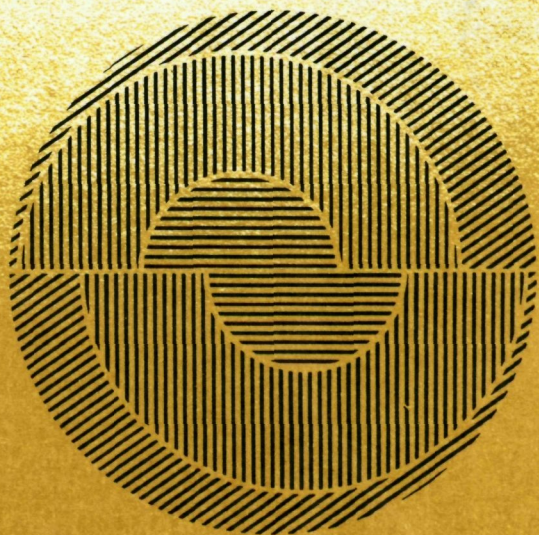


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

OUTUBRO A DEZEMBRO 1984
ANO 21 • NÚMERO 84

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

a. 21 n. 84 — outubro/dezembro 1984

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. 21 | n. 84 | out./dez. 1984 |
|-----------------|----------|-------|-------|----------------|

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

Preço deste exemplar: Cr\$ 5.000

Encomendas à Subsecretaria de Edições Técnicas

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

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

v. trimestral

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

Diretores: 1964- Leyla Castello Branco Rangel

ISSN 0034-835X

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



CDD 340.05
CDU 34(05)

SUMARIO

| | <i>Pág.</i> |
|--|-------------|
| COLABORAÇÃO | |
| Introdução ao humanismo jurídico — <i>Sebastião Machado Filho</i> | 5 |
| Fundamentos humanísticos da democracia — <i>Paulo de Figueiredo</i> | 27 |
| O poder e seu controle — <i>Manoel Gonçalves Ferreira Filho</i> | 69 |
| Clima republicano e Estado de Direito — <i>Geraldo Ataliba</i> | 95 |
| A nova divisão de funções governamentais (a propósito do substitutivo Bornhausen) — <i>Torquato Jardim</i> | 113 |
| Pressupostos do mandado de segurança — <i>Josaphat Marinho</i> | 123 |
| Concepção ampla do <i>habeas corpus</i> antecipa o mandado de segurança — <i>Rubem Nogueira</i> | 133 |
| Prazo de mandado de segurança — prescrição ou decadência? — <i>Gelson Amaro de Souza</i> | 147 |
| Honorários advocatícios em mandado de segurança — <i>Justino Adriano F. da Silva</i> | 153 |
| A infidelidade partidária e o colégio eleitoral — <i>Paulo Emilio Ribetto de Vilhena</i> | 161 |
| O Ministério Público na organização constitucional brasileira — <i>Inocência Mártires Coelho</i> | 167 |
| Ministério Público — sua gênese e sua história — <i>José Dilermando Meireles</i> | 197 |
| Os sistemas legais e sua influência no direito educacional — <i>Edvaldo M. Boaventura</i> | 215 |
| Direito à informação ambiental — <i>Paulo Affonso Leme Machado</i> | 221 |
| O Tratado Brasileiro-Uruguai de 1909 e a revisão, por razão de justiça, do Tratado de Limites de 1851 — <i>Héctor Gros Espiell</i> | 233 |
| Refugiados — <i>Paulo Borba Casella</i> | 251 |
| O Conselho Federal de Comércio Exterior — <i>Mircea Buescu</i> | 261 |
| A incidência da norma jurídica e o fato jurídico — <i>Marcelo da Costa Pinto Neves</i> | 267 |
| A propósito do cinquentenário da “Lei de Luvas” — <i>Luis Antonio de Andrade</i> | 285 |
| Una reforma importante de la ley procesal civil española — <i>Antonio M^a Lorca Navarrete</i> | 299 |
| Alternativas para o sistema judiciário criminal — <i>William Clifford</i> | 305 |

| | <i>Pág.</i> |
|--|-------------|
| <i>Sexo e família dos presos — Armida Bergamini Miotto</i> | 315 |
| La educación especial ante la delincuencia juvenil. Prevención y repersonalización desde el encuentro materno — Antonio Beristain | 341 |
| O novo Código Penal — principais inovações — Licínio Leal Barbosa | 359 |
| INFORMÁTICA JURÍDICA | |
| A informática jurídica — a máquina e o homem — Daisy de Asper y Valdés .. | 379 |
| PUBLICAÇÕES | |
| Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas | 401 |

Introdução ao humanismo jurídico

SEBASTIÃO MACHADO FILHO

Professor de Direito da UnB

“O mais útil e o menos avançado de todos os conhecimentos humanos parece-me ser o do homem e ousou afirmar que a simples inscrição do templo de Delfos continha um preceito mais importante e difícil que todos os grossos livros dos moralistas.”

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Prefácio ao discurso sobre a origem e os fundamentos de desigualdade entre os homens.*

“Homem é o nome de muitas coisas; humanidade é o nome de um atributo dessas coisas.”

STUART MILL, John. *Sistema de Lógica Dedutiva e Indutiva*, cap. II, nº 4.

“Mas os homens, dada a sua natureza corrupta, estão tiranizados pelo amor próprio que os leva a fazer da utilidade própria o seu principal guia, e, assim, querendo tudo o que é útil só para eles e nada para os demais, não conseguem dominar as suas paixões para as dirigir no sentido da justiça. (...) Em todas estas circunstâncias, o homem ama principalmente a sua utilidade própria.”

VICO, Giambattista. *A Ciência Nova.*

O humanismo é o tema do homem (1).

E bastaria citar a obra de ETCHEVERRY *Le Conflict Actuel des Humanismes* (2) para se ter uma idéia da situação em que se encontra o tema do "humanismo jurídico", mais um "ismo" para a coleção de EBENSTEIM (3):

- (1) MARIAS, Julian. *O Tema do Homem*. Trad. de Diva R. T. Piza. S. Paulo, Duas Cidades, 1975, pp. 11-20.
- (2) ETCHEVERRY, Augusto. *O Conflito Atual dos Humanismos*. Trad. port. de M. Pinto dos Santos. Porto, Liv. T. Martins, 1975. Ver, ainda, AGOSTI, Hector P. *Condições Atuais do Humanismo*. Trad. de Venêde Nobre. Rio, Paz e Terra, 1970; e MAEZTU, Ramiro de. *La Crisis del Humanismo*. 1919.
- (3) EBENSTEIM V. *Today's Isms — Communism, Fascism, Capitalism, Socialism*. 7ª ed., 1973; ed. esp. *Los Ismos Politicos Contemporaneos*. Barcelona, Ariel, 1960. A propósito do humanismo socialista, ver MARX, K. *Manuscritos: Economía y Filosofía*. Trad. esp. F. Rubio Llorente. 8ª ed., Madrid, Alianza, 1980; *Cuadernos de Paris*. Trad. esp. de Bolívar Echeverría. México, Era, 1974, contendo um estudo prévio de ADOLFO SANCHEZ VÁSQUEZ — "Economía y Humanismo"; o famoso Prefácio da Contribuição à Crítica da Economia Política, in *Obras Escogidas*, de K. MARX e F. ENGELS. Moscou, Progreso, 1980, t. 1, p. 516, e *Contribuição à Crítica da Economia Política*, S. Paulo, M. Fontes, 1977; também, "En torno a la crítica de la filosofía del derecho de Hegel, in *La Sagrada Familia*. México, Grijalbo, 1958, pp. 3 e segs.; e, com ENGELS, *La Ideología Alemana*. Montevideo, Pueblos Unidos, 1958; e textos de MARX, ENGELS e LENIN, *Sobre o Humanismo na Sociedade Comunista*, Lisboa, Seara Nova, 1977; LAPINE, Nicolai. *O Jovem Marx*. Lisboa, Caminho, 1983; BERMUDO, José Manuel. *El Concepto de Praxis en el Joven Marx*. Barcelona, Península, 1975; ROSSI, Mario. *La Génesis del Materialismo Histórico; El Joven Marx*. Madrid, Alberto Corazón, 1971; MCLELLAN, David. *De Hegel a Marx*. Barcelona, Redondo, 1973; RUBEL M. *Bibliografie des Œuvres de Karl Marx*. Paris, Librairie Marcel Rivière, 1956; SCHAFF, Adam. *O Marxismo e o Indivíduo*. Rio, Civ. Bras., 1967; PONCE, Anibal. *Humanismo y Revolución*. 3ª ed., México, Siglo XXI, 1976; TUCKER, D. F. B. *Marxismo e Individualismo*. Rio, Zahar, 1983; MÉSZÁROS, István. *Marx: a Teoria da Alienação*. Rio, Zahar, 1981; CAUDWELL, Christopher. *O Conceito de Liberdade*. Rio, Zahar, 1968; NICOLAUS, Martin. *El Marx Desconocido*. Barcelona, Anagrama, 1972; GARAUDY, Roger. *Perspectivas do Homem*. 2ª ed., Rio, Civ. Bras., 1966; PETRACHIK, A. "Les problèmes de l'humanité dans les premières œuvres de Marx, *La Pensée*. N.º 95, 1961, pp. 27-41; FROMM, Erich e outros. *Humanismo Socialista*. Trad. de Artur Morão. Lisboa, Edições 70, 1976; KOFLER, Leo. *Perspectivas do Humanismo Revolucionário*. Lisboa, 70. G. Della VOLPE. *Per la Teoria di un Umanesimo Positivo — Studi e Documenti sulla Dialética Materialista*. 1949; BARTH, K., JASPER, K., LEFEBVRE, H. et alii. *Hacia un Nuevo Humanismo*; GARAUDY, Roger. *Humanismo Marxista*. Trad. arg. de Floreal Mazia. B. Aires, Horizonte, 1959; DE LOS RIOS, F. *El Sentido Humanista del Socialismo*. Madrid, 1925; FUEYO, Jesus. *Humanismo Europeo y Humanismo Marxista*; FLORIDI, Ulisses A. *Humanismo Soviético: Mito ou Realidade?* Rio, Agir, 1968; KROHLING, Aloisio. "Humanismo marxista, in *Introdução ao Pensamento Filosófico* (obra coletiva). 2ª ed., S. Paulo, Loyola, 1983, pp. 124-128. Sobre o "anti-humanismo" marxista de ALTHUSSER, Louis, ver *Polêmica sobre o Marxismo y Humanismo*, trad. esp. de Marta Harnecker, Siglo Veintiuno, 8ª ed., México, 1978; e ALTHUSSER, Louis. *Em Favor de Marx (Pour Marx)*. 2ª ed., Rio, Ed. Zahar, 1980 (último capítulo); e ALTHUSSER, Louis. "Resposta a John Lewis", in: *Posições 1*. Rio, Graal, 1978; VÁSQUEZ, A. Sánchez. *Ciência e Revolução — o Marxismo de Althusser*. Rio, Civ. Bras., 1980; LOWY, Michael. El humanismo historicista de Marx o releer "El Capital". In: *Dialética e Revolución*. 2ª ed., México, Siglo XXI, 1978, pp. 50-74; THOMPSON, E. P. *A Miséria da Teoria — Crítica ao Pensamento de Althusser*. Rio, Zahar, 1981; GIANNOTTI, Jose Althur. *Contra Althusser*. In: *Ejercicios de Filosofía*. 8ª ed. Petrópolis, Vozes, 1980, pp. 85 e segs.; VILAR, Pierre. *História Marxista, História en Construcción — Ensayo de Diálogo*

Assim delimita HEIDEGGER (4): “na palavra “humanismo” o *humanus* indica a *humanitas*, a essência do homem. O *ismo* indica que a essência do homem é para ser concebida essencialmente. Esse é o sentido da palavra “humanismo”, como palavra”.

Portanto, essencialmente, o que há no homem que o faz humano ou o que nele deve haver para que o seja? Eis a questão.

Fixa MARIAS (5) que, “de um modo formal, o homem não será problema autêntico para a Grécia até o século V, na época dos sofistas, e os primeiros textos realmente explícitos e importantes serão os platônicos”.

Convém, então, informar que quanto ao pensamento grego esclarece JAEGER (6): “A sua descoberta do homem não é a do *eu* subjetivo, mas a consciência gradual das leis gerais que determinam a essência humana. O princípio espiritual dos gregos não é o individualismo, mas o “humanismo”, para usar a palavra no seu sentido clássico e originário. Humanismo vem de *humanitas* (...) Significou a educação do homem de acordo com a verdadeira forma humana, com o seu autêntico ser (Aulio Gêlio). Tal é a genuína *paideia grega*, considerada modelo por um homem de Estado romano. Não brota do individual, mas da idéia. Acima do homem como idéia. (...) Ora, o homem, considerado na sua idéia, significa a imagem do homem genérico na sua validade universal e normativa.”

Ao ver de HEIDEGGER (7), no entanto, “é ao tempo da república romana que, pela primeira vez e expressamente com seu nome próprio,

Continuação da Nota 3

con Althusser. 2ª ed., Barcelona, Anagrama, 1975; ANDREANI, Tony. *Marxismo y Antropología*. Barcelona, Anagrama, 1974; RANGIERE, Jacques. *La Sección de Althusser*. B. Aires, Galerna, 1975; LEFEBVRE, Henri. Sobre uma interpretação do marxismo: Louis Althusser. In: (ob. col.), de *Debate Sobre o Estruturalismo*. S. Paulo, Documentos, 1968, pp. 78-108; HARRINGTON, Michael. *O Crepúsculo do Capitalismo*. Trad. de Moacir Werneck de Castro. S. Paulo, Civ. Bras., 1977, pp. 157 e segs. Também, a polémica GODELIER-SÈVE: de Maurice GODELIER. Sistema, Estrutura e Contradição em *O Capital*, publ. *Les Temps Modernes*. Paris, nov., 1966; de LUCIEN SÈVE. Método Estrutural e Método Dialético. Publ. *La Pensée*. Paris, 1967; e a réplica de M. GODELIER, Lógica Dialética e Análise das Estruturas. Resposta a LUCIEN SÈVE, publ. *La Pensée*, nº 149, fev. 1970. Os dois artigos de GODELIER fazem parte de sua obra *Horizontes da Antropologia (Horizon, Trajets Marxistes en Anthropologie)*. Paris, Maspero, 1973). Trad. port. de Carlos de Almeida Cabral. Lisboa, 70, s.d., capítulos I (pp. 209-237) e II (pp. 239-67) da Terceira Parte. Ver ainda, de LUCIEN SÈVE, *Marxisme et Théorie de la Personnalité*; e o “humanismo concreto”, de BASBAUM, Léoncio. *Atenção e Humanismo*. 5ª ed., S. Paulo, Global, 1982, pp. 79 e segs.

- (4) HEIDEGGER, M. *Sobre o Humanismo*. Trad. de E. Carneiro Leão. Rio, Tempo Brasileiro, 1967, p. 72. Ver ainda ROBERT, F. *L'Humanisme: Essai de définition*. Paris, 1945.
- (5) MARIAS, J. Ob. cit., p. 11.
- (6) JAEGER, Werner. *Paideia — a Formação do Homem Grego*. Trad. de Arthur M. Parreira. S. Paulo, M. Fontes, 1979, p. 13.
- (7) HEIDEGGER, M. Ob. cit., p. 35.

se pensa e aspira à *humanitas*. O *homo humanus* se opõe ao *homo barbarus*. O *homo humanus* é aqui o romano, que exalta e enobrece a *virtus romana*, pela "incorporação" da *paideia* tomada dos gregos. Os gregos são os gregos do helenismo, cuja formação se fizera nas escolas filosóficas. Ela se refere à *eruditio et institutio in bonas artes*. A *paideia* assim entendida se traduz por *humanitas*. A *romanitas* propriamente dita do *homo romanus* consiste nesta *humanitas*. É em Roma que encontramos o primeiro humanismo. Em sua essência, portanto, o humanismo permanece um fenômeno especificamente romano, que nasce do encontro da romanidade com a cultura do helenismo". No mesmo sentido de HEIDEGGER, é a interpretação de HANNAH ARENDT (8), quando ensina: "A questão admite que o homem é o mais alto ser que conhecemos, pressuposto herdado dos romanos, cuja *humanitas* era tão alheia à mentalidade dos gregos, que estes nem sequer possuíam uma palavra que a designasse (o motivo da ausência da palavra *humanitas* na língua e no pensamento grego estava em que os gregos, ao contrário dos romanos, nunca pensavam que o homem fosse o mais alto ser existente. Aristóteles chama a esta crença *atopos*, "absurdo")."

