam ficar de portas abertas, dia e noite, a plebe encontrava um ponto de apoio e de resistência para as suas reivindicações. As penalidades também eram severas contra os tribunos que faltassem ao seu dever ou que se ausentassem indevidamente de seu posto. Direta ou indiretamente concorreram para o aperfeiçoamento da ordem jurídica e estabelecimento de uma melhor justiça social, muito embora seus cargos e atribuições fossem, a pouco e pouco, absorvidos pelas entidades patrícias ou patrício-plebéias, que refletiam o poder econômico, absorvidas, transformadas, desfiguradas completamente. O Senado, sobretudo, sofreu a influência tribunicia em todas as horas e, como salienta DE MARTINO (op. cit., II, 220), "i tribuni furono un potente mezzo della politica senatoriale e costituirono il precedente storico delle *quaestiones repetundarum*, che furono istituite nel secolo successivo. In tale modo, quest'organo, sorto per difendere e sostenere le rivendicazioni di classe della plebe, fu adoperato a sostegno della nuova classe dirigente, esempio molto istruttivo del fatto, che le istituzioni giuridiche non si possono storicamente conoscere, se no guardando alla loro vita nella concreta realtà economico-sociale, fuori degli schemi prediletti della logica formalistica".

Estamos de acordo nesse passo, muito embora discordemos de outras idéias desse eminente romanista, em alguns pontos.

Esse exemplo serve para apresentar as duas faces do fenômeno: de um lado, a utilidade do tribunato, que gerou iniciativas e teve forças para influir na elaboração das moralizadoras *leges repetundarum*, de tanta significação na vida administrativa romana; de outro lado, a assimilação, a absorção e diluição do tribunato, a serviço de órgãos e entidades que ele antes combatiera.

Quando se instituiu o império, os poderes chamados tribunicios se incorporaram ao elenco de competências e ornamentos do imperador. A *tribunitia potestas*, a esse tempo, era apenas uma imagem do passado, uma *imago sine re*, no dizer de VELLEIUS PATERCULUS, II, 30. Ao fim da república praticamente se aniquilara o patriciado. Surgira um outro poder — a NOBILITAS — a nobreza do poder econômico. Plebeus que se faziam senhores, donos do poder, capazes de subjugar e espezinhar direitos. Surge, então, uma curiosa inversão de valores com a *transitio ad plebem*. Patrícios que querem ser plebeus poderosos e ricos, capazes de controlar a máquina estatal.

Depois de treze séculos de vida histórica, o Império Romano, em seus extertores, guardava apenas uma tênue lembrança daquilo que fora a glória da república: o tribunato da plebe. Ténue lembrança vocabular, que vez por outra parece querer ressurgir em outros povos e em outros momentos históricos. O estudo dessa possível projeção escapa aos limites deste trabalho. Lembramos apenas as palavras de J. B. MISPOULET (*La Vie Parlementaire à Rome sous la République*, p. 11): “Cette longue lutte entre le patriciat et la plèbe forme un des plus beaux chapitres de l’histoire politique de l’antiquité et nous n’avons rien dans les temps modernes qui puisse lui être comparé.”

Enquanto o mundo for mundo, haverá secessões, lutas, reivindicações, resistências, como aconteceu na Roma republicana. Os exemplos romanos poderão ser imitados e invocados, como argumento retórico ou “precedentes” sugestivos. O Império Romano foi, todavia, o grande túmulo do tribunato da plebe, no velho sentido dos tempos de Mânlio Capitolino e Terentílio Arsa. Resta, todavia, em nosso entender, aquilo que o romanista PIERANGELO CATALANO chama, com muita propriedade, “filoni di pensiero” (*Tribunato e Resistenza*, p. 48).

Há sempre uma tendência, nas reivindicações coletivas, para a resistência, a secessão, o exílio, até o extremo da criação, como dizia FICHTE, do *Estado no Estado (Staat im Staat)*: “. . . zwei staaten neben und in einander, die sich verhalten, d.i. Wie Einzelne, die ohne besondere Verträge unter dem blossen Gesetze des Naturrechtes stehen” (Id., p. 20).

Mas, para que tal aconteça, as condicionantes de tempo, espaço, meio e raça, são fundamentais. Nem sempre a História se repete. Ela instrui. É mestra da vida, como dizia CÍCERO, mas não constitui camisa-de-força a que se prenda o pensamento filosófico.

Conclusões

1 — O tribunato da plebe surgiu como uma necessidade social: a defesa da grande massa de plebeus contra os abusos do patriciado.

2 — Entre esses abusos podem ser incluídos a *usura*, o *monopólio das terras*, os sacrifícios nas guerras, o controle do poder político.

3 — Diz-se geralmente que eles, tribunos, eram defensores da “liberdade” porque, àquele tempo, a cobrança de dívidas levava até à prisão e escravidão.

4 — As conquistas da plebe foram lentas, embora firmes. Houve necessidade de várias secessões, única maneira de resistir.

5 — As atribuições dos tribunos, que muitos autores consideram apenas defensivas, eram, também, em nosso entender, ativas. Nesta categoria se incluem a *intercessio* e o *veto*.

6 — A conquista de lugares na magistratura, ao lado de patrícios, bem como no senado e no pontificado, em épocas diferentes, e ainda a *aequatio juris*, formam etapas de uma luta várias vezes secular.

7 — O enriquecimento da plebe, a conquista do poder, a alteração do velho conceito dual de patrícios e plebeus e o surgimento de uma nobreza plebéia, concorreram para modificar velhos conceitos.

8 — As atribuições dos tribunos, restringidas por Sila e restabelecidas por Pompeu, mas depois absorvidas pelo imperador, revelam que a luta multissecular não se consolidou para todos os tempos.

9 — O império, com a concentração de poderes nas mãos do imperante, não oferecia lugar para tribunos da plebe à moda antiga. Tudo parece ter voltado ao *statu quo ante*, apenas com a diferença de que a organização social se fundamentava no poder econômico e na detenção do poder político e militar. Os plebeus pobres, que se fizeram nobres ricos, esmagavam por várias formas as categorias sociais inferiores, integradas também por descendentes de patrícios empobrecidos.

10 — A lição e o exemplo valem para todos os tempos, muito embora sem características totalmente *idênticas* nas épocas posteriores, mas *semelhantes* quanto ao caráter efêmero e transitório de certas conquistas, que, embora parecendo definitivas no momento em que se efetivam, são passageiras, se contempladas em visão panorâmica da história da humanidade.

11 — Muitas outras lições podem ser extraídas desses episódios, que deram vigor e dignidade à república romana. Mas é preciso não esquecer que, nessa república, alicerçada nas bases da liberdade, muitos erros, violências e abusos também ocorreram e acabou por ser substituída por um império centralista e autocrático, por sua vez seguido de um *dominato* ainda mais autocrático e exclusivista. O tribunato passou, assim, à história.

12 — Somos de opinião que a evolução histórica da humanidade é cíclica, obedece a contingências de cada momento, a causas múltiplas, tanto assim que, alcançadas conquistas notáveis através de lutas memoráveis, vemo-las depois em derrocada, repetindo-se todos os erros anteriores. A falha, em nosso entender, está no próprio homem, ser ao mesmo tempo forte e frágil, ambicioso e por vezes cruel, mas capaz de generosidades e grandezas, só disciplinável através de boas leis, bons princípios morais e religiosos, mas sempre pronto a ressurgir com todas as taras da ancestralidade.

13 — Há, em toda a história da humanidade, conceitos que se vinculam a vocábulos. O nome *tribuno* sobreviveu em numerosas línguas, mas o seu conteúdo se desfigurou logo, mesmo durante a vida do povo romano, no império. Ficou, todavia, o exemplo. Ficaram as lições a serem assimiladas.

BIBLIOGRAFIA

- 1 — BERGER, Adolf — *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. The American Philosophical Society, Philadelphia, 1953.
- 2 — BLOCH, G. — *La République Romaine*. Flammarion, Paris, 1919.
- 3 — BONFANTE, Pietro — *Histoire du Droit Romain*. Recueil Sirey, Paris, 1928.
- 4 — CATALANO, Pierangelo — *Tribunato e Resistenza*. Paravia, Torino, 1971.
- 5 — CUQ, Édouard — *Les Institutions Juridiques des Romains*. Lib. Plon., Paris, 1904
- 6 — CÍCERO, M. T. — *Oeuvres Complètes de Cicéron*. J. J. Dubochet, Paris, 1843.
- 7 — DIODORO DE SICILIA — *Bibliothèque Historique*. A. Delahays, 1851.
- 8 — DIONISIO DE HALICARNASSO — *Les Antiquités Romaines*. Imp. Gouset, Paris, An VIII Républicain.
- 9 — FACCIOLATUS, Jacobus e FORCELLINUS, Aegidius — *Latinitatis Lexicum*, 2 vols. (edição muito antiga, falta a folha de rosto).
- 10 — FRANCISCI, Pietro de — *Sintesi Storica del Diritto Romano*. Edizioni dell'Ateneo — Roma, 1948.
- 11 — FREZZA, Paolo — *Corso di Storia del Diritto Romano*. Editrice Studium, Roma, 1954.
- 12 — GALISSET, C. M. — *Corpus Juris Civilis*. Paris, 1873.
- 13 — GRAVINA — *Esprit des Lois Romaines* (trad. de Requier). Videcoq Lib., Paris, 1821.
- 14 — GROSSO, Giuseppe — *Lezioni di Storia del Diritto Romano*. G. Giappichelli editore, Torino, 1955.
- 15 — HOMO, Léon — *Las Instituciones Políticas Romanas de la Ciudad al Estado*. Editorial Cervantes, Barcelona, 1928.
- 16 — ———— *La Civilisation Romaine*. Payot, Paris, 1930.
- 17 — ———— *La Italia Primitiva y los Comienzos del Imperialismo Romano*. Ed. Cervantes, Barcelona, 1926.
- 18 — KASER, Max — *Roemische Rechtsgeschichte*. Goettingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1950.
- 19 — KORNEMANN, Ernst — *Roemisch Geschichte — Die Republik* — Alfred Kroener Verlag, Stuttgart, 1954.