Mas, parece não haver dúvida de que a temática do humanismo já se encontrava, pelo menos de modo embrionário, nos pré-socráticos (9) Tales, Anaximandro, Anaxímenes, Aleméon, Xenofontes, Heráclito, Parmênides, Zenão, Milisso, Empédocles, Filolau, Arquitas, Anaxágora, Arquelaus, Leucipo, Demócrito, Diógenes; Pitágoras e demais pensadores da Magna Grécia, com um esforço enciclopédico de tendências humanitárias e cujos objetivos eram de natureza moral, política ou social, como nota SIRINELLI (10); sendo, por exemplo, célebre a afirmativa de Protágoras, em sua obra "sobre a verdade", de que "o homem é a medida de todas as coisas, das que são enquanto são e das que não são enquanto não são" (11); apesar de Sócrates ser considerado

-
- (8) ARENDT, Hannah. A conquista do espaço e a estrutura humana. In: *Entre o Passado e Futuro*. Trad. MAURO W. B. DE ALMEIDA. S. Paulo, Perspectiva, 1972, cap. 8, p. 327.
- (9) KIRK, G. S., E. RAVEN, J. E. *Os Filósofos Pré-Socráticos*. Lisboa, Fund. Calouste Gulbenkian, 1979; *Os Pré-Socráticos*, seleção de textos de JOSÉ CAVALCANTE DE SOUZA (col.); *Os Pensadores*, S. Paulo, Abril-Cultural, 1978; *Os Filósofos Pré-Socráticos*, Organ. de GERD. A. BORNHEIM, S. Paulo, Cultrix, 1977; MONDOLFO, Rodolfo. *O Pensamento Antigo*. Trad. de LYCURGO G. DA MOTA. 3ª ed., S. Paulo, Mestre Jou, 1971, 2 v. "Podemos, pois, considerá-los um estágio da maior importância no desenvolvimento do humanismo, embora este só tenha encontrado a sua verdadeira e mais alta forma após a luta contra os sofistas e sua superação por Platão" (WERNER JAEGER, *Paideia*, p. 322).
- (10) SIRINELLI, Jean. In: *História das Idéias Políticas*, ob. col., 7 v., sob a direção de TOUCHARD, Jean. V. 1, Lisboa, Ed. Publ. Europa-América, 1970, cap. I, p. 35. "A poesia e a música eram para Protágoras as principais forças modeladoras da alma, ao lado da gramática, da retórica e da dialética" (WERNER JAEGER, *Paideia*, pp. 317-318).
- (11) ARISTÓTELES. *Metafísica*. Liv. XI, cap. 6. In: *Obras*. Trad. de P. SAMARANCH. Madrid, Aguilar, 1973, p. 1.038. Aristóteles critica o aforismo de Protágoras. Observa HANNAH ARENDT que a verdadeira consequência da interpretação da doutrina das idéias (de Platão, na *República*, cap. VI, quando introduz a idéia do bem

por muitos como o principal precursor do humanismo, que se desenvolve com Platão e Aristóteles, sob a influência dos estóicos (a vida segundo a razão) e dos epicureus (a vida segundo o prazer), encontrando continuação nos romanos, notadamente em Cícero, em seu jusnaturalismo misto de racional e teológico. Registra FRAILE (12) que "a palavra "humanitas" aparece ya en Aulio Gelio (*Noches áticas*, XIII, 16) y Cicerón (*Defesa del poeta Arquias*)".

A rigor, o humanismo impõe uma *secularização*, no sentido não propriamente de *conversão* da crença religiosa em doutrina filosófica, mas mais que isso, como processo histórico no qual, na expressão de LEPARGNEUR (13), "diversos elementos da cultura (economia, política, filosofia, literatura, artes, direito...) se libertam do controle das igrejas e dos dogmas; e o próprio homem se liberta, não só da tutela das igrejas, de seus ritos e dogmas, mas mais radicalmente, embora através do primeiro processo de Deus contestado na sua transcendência, na sua natureza, na sua existência"; ou, ainda, mais amplamente, como definiu BOLAN (14), como sendo "a mudança do quadro de referência geral religioso por um quadro de referência geral intramundano da sociedade", cujas características globais são, em síntese: *objetivação da natureza* ("desafeição do sagrado e perda do sentido do extraordinário, da escatologia final e do apocalíptico", ou seja, "a passagem do mítico para o racional"); *o aumento da racionalidade na organização do pensamento humano* ("o novo "ethos", funcionalista e pragmático") e a *privatização e crescente perda de legitimação do sistema religioso tradicional*

Continuação da Nota 11

como idéia suprema) "seria que nem o homem, nem um deus são a medida de todas as coisas, mas sim o próprio bem", esclarecendo, porém, ser esta "uma consequência aparentemente extraída por Aristóteles e não por Platão, em um de seus primeiros diálogos" (refere-se a *O Político*), anotando que "a noção deve ter consistido em que somente através do conceito do bem as coisas se tornam efetivamente comparáveis e, por conseguinte, mensuráveis" (*Entre o Passado e o Futuro*, cit., p. 154 e nota (21)). Todavia, contrariando HANNAH ARENDT no que respeita a Platão, PETERS, F. E. observa que "nas Leis 716c a teoria do *homo mensura* de Protágoras é finalmente corrigida: Deus é a medida de todas as coisas (*theos nomos*). (*Termos Filosóficos Gregos*). Lisboa, Fundação C. Gulbenkian, 1977. Trad. de BEATRIZ R. BARBOSA, p. 159 (*nomos*): O que também é anotado por JAEGER (ob. cit., p. 326).

- (12) FRAILE, Guilherme. *Historia de la Filosofía (Del Humanismo a la ilustración)*. Madrid, Católica, 1966, v. 3º, p. 22.
- (13) LEPARGNEUR, Hubert. *A Secularização*. S. Paulo, Duas Cidades, 1971, pp. 12-13.
- (14) BOLAN, Valmor. *Sociologia da Secularização*. Petrópolis, Vozes, 1972, p. 29; ver ainda KLOPPENBURG, Boaventura. Secularização. *Rev. Eclesiástica Brasileira (REB)*, v. 29, fasc. 2, junho, 1969, pp. 268-307. IRENÉE-Henri-Dalmals. Sacralização e secularização nas Igrejas orientais, *Concilium*, nº 7, 1969, pp. 109-117; COX, Harvey. *A Cidade do Homem*. Rio, Paz e Terra, 1968; LAEYENDECHER, Leonardus. Perspectiva sociológica da secularização, *Rev. Concilium*, nº 7, 1969, pp. 10-19; JERKOVIC, Jeronimo. Cristianismo e secularização, *Vozes (Rev.)*, 1969, dez., pp. 1.059-1.083; DUSSEL, Enrique. Da secularização ao secularismo da ciência — do Renascimento ao Iluminismo. *Revista Concilium*, Ed. Vozes, nº 7, 1969; ver pé de pág. das pp. 106, 116 e 122; ver bibliografia, pp. 173-174; SCHOYANS, Michel. *O Desafio da Secularização*, S. Paulo, Herder, 1958.

(desinstitucionalização do sistema religioso, ou seja, “a privatização da religião a livra das implicações com o poder político. O religioso não legitima a atividade político-secular”, “não funciona mais como sistema de legitimação da sociedade global”, “saindo da ordem social para integrar-se à vida privada e cada indivíduo ou grupo poderá continuar carregando suas “ideologiazinhas” privadas mesmo seus absolutos que não pretende impor aos outros”) (15).

Em seu sentido real, o humanismo se presta a uma dupla interpretação, segundo FRAILE (16): “a) sentido filológico e literário (movimento de retorno à cultura antiga e cultivo das “humanidades” e a literatura greco-latina), e b) sentido naturalista (contraposto ao conceito sobrenatural cristão e medieval, ampliado para designar simplesmente o modo peculiar de comportar-se o homem enquanto tal).”

Quanto ao uso da expressão “humanismo”, parece que o primeiro a empregá-la foi F. J. NIETHAMMER, em 1808, referindo-se ao “humanismus”, mas para destacar a importância do estudo das línguas e dos autores clássicos — latim e grego —, consoante informe de FERRATER MORA (17), não obstante, segundo CHARNOT (18), “Pierre de Nolchac reivindique o privilégio da sua introdução na língua da universidade, em 1806, no seu curso sobre “L’histoire de l’humanisme italien”. Certo que as palavras “humanístico” e “humanista” foram usadas bem antes, notadamente na Itália, para designar os mestres das “Humanidades” — *studia humanitatis*; exclusão dos juristas, dos canonistas e dos artistas (19).

(15) *Ibidem*, pp. 30-35. Explica BOLAN: “É a passagem de uma sociedade sacral para uma secular. Numa sociedade sacral “a religião é o principal veículo da sociedade humana” (Jacob Burckhardt). O mundo é entendido a partir do religioso. A visão religiosa dá sentido a todo sistema social. É uma leitura do mundo a partir do religioso. Inclusive o homem é entendido dentro de um horizonte religioso. É antropologia do homem teomorfo. Parte-se do *Heilerfahrung* (experiência religiosa). O religioso está na base da sociedade. A sociedade secular, entretanto, entende toda a realidade social a partir de um ângulo secular. É a leitura do mundo a partir das realidades intramundanas. É a *Welterfahrung* (experiência do mundo). Nesta sociedade os Papas não coroam mais os reis e não têm mais a força de legitimação do poder político. Note-se, porém, que a secularização não se refere apenas à religião. Embora o fenômeno tenha-se processado a partir de uma religião secularizante (Judaísmo-Cristianismo), não se refere apenas às instituições eclesásticas, mas ao conjunto da realidade social, trata-se de uma *Weltanschauung* secular, que constitui uma ameaça à legitimação tradicional das instituições” (*ibidem*, p. 29).

(16) *Ibidem*, pp. 22 e segs.

(17) FERRATER MORA, J. *Dicionário de Filosofia*. B. Aires, Sudamericana, 1975.

(18) CHARNOT, F. *L’Humanisme et l’Humain*. Paris, Spes, p. 11. Apud ETCHEVERRY. A. Ob. cit., in “Notas”, p. 333.

(19) Sobre as origens da palavra “humanismo”, vide TOFFANIN, G. *Historia del Humanismo desde el Siglo XIII hasta Nuestros Días*. B. Aires, 1953.

Mas, convém advertir, como bem o faz CROCE (20), que “O fato de que os nomes de alguns dos mais célebres humanistas sejam de meros literatos, fechados ou pouco abertos à política ou à filosofia, não basta para se restringir o humanismo, como se tem manifestado na história, à história literária e artística, somente.”

Podemos dizer, portanto, um humanismo que, em princípio, implica um abandono da crença religiosa; uma separação do divino, uma substituição da teologia por uma “antropologia filosófica” ou “filosofia antropológica”. Quer dizer: o humanismo radical é antropocêntrico e não teocêntrico. O homem substitui a Deus como centro do universo humano. Na expressão de BOBBIO (21) é o “. . . humanismo concebido como triunfo del reino terrenal de la criatura sobre el reino celestial del creador”. “O humanismo foi, então, um movimento dirigido para a vida terrena e mundana contra a idéia transcendente e ascética, e seu abraço à cultura grega e romana tinha este intrínseco e fértil significado” (22).

Contra a possibilidade de um “humanismo cristão ou teocêntrico”, por representar uma contradição em seus termos, eis que o homem do humanismo é centro de si mesmo, não havendo lugar interno para Deus, se posicionam, p. ex., PANIKER e RUIZ GONZALES (23).

Consoante o humanismo radical, o homem considerado como corpo (soma) é física; como capacidade de conhecer (função cognoscitiva) é lógica; e como vida moral, é ética. Dito de outra maneira: o homem é, respectivamente, *fato*, *norma* e *valor*. Eis o homem tridimensional.

Consoante o “humanismo cristão” ou teocêntrico há falar mais, e ainda que contraditoriamente para muitos, de uma quarta possível dimensão humana, sempre combatida, mas sempre presente: a *metafísica*, ou seja, a que considera, em síntese, o homem como *alma* (spiritus, animus), numa concepção bíblica, isto é, “à imagem e semelhança de Deus” (Gên., 1.26, 27), numa interpretação cristã e, pois, religiosa e, não, filosófica.

Daí o desenvolvimento de um tipo especial de humanismo essencialmente diverso e até mesmo oposto ao antropocêntrico humanismo tridimensional: o “humanismo cristão” teocêntrico, que tem como precursores remotos SÓCRATES-PLATÃO da máxima de Delfos: “Conhece-te a

(20) CROCE, Benedetto. *A História — Pensamento e Ação*. Trad. de Darcy Damasceno Rêo, Zahar, 1962, p. 260.

(21) BOBBIO, Norberto. *El Existencialismo*. 5ª ed., México, F.C.E., 1966, p. 66.

(22) CROCE, B., ob. cit., p. 261.