- 20 — KUNKEL, Wolfgang — *Roemische Rechtsgeschichte*. Boehlau Verlang, Köln-Graz, 1967.
- 21 — LIVIO, Tito — *Historiarum ab Urbe Condita*. Olyssipponae, Typ. Nationali, 1862.
- 22 — MARGADANTE, Floris — *Tribunado Romano. Gigante, in Descendencia*. Ponencia, 1975.
- 23 — MAYNZ, Charles — *Cours de Droit Romain*. Bruylant-Christophe & Cie. Bruxelles, Paris, 1891.
- 24 — MEIRA, Silvio — *História e Fontes do Direito Romano*. Saraiva S.A., S. Paulo, 1966.
- 25 — ———— *A Lei das XII Tábuas, Fonte do Direito Público e Privado*. Cia. Editora Forense, Rio (3ª edição), 1977.
- 26 — ———— *Novos e Velhos Temas de Direito*. Cia. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1974.
- 27 — MISPOULET, J. B. — *La Vie Parlementaire à Rome sous la République*. Albert Fontemoing, Paris, 1899.
- 28 — MARTINO, Francesco de — *Storia della Costituzione Romana*. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1954.
- 29 — MOMMSEN, Theodor — *Roemische Geschichte*. Deutsche, Buch-Gemeinschaft, Berlin. Idem, Gek. Ausgabe, Phaiden Verlag, Wien, 1934.
- 30 — MONTESQUIEU — *Considération sur les Causes de la Grandeur des Romains et de leur Décadence*. E. Flammarion, Paris, s.d.
- 31 — ———— *De l'Esprit des Lois*. Garnier, Paris, s.d.
- 32 — NIEBUHR, M. B. G. — *Histoire Romaine*. Trad. franc., Paris, 1835.
- 33 — PACCHIONI, Giovanni — *Breve Historia del Imperio Romano*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944.
- 34 — PAIS, Ettore — *Storia Critica di Roma*. P. Maglione & Strini, Roma, 1918.
- 35 — ———— *Ricerche sulla Storia e sul Diritto Pubblico di Roma*. P. Maglione & C. Strini, Roma, 1918.
- 36 — FIGANIOL, André — *Histoire de Rome*. Presses Universitaires de France, Paris, 1949.
- 37 — SERRIGNY, D. — *Droit Public et Administratif Romain*. A. Durand, Paris, 1862.
- 38 — SOHM, Rudolph — *Institutionen*. Verlag von Dunker & Humblot, Leipzig, 1898.
- 39 — TACITO, P. Cornélio — *Opera*. Hachette, Paris, 1872.
- 40 — VARRÃO — *De Lingua Latina*. Firmin Didot, Paris, 1875.
- 41 — VICO, Giambattista — *Opere. De Universi Juris*. Presso Giuseppe Jovene, Napoli, 1841.
- 42 — VOGT, Joseph — *Roemische Geschichte*. Verlag Herder, Freiburg, 1955.
- 43 — WEBER, Georges — *Histoire Romaine*. C. Maron et. E. Flammarion, ed. Paris, 1884.
- 44 — WILLEMS, P. — *Le Droit Public Romain*. Ch. Peters, Louvain et L. Larose, Paris, 1888.

Obras Publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas (v)

A 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 79.

“ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

(NÚMEROS 1 a 70)

Distribuição gratuita

“COLEÇÃO DE ATOS INSTITUCIONAIS, ATOS COMPLEMENTARES E
DECRETOS-LEIS”

Volumes à venda: 6º a 16º

“O PODER LEGISLATIVO E A CRIAÇÃO DOS CURSOS JURÍDICOS”

— Obra comemorativa do sesquicentenário da Lei de 11 de agosto de 1827, que criou os cursos jurídicos de São Paulo e Olinda.

“CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO” (edição de novembro de 1979)

— Quadro Comparativo = Anteprojeto da CLT — Legislação trabalhista vigente

— Exposição de Motivos do Anteprojeto

(*) Não estão relacionadas as obras esgotadas.