(23) PANIKER, R. *El Cristianismo no es un Humanismo*. 1951; e, com o mesmo título, a obra de RUIZ GONZALES, L. M. Lisboa, Herder, 1967.

ti mesmo" (24) e ARISTÓTELES (25), se cristaliza com o humanismo libertador e salvífico de Jesus, sendo difundido por S. Paulo (26), impulsionado por Santo Agostinho, na patrística latina (27) com a sua volta à interioridade, ao "homem interior", através da contemplação, reflexão ou introspecção como via para o encontro de Deus. O homem que, crendo em Deus, é executor de seu projeto humano e tem fé na justiça divina. É o humanismo idealista que se expande com Tomás de Aquino (28), na alta Escolástica da época medieval, e cujo apogeu nos parece ter ocorrido, na Inglaterra, com HOBBS; na Alemanha, com o chamado "idealismo alemão" de KANT e HEGEL (29), tendo como precursores imediatos Lutero e Calvino; e, na França, com Descartes. Todo esse huma-

- (24) PLATÃO, Alcibiades, o de la naturaleza del hombre. In: *Obras Completas*. Trad. esp. de SAMARANCH e outros. Madrid, Aguilar, 1969; Em Fedro, o de la Belleza — Timeo, o de la Naturaleza — e, principalmente, Fedon, o del Alma — Platão nos fala da divindade do espírito, da natureza divina e imortal da alma.
- (25) ARISTÓTELES. Tratados de ética, principalmente a Ética nicomaquea; ver *Obras*, cit.; e, ainda, a Retórica: a alma genérica como idéia, forma, finalidade, totalidade de sentido do corpo; Del alma (várias espécies de almas: de nutrição e da sensibilidade e alma racional (três almas: vegetativa, sensitiva e intelectual), mas de origem divina); e Metafísica.
- (26) *Epístolas*, principalmente Romanos e 1ª a Timóteo.
- (27) A história da filosofia cristã compreende a filosofia patrística e a filosofia escolástica. A primeira divide-se em *helênico-patrística* [(Justino) *escola de Alexandria* (Clemente), os três capadóciolos, Gregório de Nazianzo, Basílio Magno e Gregório de Nissa, mais Nemésio de Emesa, Dionísio, João Damasceno] e *Patrística Latina* (Tertuliano, Stº Agostinho e Boécio). A segunda, a Escolástica, em *Primeira Escolástica* (João Scoto Erigena, Anselmo de Besate, Pedro Damiano, Stº Anselmo, S. Bernardo de Claraval, Pedro Abelardo — Gilberto de la Porrée, Teodorico de Chartres, João Salisbury, Hugo de S. Vítor); *Alta Escolástica* (Roberto Grosseteste, Rogério Bacon, Alberto Magno, Alexandre de Hales, São Boaventura, Tomás de Aquino, João Duns Scoto e Eckhart), e *Escolástica Posterior* (Guilherme de Ockham e Nicolau de Cusa) — consoante a exposição de BOEHNER, Phislotheus e GILSON, Etienne, in *História da Filosofia Cristã* — desde as origens até Nicolau de Cusa. Trad. de RAIMUNDO VIER O. F. M. Petrópolis, Vozes, 1970. Ver ainda ROCHA, Geraldo Lyrio. Humanismo Cristão. In: *Introdução ao Pensamento Filosófico*. Obra coletiva. S. Paulo, Loyola, 2ª ed., 1983, pp. 128-137.
- (28) TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*. Trad. de A. CORREIA. Questões LVII (Direito), LVIII (Justiça), XCIV (Lei natural) e XCV (Lei humana). Assim, para a escolástica de Tomás de Aquino, a natureza humana a Deus pertence, sendo somente alcançável, de forma perfeita, na vida do além-túmulo.
- (29) HARTMANN, Nicolai. *A Filosofia do Idealismo Alemão*. Trad. de JOSÉ GONÇALVES BELO. Lisboa, Fund. Calouste Gulbenkian, 1976, in "Prefácio", quando afirma que "o idealismo é uma forma especial da própria penetração do pensamento, e esta forma é a predominante no período de Kant e Hegel". E, neste caminho, surgem as figuras de Fichte, Schelling, Reinhold, Schulze, Hölderlin, Novalis e Scheleiermacher, sendo Hegel o ponto máximo do idealismo. LICHTENBERG, Henri: *L'Allemagne Moderne. Son Évolution*. Paris, Flammarion. EMILE BREHIER. *Histoire de la Philosophie Allemande (Paris, Payot)*. VICTOR BASCH. *Les Doctrines Politiques des Philosophes Classiques de l'Allemagne, Leibnitz, Kant, Fichte, Hegel* (Paris, Felix Alcan). MINDER, Robert. *Allemandes et Allemands. Essai d'Histoire Culturelle*, t. 1 (Paris, Ed. du Seuil). (Importante bibliografia crítica às pp. 411-464). DILTHEY, Wilhelm. *Das Erlebnis und die Dichtung, Lessing, Goethe, Novalis, Hölderlin* (Estugarda, B. G. Teubner, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht).

nismo idealista dominou desde a Idade Média, tornando-se a filosofia do humanismo da época do poder monárquico absoluto que, na França, culminou com Luís XIV, do "L'État c'est moi". Daí por que a expressão jurídica do humanismo, isto é, o "humanismo jurídico" ⁽³⁰⁾ começa por ser idealista absolutista com base na descoberta de um direito natural teológico, cosmológico ou lógico (puro racionalismo este), sendo o primeiro um humanismo teocêntrico a justificar a perpetuação do poder absoluto de um lado e de outro na construção da idéia do "homem em geral".

Como resume EICHER ⁽³¹⁾, "é necessário hoje em dia colocar em destaque o adjetivo "humano" diante do sujeito "Jesus Cristo" e respectivamente neste contexto exigir um cristianismo humano".

Assim, defendendo a unidade cristianismo-humanismo sob o fundamento de que "o verdadeiro, pleno e total humanismo é simplesmente idêntico ao cristianismo", RAHNER ⁽³²⁾ e KÜNG ⁽³³⁾, acrescentando este

- (30) V. TOBEÑAS, J. Castan. *Humanismo y Derecho*. Madrid, Reus, 1962; RECASENS SICHES, Luís. *Tratado General de Filosofia del Derecho*. México, Porrúa, 1965, pp. 497 e segs.
- (31) EICHER, Peter. As conseqüências da humanidade de Deus face ao problema do humanismo cristão. Trad. de MIGUEL G. MOURÃO DE CASTRO. *Rev. Concilium*. Vozes, nº 175, 1982/5, p. 18(490).
- (32) RAHNER, Karl. *Teologia e Antropologia*. Trad. de HUGO ASSMANN. S. Paulo, Paulinas, 1969, pp. 155 e 183.
- (33) KÜNG, Hans. *Ser Cristão*. Trad. de JOSÉ WISNIEWSKI FILHO. Rio, Imago, 1976, p. 20; ver ainda pp. 481 e segs., sobre o tema, a seguinte bibliografia especializada: TEILHARD DE CHARDIN, *O Fenômeno Humano*. Trad. de LEON BOURDON e JOSÉ TERRA. S. Paulo, Porto, Herder, 1966; *Mundo, Homem e Deus*. S. Paulo, Cultrix, 1978; GARRIGOU-LA GRANGE, Contran-Marie. *Le Commun, la Philosophie de l'Être et les Formules Dogmatiques*. Paris, Beauchesne, 1909; GUARDINI, Romano. *Welt und Person*. In: *Scritti Filosofici*. Trad. italiana de G. Sommarivilla. Milan, Fabril, 1964, v. 2; RAHNER, Karl. *Schriften zur Theologie*. Einsiedeln, Benzler, 1954-1968 (8 v.), obra da qual o Pe. HUGO ASSMANN trad. para o português partes que editou em livros, como, além do já citado *Teologia e Antropologia* (1969), *Teologia e Ciência e O Dogma Pensado*, ambos publicados pelas Edições Paulinas, S. Paulo, 1971 e 1970. Ver ainda de Rahner, *O Desafio de Ser Cristão*. Trad. do Frei Álvaro Machado da Silva. Petrópolis, Vozes, 1978; *Geist in Welt*. Innsbruck, Tyrolia, 1939; *Hörer des Wortes*. 2ª ed., Munique, Rosel, 1963; CHENU, Marie-Dominique. *Pour une Théologie du Travail*. Paris, Senil, 1955; *La parole de Dieu*. Paris, Du Cerf, 1964 — 2 v. CONGAR, Yves. *Les Chrétiens Désunis*. Paris, Du Cerf, 1937; *Vaste Monde, ma Paroisse. Vérité et Dimensions du Salut*. Paris, Témoignage Chrétien, 1959; *Un Peuple Messianique. L'Église Sacrement du Salut, Salut et Libération*. Paris, Du Cerf, 1975; LUBAC, Henri. *Le Drame de l'Humanisme Athée*. Paris, Ed. Aubier-Montaigne, 1944. BALTHASAR, Urs von. *Herrlichkeit* (Gloria). Einsiedeln, 1961; *Wahrheit*. Einsiedeln, Benziger, 1947; *Theologie des Geschichte*. Einsiedeln, 1950, trad. italiana: *Teologia della Storia*. Brescia, Morcelliana, 1964. SCHILLEBEECKX, Edward. *Jesus, het Verbaal van ein Levende*. (Jesus, a História de um Vivente) Bloemendaal, Nelissen, 1974; *Dieu et l'Homme*. (God in Mens) v. 2, de *Approches Théologiques*. Bruxelas, 1966; *Le Christ, Sacrement de la Rencontre de Dieu*. Paris, 1960; *God the Future of Man*. London, Sheed & Ward, 1969. — LONERGAN, Bernard. *Insight, A study of Human Understanding*. London, Longmanns, 1958. V.H. COX. *A Cidade do Homem*. Rio, Paz e Terra, 1968. — BOFF, L., *O Destino do Homem e do Mundo*, 2ª ed., Petró-

último que “cristianismo e humanismo não se excluem: os cristãos podem ser humanistas, e os humanistas podem ser cristãos”, para concluir que “o cristianismo só admite uma interpretação correta: como humanismo radical”. E a favor de “humanismo jurídico cristão”, LEGAZ Y LACAMBRA ⁽³⁴⁾, ao fundamento de que humanismo significa cultivo de todas as perfeições humanas, coincidindo o conceito de humanismo com a cultura, cabendo defender, dentro do cristianismo enquanto cristianismo, uma posição humanista, com base no jusnaturalismo de origem divina.

Continuação da Nota 33

polis, Vozes, 1973. CHAUCHARD, P. *O Homem em Theilhard de Chardin*. 2ª ed., S. Paulo, Herder, 1965. MONDIN, B. *O Homem, Quem é Ele?* S. Paulo, Ed. Paulinas, 1980. De autores protestantes: BARTH, Karl. *Rechtfertigung und Recht*. (Justificação e Direito). Zurique, Zollikon, 1938; *Humanismus*. Zurique, 1950. BRUNNER, Emil. *Gott und Mensch*. (Deus e o Homem). Tübingen, Mohr, 1930; *Das Wort Gottes und der Moderne Mensch* (A Palavra de Deus e o Homem Moderno). Berlim, Furche, 1937; *Der Mensch im Widerspruch* (O Homem em Conflito consigo Mesmo). Berlim, Furche, 1937; *Offenbarung und Vernunft* (Revelação e Razão). Zurique, Swingli, 1941; *Gerechtigkeit, Eine Lehre von der Grundgesetzen der Gesellschaftsordnung* (Justiça, Doutrina, sobre os Princípios Fundamentais da Ordem Social). Zurique, Zwingli, 1943. TILLICH, Paul. *The Shaking of the Foundations*. Nova Iorque, Scribner, 1948; *The Courage to Be*. New Haven, Yale University Press, 1952. Trad. brasileira: *A Coragem do Ser*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1967; *Love, Power and Justice*. Londres, Oxford University Press, 1954; *The New Being*. Nova Iorque, Scribner, 1955; *Christianity and the Encounter of World Religions*. Londres, Columbia University Press, 1963. NIEBUHR, Reinhold. *Moral Man Immoral Society*. Nova Iorque, Scribner, 1932; *The Nature and Destiny of Man*. Idem. 1941-1943; e *Faith and History*. Idem, 1949. BULTMANN, Rudolf, *The Presence of Eternity: History and Eschatology*. Nova Iorque, Harper, 1957; e *Jesus Christ and Mythology*. Nova Iorque, Scribner, 1958; *Glauben und Verstehen* (em quatro volumes). Tübingen Mohr, 1948; CULMANN, Oscar, *Jesus und die Revolutionärem Seiner Zeit*, 1970 (Trad. bras.: *Jesus e os Revolucionários de seu Tempo*, Petrópolis, Vozes, 1972). BONHOEFFER, Dietrich. *Nachfolge*. Munique, Kaiser, 1939; *Ethik*. Munique, Kaiser, 1949, MOLTMANN, Jürgen. *Theologie der Hoffnung*. 9ª ed., Munique, Kaiser Verlag, 1973-1974); *Umkehr zur Zukunft*. Munique, Siebenstern Taschenbuch, 1970; *Mensch*. Munique, Kaiser, 1971; *Der Gekreuzte Gott*. Munique, Kaiser, 1972. BULGAKOV, Serghiei. *Filosofia da Economia*. Moscou, 1912; contém o primeiro esboço da “sociologia”, *L'Orthodoxie* (idem, 1932) e *The Wisdom of God: Brief Summary of Sociology* (Scribner, Nova Iorque, 1937). FLOROVSKY, Giorghin. *Os Caminhos da Teologia*. Paris, Puti Russkovo Bogoslovija, YMCA Press, 1937. LOSKY, Vladimir. *Théologie Négative et Connaissance de Dieu chez Eckhart*. (Paris, Vrin, 1960); *Vision de Dieu* (Delachaux & Nistlé, Neuchâtel-Paris, 1962); *A l'Image et à la Ressemblance de Dieu*. (Paris, Aubier, 1967). Sobre as teologias da libertação, ver, para orientação, a obra de MONDIN, Battista. *I Teologi della Liberazione*. Roma, Edizione Borla, 1977. Trad. em port. de HUGO TOSCHI, *Os Teólogos da Libertação*, contendo os principais autores, com vasta bibliografia: GUTIERREZ, Gustavo. *Teologia da Libertação*. Trad. de JOSÉ SOARES. 2ª ed., Petrópolis, Vozes, 1976; e *A Força Histórica dos Pobres*. Trad. de ALVARO CUNHA. Petrópolis, Vozes, 1981. DUSSEL, Enriq D. *Para una Ética de la Liberación Latinoamericana*. México, Edicol, 1977; há tradução brasileira de LUIZ JOÃO GAIO, Ed. Loyola, S. Paulo, s/d.; e as obras dos irmãos BOFF, Leonardo e Clodovis, publicadas pela Ed. Vozes.

- (34) LEGAZ LACAMBRA, Luis. *Humanismo y Derecho*. In *Humanismo, Estado y Derecho*. Barcelona, Bosch, 1960, pp. 29 e segs. — Humanistas cristãos ou jusnaturalistas racionalistas idealistas, no campo do direito: MESNER, Johannes. *Ética Social*. Ed. Quadrante-USP, s/d; WOLF, Erick. *El Problema del Derecho Natural*. Barcelona, Ariel, 1961; CATHREIN Victor. *Filosofia del Derecho*. Madrid, Reus,

Assim, por exemplo, HERÓDOTO ⁽³⁵⁾ já registrava o desprezo dos cidadãos gregos pelo trabalho e pelas profissões, pelas artes mecânicas, próprias dos povos bárbaros, que, a rigor, não eram tidos como verdadeiros cidadãos, pois estes eram os nobres que se ocupavam apenas com a defesa e a administração da comunidade, sendo os escravos encarregados do trabalho, como também entre os romanos, cujos cidadãos, segundo Tito Lívio, por direito, viviam às custas do tesouro público, não podendo ser obrigados a prover a sua própria subsistência através de nenhuma das sórdidas artes (assim designavam as profissões) que, por direito, pertenciam aos escravos; razão pela qual, PLATÃO ⁽³⁶⁾ excluiu dos direitos políticos as pessoas que exercem ocupações braçais, como sapateiros e ferreiros, que as degradam, tornando-as “vis mercenários miseráveis sem nome”, inclusive os comerciantes “acostumados a mentir e enganar”.

No mesmo sentido, ARISTÓTELES ⁽³⁷⁾ destacava que “o próprio trabalho que se faz para outrem parece possuir algo de mercenário e servil”; e conta que “havia em Tebas uma lei que excluía das funções públicas quem quer que não tivesse cessado, dez anos antes, qualquer gênero de comércio”. ⁽³⁸⁾. Da mesma forma, CÍCERO ⁽³⁹⁾: “assim deve-se

Continuação da Nota 34

1958; WELZEL, Hans. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid, Aguilar, 1951; COING, Helmut. *Fundamentos de Filosofía del Derecho*. Barcelona, Ariel, 1961; ROMMEN, Heinrich A. *O Estado no Pensamento Católico*. S. Paulo, Paulinas, 1967; HENKEL, Heirnrich. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid, Taurus, 1968; DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofía del Derecho*. 6ª ed., Barcelona. Bosch, 1953; *Los Principios Generales del Derecho*. Barcelona, Bosch, 1948; *La Justicia*. B. Aires, Depalma, 1952; e *Direito, Estado e Filosofía*. Rio, Politécnica, 1952; MARITAIN, Jacques. *Humanismo Integral*. 5ª ed., S. Paulo, Nacional, 1965; *Elementos de Filosofía*. Rio, Agir; *Principios de uma Política Humanística*. Rio, Agir; *O Homem e o Estado*. Trad. Alceu Amoroso Lima. 4ª ed., Rio, Agir, 1966; LECCLERCQ, Jacques. *Las Grandes Líneas de la Filosofía Moral*. Trad. de José Pérez Riesco. 3ª ed., Madrid, Gredos, 1960. *Do Direito Natural à Sociologia*. S. Paulo, Duas Cidades, s/d; *A Revolução do Homem no Século XX*. Trad. de A. Martins de Carvalho. Coimbra, A. Amado, 1966; *O Drama do Século XX*. Trad. de B. de Santa Cruz e F. de Souza. 3ª ed., S. Paulo, Liv. Duas Cidades, 1966; RUIZ-GIMENEZ, Joaquim. *Introducción a la Filosofía Jurídica*. 2ª ed., Madrid, E.P.E.S.A., 1960. Para uma visita mais ampla, ver TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*. Madrid, Rev. de Occidente, 1961; CORTS GRAU, José, *Historia de la Filosofía del Derecho*. 2ª ed., Madrid, Nacional, 1968. V. ainda DALE NOGARE, Pedro. *Humanismos e Anti-Humanismos*. 5ª ed., Petrópolis, Vozes, 1979. Introdução, pp. 13-19; e sobre a evolução do humanismo cristão, e bibliografia, pp. 43-61.

(35) HERÓDOTO, *apud* LAFARGUE, Paul. *O Direito à Preguiça*. Trad. de Maria F.M. Simões. Lisboa, Estampa, 1977, p. 53; ed. bras. trad. de J. T. Coelho Neto, S. Paulo, Kairós, 2ª ed., 1980, “Apêndice”, pp. 46 e 47.

(36) PLATÃO. *A República*. Liv. V.

(37) ARISTÓTELES, *A Política*, Liv. V, cap. 2, § 2º

(38) *Ibidem*, Liv. III, cap. 3, § 4º

(39) CÍCERO. *Dos Deveres*, I, tit. II, cap. XIII.

encarar como algo baixo e vil a profissão de todos os que vendem seu labor e sua indústria, pois quem entrega seu trabalho por dinheiro vende a si mesmo e se coloca ao nível dos escravos”.

Comenta LAFARGUE (40) que: “A guerra era o estado normal das sociedades antigas; o homem livre devia dedicar o seu tempo a discutir os assuntos de Estado e a velar pela sua defesa, os misteres eram então demasiado primitivos e demasiado grosseiros para que, ao praticá-los, se pudesse exercer a profissão de soldado e de cidadão; para possuírem guerreiros e cidadãos, os filósofos e os legisladores deviam tolerar os escravos nas repúblicas heróicas.”

Aliás, a filosofia do humanismo utilitarista correspondia pelo menos ao espírito da *polis* e ao modo de vida do cidadão grego, entendida a *polis* “como o conjunto da vida comunal do povo, política, cultural, moral, econômica, religiosa e social”, ou seja, em seu sentido de “uma comunidade viva baseada no parentesco real ou suposto — uma espécie de grande família, que transformava em vida de família o maior número possível de aspectos da vida”, e “único ambiente, dentro do qual o homem pode concretizar as suas capacidades morais, espirituais e intelectuais”, “e que, é claro, tinha as suas disputas familiares, as quais eram tanto mais ásperas quanto eram de família” (41).

E a família grega da *polis*, ou originariamente “cidadela” (42), era a união íntima dos *cidadãos*, justificando daí que o nacionalismo radical de Atenas, por exemplo, consistisse no fato de que só o ateniense podia ser *cidadão*, este nascido de pai e mãe atenienses — da mesma família da *polis*, e maior de 18 anos de idade (43), razão pela qual “na vida privada, a lei não faz qualquer diferença entre cidadãos” (44). O humanismo grego foi, pois, um humanismo utilitário dos *cidadãos* (escravos e estrangeiros excluídos), eis que só o cidadão era portador dos direitos políticos, ou seja, como informa ARISTÓTELES (45), “é um homem investido de certo poder”; “cidadão é aquele que tem uma parte legal na autoridade deliberativa e na autoridade judiciária, eis o que chamamos cidadão da cidade assim constituída. E chamamos cidade à multidão de cidadãos capaz de se bastar a si mesma e de obter, em geral, tudo que é necessário à sua existência”. Mas o “cidadão virtuoso, ou

(40) LAFARGUE, Paul. Ob. cit., p. 56; e ed. bras. p. 48.

(41) KITTO, H.D.F. *Os Gregos*. Trad. de JOSÉ M. COUTINHO E CASTRO. Coimbra, A. Amado, 1980, pp. 129 e 124.

(42) *Ibidem*, pp. 117 e 124.

(43) GLOTZ, Gustave. *A Cidade Grega*. S. Paulo e Rio, DIFEL, 1980, p. 127.

(44) *Ibidem*, p. 119.

(45) ARISTÓTELES. *A Política*. Liv. III, cap. II, § 7º; Liv. IV, 13, § 2º; Liv. III, 2, § 6º; Liv. III, I, § 3º

seja, o que sabe mandar e obedecer”, “mandar e obedecer alternativamente”. “O título de cidadão pertence principalmente àqueles que tomam parte nos serviços públicos, como diz HOMERO quando representa o seu Aquiles; e que os indivíduos em geral não são cidadãos, mas “apenas os homens políticos que sós, ou em companhia dos outros, são ou podem ser senhores de interesses comuns da cidade”; e “a cidade é uma espécie de comunidade de governo entre os cidadãos”; “o cidadão é, pois, o que participa das funções públicas, exerce certo poder”.

Assim, como observa LINDSAY (46), “o que Aristóteles queria dizer com isso era muito importante, embora tal importância nem sempre tenha sido notada. Não pensava que todos os habitantes do Estado eram ou podiam ser cidadãos. Alguns seriam escravos, outros “estrangeiros residentes”, ali vivendo com finalidades comerciais”.

Como bem sintetiza COULANGES (47), “o cidadão ficava submetido em tudo e sem reservas à cidade; pertencia-lhe inteiramente”. Em resumo, como também registra ARENDT (48): “Em termos aristotélicos, tanto o rei-filósofo de Platão como o tirano grego *governavam em proveito de seus próprios interesses*, e isso constituía para Aristóteles, embora o mesmo não ocorresse com Platão, uma característica conspícua dos tiranos”.

Quanto à moralidade, em geral, dos cidadãos gregos da antiguidade, basta citar a expressão “Ó terra! ó numes!” do grande DEMÓSTENES em sua famosa “Oração da Coroa” e, noutro trecho, ainda que exagerado, deste clássico discurso, explicando a sorte de Felipe II da Macedônia em sua expansão de domínio sobre a Grécia, que “teve a sorte de encontrar entre os gregos, não entre alguns apenas, mas entre todos igualmente, uma florescência de traidores, de vendidos e de inimigos dos deuses, em tal quantidade, como nunca se teve notícia”.

Portanto, quando ARISTÓTELES (49) define o homem como “animal político” o que quis dizer, na realidade, foi: “o homem é um ser que vive numa *polis*” (50), isto é, o político é o homem cidadão grego, ou na expressão de Marx (51): “Lá definición de Aristoteles dice, en rigor, que el hombre es, por naturaleza, un *ciudadano* o miembro de una ciudad.”

(46) LINDSAY, A.D. *O Estado Democrático Moderno*. Trad. W DUTRA. Rio, Zahar, 1964. p. 32.

(47) COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. V. 1, pp. 298 e segs. Ainda sobre a vinculação do ateniense à sua *polis*. Platão, no *Criton*; Ver PAOLI, Ugo. *Studi sul Processo Attico*. Padova, Cedam, 1933.

(48) ARENDT, Hannah. *Entre o Passado e o Presente*. Cit., nota nº 8, p. 146.

(49) ARISTÓTELES. *A Política*. Loc. cit.

(50) KITTO, H.D.F. Ob. cit., p. 129.

(51) MARX, Karl. *El Capital*. Trad. W. ROCES. México, F.C.E., 1946. T. I, v. 1, cap. XI, p. 363, nota nº 7; Ed. bras., trad. de REGINALDO SANTANA, Rio, Civ. Bras. 1968, v. 1, p. 375, nota nº 13.

A antiga tradução do *Zoon politikon* como *animal socialis* se encontra em Sêneca, foi aceita como tradução consagrada até TOMÁS DE AQUINO, segundo informa HANNAH ARENDT⁽⁵²⁾, que, por sua vez, explica: “Melhor que qualquer teoria complicada, esta substituição inconsciente do social pelo político revela até que ponto a concepção original grega de política havia sido esquecida; para tanto, é significativo, mas não conclusivo, que a palavra “social” seja de origem romana, sem qualquer equivalente na língua ou no pensamento grego. Não obstante, o uso latino da palavra *societas* tinha também originalmente uma acepção claramente política, embora limitada: indicava certa aliança entre pessoas para um fim específico, quando os homens se organizavam para dominar outros ou para cometer um crime. É somente com o ulterior conceito de uma *societas generis humani*, uma “sociedade da espécie humana”, que o termo “social” começa a adquirir o sentido geral de condição humana fundamental. Não que ARISTÓTELES ou PLATÃO ignorassem ou não dessem importância ao fato de que o homem não pode viver fora da companhia dos homens; simplesmente não incluíam tal condição entre as características especificamente humanas. Pelo contrário, ela era algo que a vida humana tinha em comum com a vida animal — razão suficiente para que não pudesse ser, fundamentalmente, humana. A companhia natural, meramente social, da espécie humana era vista como limitação imposta pelas necessidades da vida biológica, necessidades estas que são as mesmas para o animal humano e para outras formas de vida animal.”

O mesmo tipo de humanismo utilitarista, como privilégio de uma classe dominante, se pode extrair do modo de organização da vida romana. Na monárquica Roma antiga, em que as fontes do direito eram os costumes (*mores maiorum*), o *fas* (*lex divina* — normas religiosas) e os *ius* (*lex humana*) — consoante relata PERRIT⁽⁵³⁾ — somente a classe dos patrícios (*patricii*) — os *patres* e seus descendentes que compunham as *gentes* das trinta cúrias primitivas — participava do governo do Estado e gozava de todos os privilégios do cidadão romano, não os plebeus ou a plebe que não tinham nenhuma participação no governo, estando proibido seu acesso às funções públicas, e não podiam contrair matrimônio com os patrícios⁽⁵⁴⁾, razão pela qual, “y durante siglos, la

(52) ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Trad. de ROBERTO RAPOSO. S. Paulo, eds.: Forense, Salamanca e Universidade de São Paulo, 1981, pp. 32-33.

(53) PETIT, Eugène. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Trad. de JOSÉ F. GONZALEZ. México, Nacional, 1951. §§ 10 e segs., pp. 28 e segs.

(54) FRIZA PETIT (*ibidem*, § 13, p. 32) que “solo los patricios tenían la carga del impuesto y del servicio militar; pero solos también participaban de la vida política y social. La plebe permanecía extraña a las cargas públicas así como a la administración de la ciudad”. Somente mais tarde, com a reforma de Servio Túlio (após 166 em Roma), os plebeus foram chamados ao serviço militar, ao pagamento dos impostos e a participar das novas assembleias (comícios por centúrias), cujas decisões, no entanto, somente se tornavam obrigatórias após a sanção do Senado (*auctoritas patrum*).

historia interior de la ciudad se resume en la lucha de patricios y plebeyos, quienes se esfuerzan en conseguir la igualdad en el orden público como en el orden privado" (§ 11, p. 31).

Na República dos *consules*, os plebeus continuam excluídos de todas as magistraturas, até o surgimento dos *tribuni plebis*, cujas resoluções, nas *concilia plebis*, são chamadas *plebiscitos* com obrigatoriedade apenas para a plebe. A lei das Doze Tábuas não cogitou da igualdade reclamada pelos plebeus, o que só obtêm ao final do V século de Roma (com a lei Canuléia, permitindo o casamento entre patricios e plebeus); e em seguida, certa participação na mais alta magistratura (o consulado), após o exercício de *quaestor*, edil ou tribuno e pretor, tesouro público, administração, justiça, Senado (lei *Ovinia*) e pontificado (Tibério Coruncanio), adquirindo os plebiscitos força obrigatória para todos os cidadãos, sem ser submetidos à *auctoritas patrum*; passando, portanto, à categoria de *leis*, principalmente sobre a matéria de direito privado.

Porém, como observa PETIT (55), "es difícil creer que desde el año 305 (de Roma), en una época en que el tribunato es la sola magistratura plebeya, y la lucha es ferviente entre los dos órdenes, la plebe haya obtenido una ventaja tan importante".

Com o advento do Império, os imperadores de Roma, a partir de Augusto (Otávio), passam a ter o poder absoluto (poder consular, potestades tribunicia, censorial e poder religioso) com a *lex regia de imperio*, que "entre otros privilegios, esta ley otorgava al emperador el derecho de hacer todo lo que él juzgara útil para el bien del Estado; es decir, el poder absoluto" (56). Surgem, então, as *Constituições imperiais* (edicta, decreta, rescripta, mandata) em substituição às leis, aos plebiscitos e aos decretos do Senado.

Como bem arremata RECASENS SICHES (57): "Las grandes filosofías jurídico-políticas de la Antigüedad clásica — PLATÓN y ARISTÓTELES — son transpersonalistas o totalistas. Se fundan el bien de la totalidad política, concibiéndolo como una magnitud aparte del bien de los individuos, y como la magnitud superior en rango; evalúan a los hombres no tanto como seres humanos, sino más bien en tanto que ciudadanos. La ética va a remolque de la política: hombre bueno es el buen ciudadano. El valor del hombre depende de cómo cumpla su función de servicio a la ciudad, es decir, a la colectividad política. Por mucha sabiduría que en otros aspectos contengan aquellas filosofías políticas, en lo esencial ellas son expresión de una idea transpersonalista, totalista, de una idea que subordina al hombre a la co-

(55) *Ibidem*, § 26, p. 40.

(56) *Ibidem*, § 38, p. 47.

(57) RECASENS SICHES, Luis. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México, Porrúa S/A, 1966, p. 502.

lectividade política, de uma ideia que pensa que o homem nasceu para servir ao Estado”.

Ora bem, o humanismo jurídico teórico burguês que se seguiu também foi um humanismo utilitarista, gerado pela Reforma, mas não pelo conservadorismo e pelo autoritarismo luteranos favorecedores do absolutismo do príncipe ⁽⁵⁸⁾ e anti-humanista ⁽⁵⁹⁾, e, sim, pela concepção democrática calvinista do protestantismo ⁽⁶⁰⁾, com ênfase na personalidade individual ou num individualismo puritano.

(58) SPENLÉ, J.E. *O Pensamento Alemão, de Lutero a Nietzsche*. Trad. de Mário Ramos. 3ª ed., Coimbra, A. Amado, 1973, p. 18. “Assim a Reforma luterana substituiu o princípio do universalismo católico pelo princípio do confessionalismo e do territorialismo. Substituiu a supremacia do espiritual sobre o temporal pelo princípio do absolutismo do príncipe”.

(59) *Ibidem*. pp. 21, 22 e 23. “Lutero é ainda o homem da Idade Média pela sua atitude hostil ao espírito racionalista, ao espírito de libertação individual emanado da Renascença, como também ao novo impulso das ciências da natureza. Se o reformador alemão se correspondeu durante algum tempo com os humanistas alemães, em particular com Erasmo, fê-lo somente numa aliança de curta duração que se inspirou em motivos de ordem puramente polémica, e pela razão de que os novos métodos de crítica aplicados ao texto bíblico permitiam a Lutero dar algumas réplicas contundentes aos teólogos católicos que continuavam a invocar o texto da Vulgata, único reconhecido pela Igreja. Mas entre a teologia dum Lutero e a sabedoria humanista dum Erasmo, que abismo! O princípio do humanismo: “O homem é a medida de todas as coisas” é o antípoda da fé luterana. Esta tem como primeira consequência o negar “a medida do homem” para lhe substituir “a medida de Deus”. E que desprezo manifestava o reformador pela Razão — *diese Hure*, esta “prostituta”, dizia e por essa sabedoria humaníssima, com a sua crença nas luzes da razão, na bondade da natureza humana e sobretudo num livre arbítrio tão inútil como inoperante, simples liberdade de indiferença, ao passo que ele, Lutero, é o homem da predestinação, da escravidão apaixonada! “Ou escravo do pecado ou servo de Deus”, eis o famoso dilema a que chegava o seu famoso tratado de servo arbítrio onde toma a posição oposta à tese de Erasmo (1525).” “De igual modo a sua teologia é anti-racionalista e anti-humanista. Entre o mundo da razão e o mundo da fé abre-se um abismo eterno. O que faz o cristão não é o intelecto lógico, não é a investigação da verdade divina, mas unicamente a fé (*sola fides*).