"DIREITO FINANCEIRO" (3ª ed. — 1981; adendo — 1982)

- Lei nº 4.320/64. Normas disciplinadoras da matéria. Plano de contas único da Administração Direta.

"CÓDIGO DE MENORES" (ed. 1982)

Lei nº 6.697/79. Comparação com a legislação anterior. Anotações (legislação; pareceres; comentários). Histórico da Lei (tramitação legislativa).

"CÓDIGO PENAL" (edição 1982)

- Decreto-Lei nº 2.848, de 7-12-40 — texto atualizado e anotado.
- Índice temático

"PROCESSO LEGISLATIVO" (3ª ed. atualizada e ampliada — 1982)

- 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 Mista de Inquérito.
- Impedimento de parlamentar.
- Nova designação do número de ordem das Legislaturas (histórico do Decreto Legislativo nº 79, de 1979).

"LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDÁRIA" (4ª edição — 1982)

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.

“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 nº 6.620/78 (tramitação legislativa)

“CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”

(formato bolso) (8ª edição – 1982)

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 22/82.

Em adendo: Emendas Constitucionais n.ºs 23 e 24, de 1983.

121 notas explicativas, com as redações originais dos dispositivos alterados.
Minucioso índice temático.

“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 n.ºs 23 e 24, de 1983.

152 notas explicativas, contendo os textos dos Atos Institucionais e das Emendas à Constituição de 46.

Índice temático do texto constitucional vigente.

“CÓDIGO PENAL – PARTE GERAL”

– Projeto de Lei nº 1.656, de 1983

Quadro Comparativo:

– Projeto de Lei nº 1.656/83

– Anteprojeto de 1981

– Código Penal vigente

Notas explicativas

"LEI DE EXECUÇÃO PENAL"

- Projeto de Lei nº 1.657, de 1983

Quadro Comparativo:

- Projeto de Lei nº 1.657/83
- Anteprojeto Benjamin Moraes
- Legislação vigente
- Exposição de Motivos do Projeto nº 1.657/83
- ONU - Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos (Resolução de 30-8-55)
- Notas

"CÓDIGO DE PROCESSO PENAL"

- Projeto de Lei nº 1.655, de 1983 (2 volumes)

Volume 1

Quadro Comparativo:

- Projeto de Lei nº 1.655, de 1983
- Projeto de Lei da Câmara nº 5, de 1978
- Projeto de Lei nº 633, de 1975

Volume 2

- Notas: Emendas aprovadas pela Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 633/75
- Emendas apresentadas pelo Senado Federal ao PLC nº 5/78
Exposição de Motivos do Projeto de Lei nº 1.655/83

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 81 (janeiro/março de 1984) a 84 (outubro/dezembro de 1984).

Preço: Cr\$ 8.000,00

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 Eleitoral
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

NORMAS EDITORIAIS

— A Revista divulga trabalhos elaborados pela Subsecretaria de Edições Técnicas e artigos de colaboração.

— Os trabalhos publicados na Revista devem limitar-se à área do Direito e ciências afins — em especial, aos assuntos em debate no Congresso Nacional — e a temas históricos que se relacionem com o Poder Legislativo.

— Somente serão publicadas colaborações inéditas.

— Os originais recebidos não serão devolvidos.

— O recebimento do artigo não implica na obrigatoriedade de sua publicação.

— A Direção pode reapresentar os originais ao autor para que os adapte às normas editoriais ou esclareça dúvidas porventura existentes.

— Os artigos deverão conter, após o título, nome completo do autor, local de trabalho e cargo exercido e um sumário da matéria. Os originais deverão ser datilografados em papel branco, formato ofício, espaço duplo, de um só lado da folha, com margens de 2,5cm a 3cm, observando-se a ortografia oficial. As páginas serão numeradas consecutivamente no canto superior direito.

— Somente fotografias nítidas contrastadas, em papel adequado, poderão ser aceitas. Os desenhos, gráficos, ilustrações, tabelas etc. (estritamente indispensáveis à clareza do texto) com respectivas legendas serão apresentados à parte, em papel branco ou vegetal, sem dobras, indicando-se no texto o lugar onde deverão ser incluídos.

— As referências bibliográficas devem ser numeradas e constituir lista única, observando-se as seguintes normas:

Publicação avulsa (livro, folheto, tese etc.) — sobrenome do autor, prenome(s), título, local, editor, data, número de páginas ou indicação de página(s) determinada(s). Em caso de dois autores, mencionar ambos; mais de três, indicar o primeiro seguido de *et alii*.

Artigo de periódico — autor(es), título do artigo, título do periódico, indicação de volume, número, páginas inicial e final, data.

— Os originais deverão ser encaminhados à redação com carta anexa, autorizando a sua publicação.

— As provas tipográficas não serão enviadas ao autor.

— O autor receberá 50 (cinquenta) separatas de seu trabalho.