(60) *Ibidem*. pp. 15 e 16. “Bem erradamente, tem-se querido ver na doutrina luterana uma fórmula antecipada da liberdade de consciência. Frequentes vezes se confunde a velha teologia luterana com um certo protestantismo moderado, de fórmulas mais ou menos liberais, completamente renovado pela filosofia do século XVIII. Mas a liberdade que Lutero reivindica para o crente é unicamente a liberdade de entrar diretamente em relação com Deus, sem intermediário humano, por meio da leitura e da meditação da palavra divina. A autoridade da tradição e da hierarquia católica Lutero substituiu, assim, a autoridade infalível da palavra escrita, da Bíblia literalmente inspirada; o princípio de autoridade subsiste. Simplesmente se encontra deslocado. A antiga “teocracia” dá lugar à “bibliocracia” luterana, que acabará numa “ortodoxia” cujo dogmatismo será mais rígido que a tradição maleável e viva da Igreja. Mais errada ainda é a opinião daqueles que vêem na reforma de Lutero uma doutrina favorável ao espírito liberal ou democrático moderno. Produziu-se exatamente o contrário. Um grave problema se ofereceu ao reformador. Depois de ter proclamado o “sacerdócio universal” e abolido a hierarquia da Igreja romana, deveria logicamente ser conduzido a uma organização inteiramente livre e, se se pode dizer, democrática da comunidade religiosa. Pelo menos a paróquia isolada deveria possuir o direito de escolher o seu pastor e o dever de subvencionar as despesas do culto, da instrução religiosa e da assistência dada aos doentes e aos pobres. Uma concepção democrática poderia deste

Não só na Antigüidade. Também, o espírito utilitarista predominou na Idade Média, “uma época de empirismo”, como assinala PERNOURD (61) que concluiu: “assim, um dos seus traços mais marcantes é o sentido prático: os nossos antepassados medievais parece não terem tido outro critério além da utilidade” (62).

Tanto assim, que não foi sem razão que WEBER (63) concluiu que “o calvinismo foi a fé em torno da qual giraram os países capitalisticamente desenvolvidos — Países Baixos, Inglaterra e França — as grandes lutas políticas e culturais dos séculos XVI e XVIII. Isto porque, acentuando o seu caráter indubitavelmente utilitarista, diz WEBER (64): “una de las realizaciones específicas del protestantismo consiste en haber puesto la ciencia al servicio de la técnica y de la economía”, e, ainda, “... la valoración de la actividad lucrativa capitalista, basada en fundamentos racionales, como realización de un objetivo fijado por Dios.” (65). Daí por que se pode afirmar, como também o faz TAWNEY (66), que “não é de todo fantástico dizer que, em um palco menor, mas com armas não menos formidáveis, Calvino fez pela *bourgeoisie* do século XVI o que Marx fez pelo proletariado do século XIX, ou que a doutrina da predestinação satisfizesse a mesma fome de certeza de que as forças do universo se acham ao lado do eleito como a que seria saciada numa outra época pela teoria do materialismo histórico”.

Como narra NAEF (67): “En el protestantismo, especialmente en el calvinismo, se encuentra un elemento individualista, la idea de que el individuo aislado y cada una de las comunidades singulares se hallan bajo la ley de Dios y de Cristo, y que aquí el poder del Estado tiene sus

Continuação da Nota 60

modo seguir-se às premissas teológicas postas pela Reforma — como allás aconteceu nos países onde triunfou a fórmula calvinista do protestantismo. Mas não aconteceu assim na Alemanha luterana. Foi ao poderio temporal dos príncipes alemães, à *weltliche Obrigkeit* (o que S. Paulo chamava “o magistrado”) que Lutero confiou a missão de abrigar a alma religiosa, de proteger a fé, de instituir o novo culto”.

- (61) PERNOURD, Régine. *Luz sobre a Idade Média*. Trad. port. de ANTONIO MANUEL DE ALMEIDA GONÇALVES. Europa-América, s/d, 198.
- (62) *Ibidem*, p. 197.
- (63) WEBER, Max. *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*. Trad. de IRENE e TOMÁS SZMRECSANYI. S. Paulo, Pioneira, 1967, p. 67.
- (64) WEBER, Max. *História Económica Geral*. Trad. esp. de MANUEL SANCHES SAR-TO. 2ª ed., México, F.C.E., 1956, pp. 308-309.
- (65) *Ibidem*, p. 308.
- (66) TAWNEY, R.H. *A Religião e o Surgimento do Capitalismo*. Trad. de JANETE MEICHES. S. Paulo, Perspectiva, 1971, p. 117.
- (67) NAEF, Werner. *La Idea del Estado en la Edad Moderna*. Trad. esp. de FELIPE G. VICEN. Madrid, Aguilar, 1973, pp. 23-24.

límites; esto concepto lo llevaron consigo a América los colonos puritanos. Como súbditos británicos, estos colonos poseen además una serie de derechos y libertades perfectamente garantizados, conquistados por ellos en el curso de la historia y asegurados por el parlamento; derechos consagrados en leyes positivas como el acta *Habeas Corpus* o el *Bill of Rights*. Estos gérmenes, empero, encuentran en América un suelo extraordinariamente favorable. El curso de la colonización norteamericana, las presuposiciones del suelo y su explotación, todo provoca una situación de bases esencialmente individualista: las fundaciones de Estados, como la de New Plymouth en el camarote del *Mayflower*, tienen lugar efectivamente por un contrato; la comunidad estatal se constituye por individuos que combinan sus fuerzas y que hacen coincidir sus voluntades aisladas con el fin de alcanzar objetivos comunes. El primer derecho del hombre auténtico, ni concedido ni abrogable, que se convierte en Norteamérica en hecho político, es el derecho de libertad religiosa." Assim, segundo NAEF (68), na época do conflito com a Inglaterra, os direitos que os colonos possuem como cidadãos ingleses são interpretados segundo o modelo do direito de liberdade religiosa, "y convertidos en derechos concedidos por Dios y basados en la naturaleza, es decir, en derechos cuya validez no depende del Parlamento inglés, y que el Estado tiene, más bien, que respetar siempre". Informa o precitado autor que tais direitos passam a ser utilizados pelos colonos como armas contra as medidas do governo inglês. Assim, a "Declaração de direitos do homem e do cidadão", de 12 de julho de 1776, e, logo após, a Constituição de Virgínia, cujo preâmbulo, o *Virginia bill of rights*, um catálogo de direitos do homem em sentido próprio, no qual "los derechos del hombre aparecen independientes de toda conexión jurídico-positiva, basados en el derecho natural, innatos, inalienables, indestructibles, parte integrante del concepto "hombre" y convertidos en presupuesto de toda Constitución política. La declaración de independencia de las trece colonias, de 4 de julio de 1776, se incorporó esta noción, transformada ya en idea política fundamental." (69).

Não obstante a opinião de NAEF no sentido de dar base idealista religiosa ao humanismo jurídico burguês, este, a nosso ver, não nasce fundado no jusnaturalismo teológico, mas, sim, gerado pelo pensamento liberal *utilitarista* materialista, de LOCKE a BENTHAM (HELVÉCIO) e sequazes.

Em primeiro lugar, o humanismo liberal surge com LOCKE que, inspirando se em Isaac Newton, valoriza a experiência sensível e a reflexão como fontes de todo o conhecimento; e suas principais obras (*Carta sobre a Tolerância*, *os Dois Tratados sobre o Governo* e o *Ensaio sobre o Entendimento Humano*, que surgiram após a derrota do regime absolutista na Inglaterra com o triunfo da burguesia, em 1689, inaugurando

(68) *Ibidem*, p. 24.

(69) *Ibidem*.

o poder do Parlamento ou, mais precisamente, da Câmara dos Comuns) sistematizam a filosofia empirista, nelas sustentando LOCKE que o Estado deve apenas cuidar do bem-estar *material* dos cidadãos. Assim, o direito natural à propriedade, anterior à sociedade civil, mas não *inato*, e, sim, derivado do *trabalho*. A sociedade política, resultante do pacto social entre os homens igualmente livres (os novos burgueses), visa preservar a vida, a liberdade e a propriedade burguesas e reprimir a violação desses *direitos naturais não renunciados* (como são em HOBES) em favor dos governantes.

Do materialismo empirista de LOCKE, o humanismo se desenvolve posteriormente no utilitarismo de HELVÉCIO e BENTHAM, porém gerado pela escola hedonista ou cirenaica, fundada por Aristipo de Cirene (435 aC) discípulo dos sofistas e de SÓCRATES, que preconizou a redução da virtude no prazer do corpo e do espírito, o radical individualismo e o fazer o conveniente a fim de aliviar a dor; e que, passando por EPICURO (341-270 aC), encontra seu grande defensor e expositor em HELVÉCIO (1715-1771), inspirado em LOCKE, que, antes de BENTHAM, explicou o comportamento humano, pelo *interesse*, como impulso derivado da sensibilidade e, em última análise, de caráter racional.

Trata-se de um humanismo utilitarista com base no princípio da escola econômica liberal do “laissez-faire, laissez-passer” de ADAM SMITH (1723-1790), do mercado regido exclusivamente pela “lei da oferta e procura”; e, ainda, tendo em vista o pensamento de BECCARIA (1738-1794). “Parte das suas raízes pode ser encontrada nos escritos de DAVID HUME (1711-1776) que fundou uma empírica teoria dos valores assente nas experiências do homem comum” como anota BODENHEIMER ⁽⁷⁰⁾, fato reconhecido pelo próprio BENTHAM, em seu *Fragment on government* (1776), onde afirma ele que aprendeu o princípio de utilidade na obra de HUME, inclusive de HOBES como informa CARL FRIEDRICH ⁽⁷¹⁾ que, com base em PLAMENATZ, considera a filosofia do direito de HOBES “quase totalmente alicerçada no princípio de utilidade”, de vez que “só porque os homens acabaram por reconhecer como úteis a paz e a ordem é que se dispuseram a aceitar normas legais e a obedecer às leis” ⁽⁷²⁾; e, adiante, analisando a afirmativa crucial de BENTHAM sobre a subordinação da humanidade ao governo de dois senhores soberanos, a dor e o prazer, comenta: “Eis o credo radical, edificado sob a crença de HUME de que todas as ações estão correlacionadas, com “paixões” e, como HUME, BENTHAM acredita ser um empírico construindo uma jurisprudência mediante o emprego do método experimental; BENTHAM fez o mínimo de distinção possível entre moral e legislação, baseando ambas na utilidade.

(70) BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do Direito*, Trad. de Enéas Marzano. Rio, Forense, 1966, p. 102.

(71) FRIEDRICH, Carl Joachim. *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito*. Trad. de ALVARO CABRAL. Rio, Zahar, 1965, p. 113.

(72) *Ibidem*, p. 104.

A razão era para ele, como HOBBS e HUME, algo essencialmente “calculista”, tanto na teoria como na prática” (73).

E, em continuidade ao humanismo utilitarista, no campo jurídico, AUSTIN (1790-1859) (74), com sua escola analítica de jurisprudência (*Analytical School of Jurisprudence*), SALMOND (75) e seus representantes, principalmente HOLLAND (76), GRAY (77), BINDING (78), LEVY-ULLMAN (79) e Kelsen (80).

Trata-se da substituição do direito natural (mundo de ficções) pela teoria da utilidade (mundo dos fatos). BENTHAM define o princípio de utilidade ou “da maior felicidade” como “aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem de aumentar ou de diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa, em outros termos, segundo a tendência em promover ou comprometer a referida felicidade” (81); e que vale tanto para a ação particular como para qualquer ato ou medida de Governo. O termo utilidade designa, segundo BENTHAM (82): “aquela propriedade existente em qualquer coisa, propriedade em virtude da qual o objeto tende a produzir ou proporcionar benefício, vantagens, prazer, bem ou felicidade (tudo isto, no caso presente, se reduz à mesma coisa), ou (o que novamente equivale à mesma coisa) a impedir que aconteça o dano, a dor, o mal, ou a infelicidade para a parte cujo interesse está em pauta; se esta parte for a comunidade em geral, tratar-se-á da felicidade da comunidade, ao passo que, em se tratando de um indivíduo

(73) *Ibidem*, p. 114.

(74) AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. New York, 1954; *Lecture on Jurisprudence*. 1869.

(75) SALMOND, J. W. *Jurisprudence or the Theory of Law*. 3ª ed., London, 1790.

(76) HOLLAND, T. E. *The Elements of Jurisprudence*. 13ª ed., Oxford, 1924.

(77) GRAY, J. C. *The Nature and Sources of Law*. 1909.

(78) BINDING, K. *Die Normen und ihre Übertretung*.

(79) LEVY-ULLMAN H. *Éléments des Sciences Juridiques — La Définition du Droit*. Trad. esp. de CÉSAR CAMARGO. Madrid, E. Congora. 1917-1928. 2ª v.

(80) Kelsen, H., *General Theory of Law and State*. 1945. Trad. esp. de LUIS LEGAZ Y LACAMBRA. México, Nacional, 1979; quanto às distinções entre as duas teorias, V. Kelsen, H. *La Teoría Pura del Derecho y la Jurisprudencia Analítica*. Trad. de EDUARDO A. COGHLAN. In *La Idea del Derecho Natural y otros Ensayos*. B. Aires, Losada, 1946, pp. 207-237.

(81) BENTHAM, Jeremy. *Princípios da Moral e da Legislação*. Trad. de LUIZ JOAO BARAUNA. S. Paulo, Abril-Cultural-Col. “Os Pensadores”, 1979.

(82) *Ibidem*.

particular, estará em jogo a felicidade do mencionado indivíduo". Dito de outro modo: "o princípio da maior felicidade" é "o princípio que estabelece a maior felicidade de todos aqueles cujo interesse está em jogo, como sendo a justa e adequada finalidade da ação humana, e até a única finalidade justa, adequada e universalmente desejável; da ação humana, digo, em qualquer situação ou estado de vida, sobretudo na condição de um funcionário ou grupo de funcionários que exercem os poderes de governo".

Na expressão do utilitarista STUART MILL ⁽⁸³⁾ "O credo, que aceita como fundamento da moral a utilidade ou o princípio da maior felicidade, sustenta que as ações são justas na medida em que tendem a promover a felicidade, e injustas enquanto tendem a produzir o contrário da felicidade. Por felicidade entende-se o prazer e a ausência de dor; por infelicidade, a dor e a ausência de prazer".

Assim, segundo BENTHAM, "somente a experiência pode provar se uma ação ou instituição é útil ou não", como bem observou MOTTA PESSANHA ⁽⁸⁴⁾ que acrescenta: "BENTHAM, por outro lado, opôs-se aos revolucionários franceses, quando estes apelavam para o direito natural e afirmavam os direitos universais do homem. Para BENTHAM, o indivíduo somente possui direitos na medida em que conduz suas ações para o bem da sociedade como um todo, e a proclamação dos direitos humanos, tal como se encontra nos revolucionários franceses, seria demasiado individualista e levaria ao egoísmo. Este, segundo BENTHAM, já é muito forte na natureza humana; assim, o que realmente deve ser procurado é a reconciliação entre o indivíduo e a sociedade, mesmo que seja necessário o sacrifício dos supostos direitos humanos".

O humanismo liberal burguês expressava a sociedade *racionalizante* do século XVIII, na qual o homem se tornava racional, e, como bem expõe HOROWITZ ⁽⁸⁵⁾: "La expresión más elevada de esta racionalidad era la utilidad o la idea de lo que llamamos *utilitarismo*. En efecto, la *teoría de la utilidad* demostraba la *racionalidad* del trato. Era *burgués*. El hombre y la sociedad llegaban a un acuerdo para cumplir con determinadas obligaciones y recibir así ciertas cosas a cambio. Era una idea de racionalidad absolutamente comercial". Assim, o utilitarismo era o racionalismo e o racionalismo, o utilitarismo. Como expressa HOROWITZ ⁽⁸⁶⁾: "Los hombres podían ahora ser racionales porque podían

(83) STUART MILL, John. *Utilitarismo*. Trad. EDUARDO ROGADO DIAS. Coimbra, Atlântica, 1976, p. 18.

(84) MOTTA PESSANHA, José Américo. J. Bentham, vida e obra. In: *Os Pensadores (Bentham e Stuart Mill)* cit., pp. VIII e X.

(85) HOROWITZ, Irving Louis. *Fundamentos de Sociologia Política*. Trad. esp. de ENRIQUE ASSEBURG. Madrid-Barcelona, FCE Espanha S.A., 1977, p. 27.

(86) *Ibidem*.

ser utilitaristas y viceversa: su racionalidad se definía en la medida en que participaban en la red de intercambios.”

Portanto, humanismo racionalista, utilitarista, materialista, que nada tem de idealista. E, assim, também conclui HOROWITZ (87), expondo a seguir ao precitado texto que: “El inicio del siglo XIX produjo al hedonista BENTHAM y su cálculo, en el que los principios de utilidad eran la medida máxima. El punto de vista de los utilitaristas era muy atractivo y de sentido común. *No era una idea abstracta e idealista de la razón. No era una idea hegeliana*; era la idea del intercambio — la razón del estómago, la razón del ágora, la razón del bienestar, la razón del nivel social, la razón de la utilidad, la razón del egoísmo... ¿Qué podía ser más razonable que el interés propio y su satisfacción natural a través del órgano de la sociedad que ayudaría a resolver los problemas que impedían la satisfacción del interés propio?”.

Razão, portanto, parece ter BOBBIO (88) quando observa que “Marx sabia muito bem o que não sabem mais certos marxistas, ou seja, que a *filosofia burguesa era o utilitarismo e não o idealismo* (no *Capital* o alvo é BENTHAM e não HEGEL), e que um dos traços fundamentais, e verdadeiramente inovadores, da Revolução francesa foi a proclamação da igualdade jurídica formal (a “*emancipação política*!”): princípio incompatível com aquele estado de castas que sobrevive ainda, em parte, em Hegel, e onde os indivíduos contam politicamente não *uti singuli*, mas enquanto membros de uma corporação”.

Mas melhor seria afirmar que o alvo é HELVÉCIO, BENTHAM, JAMES MILL, JOHN STUART MILL e toda a moderna economia política *utilitarista* do “*laissez-faire*”, a partir de seu fundador “WILLIAN PETTY (89), tendo em vista a crítica de BENTHAM, feita por MARX (90), de “archifilisteu, este oráculo seco, pedantesco y charlatanesco del sentido común burgués del siglo XIX”; e “nadie, en ninguna época ni en ningún país... se ha hartado de profesar tan a sus anchas como él los más vulgares lugares comunes. El *principio de la utilidad* no es ninguna invención de BENTHAM. Este se limita a copiar sin pizca de ingenio lo que HELVETIUS y otros franceses del siglo XVIII habían dicho ingeniosamente”; e “si yo tuviese la valentía de mi amigo E. HEINE, llamaría a Mr. Jeremías genio de la estupidez burguesa”.

(87) *Ibidem*, grifamos.

(88) BOBBIO, Norberto. *Existe uma Doutrina Marxista do Estado?* In: *Qual Socialismo?* Trad. de IZA S. FREAZA. Rio, Paz e Terra, 1983. p. 44; e in ob. col. *O Marxismo e o Estado*. Trad. de FEDERICA L. BOCCARDO e RENEE LEVIE. Rio, Graal, 1979, p. 21.

(89) MARX, K. *Teorías de la Plusvalía*, 2º v. Madrid, A. Corazon Ed., 1974. V. 1º No direito pode-se citar RUDOLPH VON IHERING (1818-1882).

(90) MARX, K. *El Capital*. Trad. W. ROCES. T. 1, v. 2º México, F.C.E., 1946. Cap. XXII, nº 5, pp. 687-688, e nota nº 46; na trad. bras. de R. SANT'ANNA, Liv. I. V. II, Ed. Civ. Bras., 1968. p. 708, nota nº 63.

Fundamentos humanísticos da democracia

PAULO DE FIGUEIREDO

Ex-Consultor-Geral, ex-Secretário-Geral da Presidência e ex-Diretor da Assessoria Legislativa do Senado Federal. Ex-Professor na Faculdade de Direito de Goiás e na Faculdade Brasileira de Ciências Jurídicas do Rio de Janeiro. Ex-Assessor Parlamentar da Presidência da República

SUMÁRIO

I — O homem como centro da sociedade: O homem é um ser teleológico — A conduta do homem é condicionada por um Ideal — Os problemas políticos, econômicos e sociais são problemas humanos e exigem soluções humanas — A sociedade é informada por uma ideologia — O Ideal cristão — A busca da plenitude — Quanto melhores os homens, melhor a sociedade. II — Política, instrumento de organização social: Sociedades são ambiências existenciais — É pela política que se organizam e se governam os homens — Os povos vivem em tempos históricos diversos e em diferentes espaços — A política tem de considerar o que há de eterno no homem e o que há de contingente nas sociedades humanas — As coisas existem para os homens. III — Falta um rumo ao mundo moderno: O homem não sabe aplicar os instrumentos que possui — Falta à política um conteúdo filosófico — A fuga de Deus — O materialismo dominante — O capitalismo selvagem — Os totalitarismos — Fora do cristianismo não há salvação. IV — Ideologias e partidos políticos: É o homem que faz a história — Posição do homem no universo — O projeto político é prioritário — Cada país é um só e ele só — O papel dos Partidos Políticos — Um Partido Político é uma ideologia em ação — O homem se conduz de acordo com juízos de valor — As Instituições encarnam a doutrina vitoriosa — Os atuais Partidos são incapazes, porque são inautênticos — Da necessidade de um Partido cristão e democrata. V — A importância do Parlamento: Todos os Partidos devem ser ouvidos, mas a Ideologia do Partido vencedor dará a tônica do projeto político — Partidos, instrumentos de luta — Só através do Partido o cidadão participa do processo político — Ideologias não são idéias fossilizadas — O Parlamento. VI — Regime democrático, cristão e brasileiro: A democracia só é quando é Integral — A liberal-democracia não era a democracia — Democracia cristã — Partidos, Ideologias em ação — O poder é gerado pelo Partido — O Estado expressa a Ideologia do Partido que tem o poder — Fidelidade partidária — O Partido tem de ser nacional — A natureza e as tendências do povo brasileiro — Nosso caminho político deve ser determinado pela nossa formação cristã e democrática — A Constituição valorizou os Partidos — Falta aos Partidos um conteúdo ideológico. VII — O voto como tomada de posição: Eleições antes e depois da República — Fraudes com as eleições indiretas e com as diretas — A Revolução de 30 — O processo híbrido — Os vícios continuam — Um ambiente político deplorável — Política e politicagem — Faltam Partidos e faltam políticos — Valorização dos Partidos — Os sistemas políticos têm que se ajustar ao feitio das nações — Problemas eleitorais são problemas de poder e refletem uma concepção doutrinária. VIII — A responsabilidade das representações partidárias: O voto é um direito, uma função e um dever — O parlamentar não é dono de seu mandato — Os termos do mandato estão no programa do Partido — O valor do Parlamento — Estado, espelho da nação. IX — É preciso ver a sociedade como a sociedade é: Para bem votar o povo tem que estar devidamente capacitado — O sufrágio há de ser um ato consciente — O eleitorado brasileiro — São as elites que governam — A democracia não é apenas um regime político, é também uma filosofia de vida — Tudo depende do homem — Como organizar um colégio eleitoral consciente — As diferentes formas de eleição. X — Democracia cristã e democrática: O caminho a seguir — Democracia, o melhor dos regimes — Homem integral numa sociedade integral — Só o Cristianismo vê o homem em sua totalidade — O Cristianismo não se exaure como religião, alcança todas as áreas de atuação do homem — O Ideal é realizável — A vocação cristã e democrática do povo brasileiro — Princípios e diretrizes a seguir numa democracia humanista.

I — O homem como centro da sociedade

O homem é um ser teleológico. Não vive por viver. Ao acaso. Sem saber o que quer, nem para onde vai. Tem um fim a alcançar, uma razão de viver, um processo de existência. Age em função de algo, visa a algo. Atua em conformidade com valores e em função destes. Parte de uma base, obedece a princípio, busca determinadas metas. É, portanto, um ente motivado. Sua conduta é pautada por um objetivo. E este será tanto melhor e mais elevado quanto mais completo for o homem, ou seja, quanto mais perfeita a sua **humanidade**. Esta sua **humanidade** está marcada pela sua condição de pessoa e esta é qualificada pela filosofia que orienta sua vida. Donde se pode afirmar que o homem será tanto mais perfeito quanto mais se aproximar do modelo de que é a imagem: Deus, a Perfeição Absoluta. Aí por que a filosofia cristã é a mais indicada para conduzi-lo pelas estradas da vida.

Por ser o homem assim, este ser teleológico, é que ele caminha pelo mundo por veredas que levam a um ponto determinado. Para tanto, obedece a normas e princípios insertos numa constelação de valores, ante os quais se posiciona no mundo:

“Si le destin n'est pas orienté par une valeur supérieure, si le hasard est roi, voici la marche dans les ténèbres, l'affreuse liberté de l'aveugle.” (ALBERT CAMUS) (1).

Eis, pois. Se não condicionar sua conduta pelo ideal de um valor maior, que explique e justifique a vida, o homem decairá de sua dignidade e se perderá nas trevas.

Essa conduta do homem, ele a tem, forçosamente, dentro de um meio próprio. Viva em que espaço for, seja de que raça for, tenha que condição social tiver, ele será sempre igual a si mesmo, e, desse modo, nos quatro cantos do planeta, tudo que ele fizer, fa-lo-á em função de um motivo e de um objetivo humano de vida:

“Queiramos ou não, consciente ou inconscientemente, é uma filosofia de vida e uma metafísica do mundo que norteia a nossa atividade. Todos os problemas, econômicos e políticos, morais e sociais, resolvem-se, em última análise, em problemas **humanos** e pedem soluções **humanas**, inspiradas num conceito da natureza e dos destinos do homem.” (LEONEL FRANCA) (2).

Assim, toda atitude humana reflete uma posição do homem no universo. A ação é, pois, a projeção do ideal. E o palco em que o homem representa é a sociedade. Nesta é que ele se realiza, como indivíduo e como pessoa. Biologicamente, socialmente, politicamente. No lar e na profissão. Ora, a sociedade — integração de grupos, de famílias, de pessoas — é informada pela política. Donde a importância fundamental do Estado, criado, organizado e dinamizado pela política, que lhe dá uma estrutura e um sentido.

(1) CAMUS, Albert. *L'Homme Révolté*. Paris, Gallimard, 1960.

(2) FRANCA, Leonel. *A Crise do Mundo Moderno*. Rio, J. Olympio, 1942.

É, pois, da natureza do homem buscar razões, explicações, motivações, justificações. Toda agitação social se enraíza nessas lutas do homem em procura de seu destino. Feita de homens, a sociedade reflete suas angústias, suas lutas, seus ideais. Daí assinalar LEONEL FRANCA (3):

“Não há, portanto, civilização que possa durar sem uma concepção do homem e da vida, numa palavra, sem um verdadeiro humanismo integral; toda civilização é uma metafísica viva. Impossível a separação completa entre a ideologia e a sociologia. Um laço íntimo prende indissolivelmente as realizações da história aos valores supremos do ideal.”

Certamente os fatos como que constituem o “caldo de cultura” das idéias. Sobre eles que elas trabalham. E na sociedade acontecem fatos e idéias. Mas são as idéias que dão sentido aos fatos. Elas que informam a sociedade:

“De lo que hoy se empieza a pensar depende lo que mañana se vivirá en las prazuelas” (JOSÉ ORTEGA Y GASSET) (4).

Ora, ideologias são sistematizações de idéias. Valem como concepções do homem, da vida, do universo. Traduzem uma situação cultural, uma posição do homem em face dos problemas do mundo, um ideal. Ao adotar uma ideologia o homem se define. Toma o seu lugar na sociedade. Assume um compromisso. Movimenta-se para um fim. Porque uma ideologia é uma filosofia política. Uma explicação. Uma justificação. Um caminho.

Evidente que são muitas as ideologias, muitas as estradas indicadas, muitos os rumos apontados.

Urge, portanto, que se saiba a estrada a palmilhar, a ideologia a adotar, os fins a perseguir.

Tratando-se de problemas da sociedade, cuida-se de problemas do homem. A melhor sociedade será a sociedade mais humana. E a sociedade será tanto mais humana quanto melhor retratar as necessidades do homem pleno. Do homem integral. Do homem-todo-homem. Do homem que não é só indivíduo, mas também pessoa. Do homem que não é apenas fera, mas anjo, também. Do homem imperfeito que procura a perfeição. Do homem feito à imagem e à semelhança de Deus.

A ideologia mais completa, a mais humana, a que devemos tentar, é a inspirada na doutrina cristã, pois só ela vê o homem em sua totalidade, só ela o coloca em sua dignidade essencial.

Uma política de inspiração cristã será, pois, uma política autenticamente humanista. Esta a que nos deve orientar, porque é a que responde às solicitações supremas do homem.

Naturalmente que o ideal político de uma sociedade estruturada e dirigida pelos princípios do Cristianismo jamais será alcançado em toda a sua

(3) FRANCA, Leonel. Ob. cit.

(4) ORTEGA Y GASSET, José. *El Tema de Nuestro Tiempo*. Santiago de Chile, Editorial “Cultura”, 1937.

plenitude. O homem tende, é certo, à perfeição, mas, por ser homem, jamais será perfeito. Dessa maneira a sua sociedade, obra sua, nunca será feita. Contudo, a razão da vida, no plano individual, está justamente nessa tentativa de aperfeiçoamento, através de lutas, sacrifícios, erros e acertos, derrotas e vitórias. O mesmo deve ser buscado no plano coletivo: “Por acaso seria mesquinho tender a um ideal, mesmo sabendo que jamais será totalmente atingido?”, indaga DEBRET ⁽⁵⁾, e aduz: “Maior utopia é pretender que venhamos a conhecer melhores dias sem o querer efetivamente e sem nada fazer por isso.”

O homem é um ser limitado. Não pode tudo. Todavia, dentro dos seus limites, pode muito. Ora, ser cristão é ser homem pleno, é sonhar com o céu na terra. Isso significa para o homem, no plano político, a construção de uma sociedade fraterna, digna, igualitária. Uma sociedade inalcançável, porém desejável e que deve ser tentada. Como um ponto de referência. Como um modelo. Como a verdadeira sociedade do homem. Mesmo que não se consiga tudo, muito se conseguirá, porque, como diz J. P. MAYER ⁽⁶⁾, “el pensamiento y la acción están relacionados tan estrechamente como la inspiración y la expiración”.

Realmente, as possibilidades de transformação de idéias em atos existem. A História nos mostra que foram os homens excepcionais que, através de seus grandes ideais, deram a tônica dos acontecimentos. Marcam-se as épocas pelos seus vultos representativos: a de Alexandre, a de Péricles, a de César, a de Gens-Gis-Kan, a de Cristo, a de Maomé, a de Buda, a de Luís XIV, a de Napoleão, a da Rainha Vitória, a de Katarina, a de Roosevelt, a de Stalin, a de Hitler, a de Churchill, a de Gandhi. São os homens que fazem a história. O homem não é fruto do meio. Não é mero resultado do jogo das forças econômicas. Sofre, é verdade, a influência dos fatos, mas, pela sua inteligência e vontade, domina-os, disciplina-os, dirige-os.

Desse modo, quanto melhor for o homem, quanto mais perfeito, quanto mais cristão, quanto mais perfeita a sua ideologia, tanto melhor será a sociedade que ele, através dessa ideologia, procurará implantar.

Escreve J. P. MAYER ⁽⁷⁾:

“Desde que la Historia le conoce, el hombre es un animal social. El pensamiento político es el epitome de la experiencia de su vida en sociedad. Es un intento de exponer el modo de operar suas instituciones y los principios con arreglo a los cuales deben éstas organizarse para funcionar mejor. Se ocupa de los hechos, pero también de los valores con arreglo a los cuales se aprecian esos hechos. Si bien son los hechos de la realidad las ocasiones que le dan alas, una vez lanzado adquiere vitalidad propia; cuando toma impulso se convierte en una fuerza independiente

(5) DEBRET, L. J. *Manifesto por uma Civilização Solidária*. Trad. de Frei BENEVENUTO DE SANTA CRUZ. São Paulo, Duas Cidades, 1962.

(6) MAYER, J. P. *Trayectoria del Pensamiento Político*. Versión española por VICENTE HERRERO. Introducción de R. H. TARVNEY. México, Fondo de Cultura Económica, 1941.

(7) MAYER, J. P. Ob. cit.

que excava canales, a través de los cuales fluirá, para bien o para mal, la historia futura, y que, a veces, se impone también a los actores del drama. Su tema es, no sólo el Estado, sino todas las formas en que se asocian los hombres para evitar peligros comunes y proveer a necesidades colectivas.”

II — Política, instrumento de organização social

Inspirado em fatos e determinando fatos, disciplinando-os e sendo por eles envolvido, amoldando-os, dirigindo-os, o homem é um ente eminentemente social. Vive em grupos, em comunidades. Nessas aglomerações, ele influi e é influenciado. Recebe e dá. Um homem vincula-se a todos os outros homens. Afetiva, econômica e espiritualmente. Por necessidade e por interesse. Para defesa e para ataque. Para lutas e acordos. E é aí que ele se faz valer em suas idéias, em sua compreensão de si próprio, do próximo, do seu destino, da sociedade, do mundo. Em sua filosofia. E, como vive em coletividades, e estas, para se constituírem realmente ambiências existenciais, precisam ser organizadas, ele tem que agir politicamente. Porque é pela política que se organizam, se disciplinam e se governam os homens. Ora, a política é uma ideologia em ação. Quando a gente fala em política democrática, em política comunista, em política fascista, em política cristã, está exprimindo uma concepção filosófica, uma compreensão doutrinária, um posicionamento ideológico em face dos problemas que a coletividade enfrenta.

Ciência do Estado, e, também, arte de governo, a política é o instrumento de estudo e de ordenação da vida dos homens em comum. E como as coletividades vivem em terras diferentes e, dentro delas, sucedem-se as gerações, ou seja, existem em tempos diversos e em diversos espaços, a política, para ser válida, há-de surpreender, nos homens das várias coletividades, em cada época e em cada lugar, aquilo que, ao lado do que há de eterno no homem, há de contingente, de nacional, de típico, de temporal, nas diferentes sociedades. Ela há de pesar as condições geoeconômicas, as características étnicas, os estágios culturais, os recursos naturais e os momentos históricos de cada povo e de cada país. Há, pois, de ser realista, porque só assim servirá aos homens, e só servindo aos homens serve ao homem. Entretanto, ao espelhar essas situações existenciais típicas, ela, que serve ao homem, que traduz um ideal humano, há, sempre, por isso mesmo, de propor um rumo. A política vale como um projeto. Tem motivos, razões, pressupostos. E obra segundo um intento. Obedece sempre, por conseguinte, a uma filosofia.

As realidades variam, não só de país a país, como, ainda, dentro de um mesmo país. Fenômenos físicos e sociais modificam o **facies** dos diversos Estados. Afora isso, as ciências progredem, os recursos se renovam, as riquezas se transformam, forças insuspeitadas são reveladas. Em dado momento histórico uma descoberta científica pode tornar forte uma nação fraca e vice-versa. Os recursos materiais são contingentes. O que é preciso, portanto, é que todos esses recursos, digamos, **econômicos**, de que

um povo dispõe, sejam trabalhados e usados no sentido do bem-estar do homem, logo, de todos os homens. Daí advertir XIRAU (8) ser “preciso em todo momento considerar las cosas bajo una cierta especie de eternidad”, eis que — acrescenta — “tal es la esencia de la filosofía y aún de la vida espiritual entera. Mediante ello la vida y la historia buscan un sentido perenne y se impregnan de eternidad”.

Entrementes — observa, ainda, XIRAU — “nos hallamos en plena barbarie. El hombre actual posee medios poderosísimos. Carece de fines claros, de ideales capaces de exigir la sumisión incondicional de la vida”. E conclui: “Podemos hacerlo casi todo. No sabemos, empero, qué hacer.”

III — Falta um rumo ao mundo moderno

Realmente, o panorama do mundo atual é esse: os homens possuindo instrumentos poderosíssimos, mas sem saber aplicá-los em benefício próprio. Antes se afogando em suas próprias conquistas. Aquilo que serviria para elevá-los, dignificá-los, fazê-los felizes, está servindo para amedrontá-los, torturá-los, destruí-los.

O que falta ao mundo é um rumo alto. Porque, ao organizarem as suas sociedades nacionais, os homens o fazem sem obedecer àqueles princípios permanentes que dignificam a espécie. Falta à política vigente um conteúdo filosófico. Donde ideologias indefinidas, confusas, de propósitos imediatistas e vulgares. Ideologias sem ideologia.

O mundo está em crise e, na origem da crise, está a fuga do homem de Deus, de quem é feito à imagem e semelhança. Logo, na fuga de si mesmo. O que se vê, por toda parte, é o imediatismo. O arrivismo. O pragmatismo. O materialismo. Os valores estão invertidos, pelo que o homem, valor maior, está sendo desconsiderado. Na organização social perdeu-se o senso da hierarquia. Subordinou-se o mais alto ao mais baixo. Donde a prevalência do egoísmo. O ceticismo. A decadência. A dor. O desespero. As lutas. A desesperança. A descrença.

O mundo é feito pelos homens. E os homens não nasceram para se dividir em ricos e miseráveis, em senhores e escravos, em poderosos e oprimidos.

Vivendo — e só podendo viver — em sociedade, esta será o reflexo de suas virtudes e defeitos, de seus anseios, de suas carências, de sua força, de sua fraqueza, de seu valor.

E como a sociedade é edificada através da política, e esta é a manifestação de uma ideologia — que, por sua vez, se enraíza em uma filosofia —, conclui-se que a grande tarefa, a mais importante e imediata, consiste na recuperação do homem, na sua reabilitação, na sua integração em sua autenticidade de pessoa, isto é, em seu retorno à condição de **centro terreno**

(8) XIRAU, Joaquim. *Lo Fugaz y lo Eterno*. México, Centro de Estudios Filosóficos de la Facultad de Filosofía y Letras, 1942.

do universo, ou seja, de um ser em torno e em função do qual sejam dispostas as coisas, ou melhor, estruturada a sociedade.

Estamos, pois, que o retorno do homem a si mesmo só será possível pela organização política das sociedades em termos da filosofia cristã. É que, lembra ainda XIRAU, "toda vida posee una dirección, se traza un camino y abre ante sí un ámbito de luz". Ora, nenhum caminho melhor se conhece, capaz de conduzir o homem a um alto destino, do que o traçado pelo Cristianismo, pois só neste o homem é considerado em toda a sua plenitude. A civilização, diz LEONEL FRANCA (9), "no seu plano, será tanto mais perfeita quanto melhor organizar os seus quadros de vida social em harmonia com as exigências da plenitude humana. Será inferior a estrutura de uma coletividade em que a constituição da família tolere os abusos da poligamia; em que a autoridade degenerar em tirania opressora das consciências; em que o regime econômico multiplique as injustiças sociais; em que a filosofia mutile a razão num agnosticismo relativista que desconhece os direitos da verdade; em que a arte se degrade, pondo-se a serviço dos apetites cegos de uma sensualidade indisciplinada".

A plenitude humana é dada pela condição cristã do homem. E este é um ser teleológico. Não vive por viver: vive segundo razões e visando a determinados objetivos. Assim, também, os povos.

Pois bem, os homens vivem em família, em grupos profissionais, em comunidades, em sociedades nacionais, dentro da coletividade internacional. O que ele for será a sua sociedade, retrato seu. Ora, a sociedade nacional por excelência é o Estado. A sociedade internacional é uma sociedade de Estados. Cada Estado representa uma organização social típica. E esta organização só será plenamente humana se responder às necessidades do homem pleno. Do homem cristão.

Ressalta, de tudo, a importância de uma compreensão elevada do homem, para efeito da implantação, pela política, de uma ideologia que represente essa compreensão e proponha meios de efetivá-la.

Contudo, critica LEONEL FRANCA (10), "todo o progresso material revelou-se incapaz de satisfazer às exigências profundas da nossa natureza. É a lição mais trágica que nos dá o mundo contemporâneo inquieto e convulsionado. Em face do aperfeiçoamento maravilhoso dos meios esquecemos o fim. E nesta subversão metafísica de valores manifesta-se um dos sintomas mais alarmantes de decadência".

Deus é a perfeição, e o homem a Ele tende. Assim, na procura de uma sociedade (Estado) feliz, cumpre buscar, antes do mais, a integração do homem em sua plenitude. O homem pleno dará uma sociedade plena.

Os gastos com armamento, as guerras incessantes, as ameaças, as crises, as revoltas, as injustiças, a miséria, os sofrimentos, o egoísmo, a insensibilidade dos senhores do mundo, a concupiscência, a corrupção, a des-

(9) FRANCA, Leonel. Ob. cit.

(10) FRANCA, Leonel. Ob. cit.

crença, o desespero, tudo isso, que convulsiona o mundo, demonstra que o grande mal é a fuga de Deus. Entregue à própria sorte, o homem, sem um ponto de apoio e um centro de gravitação, que é Deus, está perdido e desorientado. Deslocou-se de sua eternidade, vive no que tem de efêmero. Toda tragédia contemporânea resulta da decadência do homem. Mutilado, alienado, confundido com as coisas, o homem atual é um não-homem. Donde a subordinação dos valores maiores aos menores. O materialismo acachapante. A maldade, a mesquinhez, a mediocridade. A volta a Deus seria a volta do homem a si próprio. E só readquirindo a sua perdida dignidade poderá o homem projetar-se superiormente em suas obras. Só o homem autêntico produzirá uma sociedade autenticamente humana. E somente o Cristianismo possibilitará esse retorno do homem a Deus e a si mesmo. Só uma sociedade informada nos princípios cristãos dará paz, alegria e grandeza ao mundo.

No momento, assistimos à chamada luta do Ocidente contra o Oriente. Ou melhor, dos Estados Unidos da América contra a URSS. Luta ideológica, mas inglória. Porque tão materialista é a civilização soviética quanto a estadunidense. O "liberalismo" dominante no Oeste é agnóstico. Degenerou o homem. Atomizou valores. É inorgânico, utilitário, arrivista, imediatista. A sociedade ocidental é uma sociedade sofredora, pois dividida em ricos e miseráveis, fortes e fracos, poderosos e humilhados. Uma sociedade sem substância humana. Anticristã. Onde o homem foi reduzido à condição de simples mercadoria. Sim, o homem, no mundo dito liberal-democrata, é um ser que está sempre à venda. Vende suas forças, suas idéias, seus sentimentos. Até órgãos de seu corpo ele já está vendendo. Porque, nessa sociedade, vale quem possui mais. O poder é o poder do dinheiro. Por outro lado o totalitarismo ateu e materialista dominante no Leste esmaga o homem, transformando-o em um autômato, em simples número, em mero objeto do Estado ou da Economia.

Urge, assim, na procura de uma sociedade realmente humana, fazer com que o homem reingresse em sua condição de ser feito à imagem e à semelhança de Deus.

Só readquirindo a sua dignidade essencial de pessoa estará o homem capacitado para uma atividade política que o induza e o conduza no caminho de uma sociedade justa, livre, igualitária, porque só então sua ideologia estará marcada pelos propósitos realmente humanos contidos no lema do amor ao próximo.

O básico e essencial é, pois, assentarmos uma compreensão cristã do homem, e só depois disto partir para uma reestruturação dos segmentos políticos, sociais e econômicos da sociedade, eis que as instituições são criadas e ativadas no sentido do aprimoramento da vida dos homens em sociedade, quer dizer, visando à ordenação da existência em comum dos homens, e, sem se ter do homem uma concepção elevada, e sem se organizar a sociedade em função dos reais interesses do homem — de todos os homens —, nada de bom e de durável se conseguirá.

Não há como destacar a religião da filosofia, nem o direito da economia, nem a ciência da moral, e a política, para ser humanamente construtiva, há de servir-se da contribuição da religião, da filosofia, da moral, da ciência e do direito, mas tudo isso deve estar embebido das verdades cristãs, que a tudo dará sentido.

Política — insistamos — é uma ideologia em ação, e se a ideologia “liberal” faz do homem uma abstração e o deixa entregue ao livre jogo de forças econômicas em competição, transformando-o em simples mercadoria, e se as ideologias totalitárias aniquilam o homem, convertendo-o em mero atributo do Estado ou da economia, será na ideologia cristã que os homens terão de tentar uma solução para os males do mundo.

O essencial é que o homem volte ao homem, se reconquiste em sua humanidade perdida: “O homem” — escreve o Papa JOÃO PAULO II ⁽¹¹⁾ — “não pode abdicar de si mesmo, nem do lugar que lhe compete no mundo visível; o homem não pode tornar-se escravo das coisas, das riquezas materiais, do consumismo, dos sistemas econômicos, ou daquilo que ele mesmo produz; o homem não pode ser feito escravo de ninguém nem de nada; o homem não pode prescindir da transcendência — em última análise, de Deus — sem amputação no seu ser total”. E mais: “Quanto seria benéfica para o mundo uma melhor acolhida a esta compreensão do homem a partir da sua plena verdade, a única, capaz de dar sentido humano às várias iniciativas da vida cotidiana: programas políticos, econômicos, sociais, culturais etc.”

IV — Ideologias e Partidos Políticos

Reiteremos, então: toda e qualquer organização política tem que partir do homem, ser feita com ele, por ele e para ele. O Estado é obra do homem. Sua estrutura espelha as virtudes e os defeitos dos homens que o constroem. E o Estado é obra da política. Esta é feita pelos políticos. Por homens. Estes edificam o Estado mediante uma ideologia. E esta é movimentada por um Partido.

Fixemos, assim, desde já, que o homem integrado em si mesmo, posto em sua plenitude, sendo cristão, poderá, através de um Partido, tornar vitoriosa uma ideologia cristã, em cujos princípios e postulados se inspire, se apóie, se estruture e se oriente o Estado.

Não se veja utopia, nisto. Sonho, talvez; porém, um sonho realizável. É o homem, pela vontade a serviço de um ideal, que faz a história. O homem cristão pode realizar a sociedade cristã:

“O homem realizará sua humanidade caso se mantiver constantemente em relação com a totalidade da realidade que está nele mesmo e com aquela que o cerca. Ele surge na verdade como um nó de relações voltado para todas as direções” (LEONARDO BOFF) ⁽¹²⁾.

(11) JOÃO PAULO II, Papa. Encontro com o Presidente da República Federativa do Brasil, in: *A Palavra de João Paulo II no Brasil*. São Paulo, Edições Paulinas, 1980.

(12) BOFF, Leonardo. *O Destino do Homem no Mundo*. Petrópolis, Vozes, 1976.

É isso: o homem há de voltar-se para **todas** as direções. A religião, a moral, o direito, a economia, a ciência, a política, devem ser uma constante em suas preocupações. Em tudo isso ele deve infiltrar a sua humanidade, deve ver instrumentos de sua realização humana. Sendo cristão, sendo pleno, sendo autenticamente homem (e “a primeira vocação do homem terrestre consiste em ele ser homem”, ensina LEONARDO BOFF), ele há de estar na base, no centro e no fim de todo processo social, econômico, político, científico ou jurídico. Mas o homem vive num espaço e num tempo, sujeito, portanto, às contingências e pressões temporais — étnicas, econômicas, sociais, telúricas etc. Vive num determinado Estado, que é a sua sociedade politicamente estruturada. Esse Estado há, dessa maneira, de encarnar a **humanidade** permanente do homem e a **nacionalidade** variável dos elementos condicionantes da vida dos homens em certo espaço e em determinado tempo.

No Brasil, por isso mesmo, advogamos ⁽¹³⁾ a instituição de uma República Democrática Cristã. A tão-só titulação indicaria a substância cristã de um regime político. O Estado, assim plantado, intuiria um sentido humano. Estaria a serviço do homem. Seria um instrumento de realização do homem. Porque o que todos os homens querem é a sua plena realização. E só dentro de uma ideologia cristã eles encontram resposta aos seus anseios maiores. Uma democracia cristã expressa uma sociedade verdadeiramente humana. Não se diga — repetamos — que isso seja uma quimera. Não é. Idéias são coisas realizáveis. É por suas idéias que os homens governam o mundo. A história são idéias em marcha. As coisas não valem por si, mas pela sua utilização e destinação. E são os homens que dão às coisas uma utilidade e uma finalidade. De acordo, é claro, com o seu pensamento, suas idéias, sua concepção do mundo, sua ideologia. Posicionado como centro do mundo terreno, o homem há de organizar esse mundo à sua imagem. Segundo suas necessidades. Em conformidade com os seus propósitos. De modo a neles cumprir o seu destino de pessoa: “O homem — lembra LEONARDO BOFF ⁽¹⁴⁾ — está colocado entre Deus e o mundo. Frente ao mundo, senhor; frente ao outro, irmão; e frente a Deus, filho”, e, assim, “não se deve ocupar com o mundo de tal forma que esqueça o outro e a Deus. Como não deve se ocupar com Deus e com as coisas divinas de tal forma que venha a olvidar suas obrigações para com o mundo e com o irmão”.

Aí está o caminho: a busca de uma civilização cristã. Que só pode ser atingida se o homem integrar-se em sua real condição de pessoa.

Por tudo isso, o projeto prioritário dos homens, atualmente, é um projeto político. Todos nós havemos de nos concentrar num esforço comum em busca de um Estado que supere as contradições atuais e se firme como, realmente, um instrumento de realização nacional do nosso povo. O retorno às fontes cristãs de vida é imperioso. Reintegrado em sua plenitude, o homem saberá tentar uma ordenação social igualmente plena. Através da

(13) FIGUEIREDO, Paulo de. Uma Constituição brasileira para o Brasil — Revista de Informação Legislativa. Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, n. 81, jan./mar. 1984, pp. 163-216.

(14) BOFF, Leonardo. Ob. cit.

política, pela qual estrutura o Estado: "O objeto do esforço a empreender é todo o homem e todos os homens", como proclama DÉBRET, (15) mas, para isso, é necessário compreender, com ele, que "as tarefas do nosso tempo não podem ser reduzidas apenas à transformação dos regimes econômicos, exigem modificação dos regimes políticos e, em última análise, a instauração de uma nova civilização".

Evidente que essa civilização que o homem há de procurar estará distante da liberal-democrata, da fascista e da comunista, a primeira agnóstica, as outras anti-humanas. Será, digamos sempre, a civilização cristã.

Tudo está, afinal, na busca do homem total, que só ele é capaz de um regime político em que seja considerado em sua autenticidade. Não pode o homem, por isso, ser reduzido a um de seus elementos, tem de ser situado em todos os seus aspectos. É como diz MAX SCHELLER (16):

"La idea del animal racional, en sentido clásico, era demasiado estrecha. El **homo faber** de los positivistas, el hombre dionisiaco (Klages), el hombre como **enfermedad de la vida**, el **superhombre**, el **homo sapiens** de LINNEO, el **hombre machine**, el **hombre poder** de MAQUIAVELE, el hombre **libido** de FREUD, el hombre **económico** de Marx, el **caído** de Adán, hechura de Dios; todas estas representaciones son sobremanera estrechas. Todas son, por decirlo así, ideas de **cosas**. El **hombre**, empero, no es una cosa, es una dirección del movimiento del universo mismo; más aún, de su fundamento."

Só esse entendimento perfeito do homem possibilitará a implantação, entre os povos, de sociedades em que os homens todos possam criar instituições favoráveis ao seu pleno desenvolvimento e à promoção do bem comum. Onde a importância das ideologias políticas e, em decorrência, dos Partidos Políticos, que as incorporam e têm por missão incorporá-las nos órgãos que disciplinam e orientam as atividades dos homens em sua vida em comum.

É de se ter em conta, todavia, que, ao lado de um elemento constante, permanente, irredutível, eterno — a **humanidade** do homem, a política terá, sempre, de pesar os elementos contingenciais e conjunturais de sua existência, ou seja, as condições típicas, intrínsecas e extrínsecas, de sua vida, nos diversos tempos e nos diferentes espaços. Dessarte, como observa R.H. TAWNEY (17), conquanto "el dato más importante de los seres humanos no es su raza, color, nacionalidad o credo, sino el hecho de que son humanos", pelo que "los descubrimientos que hace el pensamiento tienen una significación permanente", não se deve esquecer que "el hombre vive en un mundo de diversidad y cambio, la validez de la expresión que da a esos descubrimientos no es absoluta, sino relativa".

O pensamento político opera em todos os tempos e lugares, vertical e horizontalmente. Mas sempre na história. História que é feita pelos homens,

(15) DÉBRET, L. S. Ob. cit.

(16) SCHELLER, Max. *El Porvenir del Hombre*. Buenos Aires — México, Espasa Calpe Argentina, 1942. Prólogo de JOSÉ ORTEGA Y GASSET.

(17) TAWNEY, R. H. *Introdução à Obra de J. P. MAYER*, cit.

com os homens, para os homens. O homem é o radical, o elemento básico e permanente do processo político. Contudo, as condições e as situações em que o pensamento político atua variam de povo a povo e em cada época. Por isso, o pensamento político tem, igualmente, de ser nacional, pois cada país é um só e ele só.

Aceitemos e assentemos, com CHESTERTON ⁽¹⁸⁾, que “o homem é a medida de todas as coisas” e, em consequência, jamais olvidemos, como quer BENEDETTO CROCE ⁽¹⁹⁾, que “qualquer que seja o esquema daquilo para onde o mundo vai, esse esquema será preenchido por homens, e só é real nos pensamentos, nos sentimentos e nos atos dos homens, e terá a realidade que eles lhe derem, sendo tanto melhor quanto melhores forem aqueles homens”.

Assim compreendido o homem, assim fixada a sua posição no mundo, assim visto o seu papel na condução dos acontecimentos, logo se chegará à conclusão de que está reservada aos Partidos Políticos, entendidos como ideologias institucionalizadas, a missão grandiosa de promover a restauração das sociedades em bases realmente humanas, capazes de propiciar aos homens o pleno cumprimento de seu destino.

O homem — recordemos — não é somente um indivíduo, mas — e sobretudo — uma pessoa que vive numa família, num grupo profissional, dentro de uma comunidade, integrando uma sociedade nacional que se vincula a todas as demais nações.

Dessa maneira, sua conduta é multiforme, pois diversas as suas solicitações e as solicitações dos diferentes meios em que age: público e privado, econômico, profissional, social, político, cultural. Seus direitos e seus deveres se ligam a essa sua condição de indivíduo e de pessoa, e à de sua família, ao seu grupo profissional, à sua cidade, ao seu país, ao mundo. Seus interesses não são só seus, são também de sua família, de sua profissão, de sua comunidade, de seu país, todos presos, é claro, à sua condição humana fundamental. Donde necessitar o homem de se credenciar para uma participação efetiva nessas diversas ambiências.

Ressalta, de tudo, a importância da política, tomada esta em seu verdadeiro e nobre conceito de ciência do Estado, pois é no Estado, afinal, que se projetam os interesses de todos, eis que ele reflete, em sua estrutura e em seus objetivos, as necessidades e aspirações de toda uma sociedade nacional.

Ressalta também, daí, a importância dos Partidos Políticos, porque neles é que se consubstanciam as idéias dos integrantes dos diferentes segmentos da sociedade. O círculo político abrange todos os demais círculos de atividade do homem. Inclui todos eles, deles se serve e a eles serve. Inspira-se em todos os outros e, depois, ordena-os e utiliza-os em vista a determinados fins. Daí afirmar SIMON SCHWARTZMAN ⁽²⁰⁾, primeiro, que “a separação da vida social transforma a vida política em um ritual vazio de

(18) CHESTERTON, G. K. *O Homem Eterno*. Trad. de LOURIVAL CUNHA. Porto Alegre, Globo, 1931.

(19) CROCE, Benedetto. *Orientações*. Trad. de MIGUEL RUAS. Rio, Athenas, s/d.

conteúdo, dispendioso e, essencialmente, inútil para governantes e governados”, e, depois, que “é na medida em que a sociedade desenvolve a capacidade de participação de seus cidadãos em muitas áreas diferentes, restabelecendo de forma efetiva o vínculo perdido e oculto pela tradição liberal entre o Estado e a sociedade, que o sistema eleitoral pode, eventualmente, recobrar ou conquistar o seu sentido de manifestação consciente e estruturada de valores sociais”. Essa participação eleitoral, essencialmente uma participação política, só é viável através do Partido Político, este colocado como coisa viva, representativa de uma ideologia pela qual se busca a informação do organismo estatal. É assim que se tem de entender os Partidos, que, então, interpretando sentimentos, anseios e idéias da sociedade, procurará traduzi-los em projetos e efetivá-los em normas obrigatórias, donde escrever MAURICE DUVERGER (21) que “os Partidos tanto criam a opinião quanto a representam”.

Um Partido Político é, pois, como que uma institucionalização de uma ideologia, uma ideologia em movimento. Capta as aspirações, interpreta-as, ordena-as, transforma-as em um projeto, busca satisfazê-las. Logo, é influenciado e influi. Recebe e dá. Desse relacionamento nasce a força do Partido. Quanto mais fielmente ele expressar as necessidades e os ideais comuns, tanto melhor planejará satisfazê-los. Quanto mais humano, mais universal. Quanto mais real, mais nacional. Humano e nacional, impor-se-á.

Só através do Partido o homem pode realizar o seu ideal político. A nação (todos os homens), por seus representantes nas diversas assembléias e nas chefias do governo do país e das províncias, tenta efetivar os propósitos contidos nos programas partidários. Esse o processo político por excelência. É que, tal ensina LEONEL FRANCA (22), “uma concepção da vida e das finalidades que se instala numa consciência, como verdade e ideal, tende irreprimivelmente a moldá-la à sua imagem e semelhança. Em face da pressão social o indivíduo já não é um receptor passivo; age e reage de acordo com os juízos de valor que lhe traçam um programa de vida”. A ideologia de um Partido, obtendo este o poder, informa o Estado. Este passa a vivê-la. Terá o feito que ela lhe der:

“Com os anos ou com os séculos, a compenetração entre a idéia e os fatos torna-se íntima e profunda. Os órgãos da vida comum, a estrutura da família e da sociedade e a hierarquia dos valores encarnam a expressão natural da doutrina vitoriosa. Vivendo, então, as próprias instituições, o povo vive as suas idéias” (LEONEL FRANCA) (23).

Tudo isso realça o enorme valor dos Partidos nas sociedades modernas, ditas democráticas, onde prevalece, por princípio, a ideologia da maioria.

(20) SCHWARTZMAN, Simon. As eleições e o problema institucional: Estado e Sociedade no Brasil, Dados — Publicação do Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro — 1977.

(21) DUVERGER, Maurice. Origem, evolução e papel dos Partidos Políticos. In: Partidos Políticos e Sistemas Eleitorais do Brasil — Curso de Introdução ao Pensamento Político Brasileiro — UnB — Brasília, 1982.

(22) FRANCA, Leonel. Ob. cit.

(23) FRANCA, Leonel. Ob. cit.

A importância dos Partidos no que toca à estruturação da sociedade faz sobressair o significado das ideologias que eles visam. No momento, o que se vê, ainda, em tese, é — repisemos — a luta do totalitarismo contra o liberalismo. Mas, repitamos, nem serve o comunismo soviético, nem a democracia liberal estadunidense. As filosofias que inspiram os sistemas políticos da URSS e dos Estados Unidos traduzem-se em organismos sociais agnósticos ou ateus, materialistas, utilitários, desprovidos de substância humana, onde, portanto, o homem ou é omitido ou esmagado, ou transformado em mercadoria ou em simples máquina de produção.

Desde já tomemos uma posição e advoguemos, para os brasileiros, um Partido democrata e cristão, que, se autêntico, ensejará um reencontro dos ideais eternos do homem com as realidades brasileiras, propiciando uma sociedade mais justa, mais fraterna, mais humana, mais independente.

A Constituição vigente institucionalizou os Partidos, o que valeu como um reconhecimento de sua importância e de seu valor. Impôs-se a fidelidade partidária, outra conquista que deve ser irreversível, pois manifesta um compromisso ideológico. O que falta, agora, é o surgimento de um Partido capaz de arregimentar o povo, o que aconteceria se surgisse um Partido verdadeiramente cristão, que postulasse, lealmente, conscientemente, inteligentemente e corajosamente, a transformação, em vivências sociais, dos princípios, dos postulados e dos objetivos do Cristianismo, naquilo em que se aplicam ao mundo terreno.

Os Partidos que temos, atualmente, são inautênticos. Dentro de qualquer um deles seus membros exibem a maior disparidade de idéias. Em cada qual atuam elementos da direita, do centro e da esquerda. É que nenhum, em verdade, tem uma ideologia. Tanto que pretensos líderes volta e meia se dizem dispostos a se transferir para outro Partido... uma piada. Porque Partidos autênticos são os que, pelos seus departamentos próprios procuram ajustar os seus programas às realidades nacionais, mutáveis sempre, mas sem prejuízo de princípios e sem fugir aos seus fins últimos, expressos em sua ideologia.

Através de suas bancadas, os Partidos atuam doutrinariamente no estudo e encaminhamento dos diversos problemas submetidos à apreciação parlamentar.

Se os Partidos são autênticos, se autênticas as suas representações, então cada parlamentar, ao discutir e votar uma matéria, estará procurando, mesmo nos assuntos mais simples, encaminhar as coisas no sentido da realização dos propósitos visados pela filosofia que o levou a ingressar em determinado grêmio político" (PAULO DE FIGUEIREDO) (24).

Ora, dentro dos Partidos existentes, os membros de um mesmo Partido se digladiam na discussão, por exemplo, de temas como se a economia deve ser livre ou dirigida; se o Estado deve ser intervencionista ou abstêmio; se a propriedade deve ou não ter uma função social; se deve ou não ser

(24) FIGUEIREDO, Paulo de. Partidos, Congresso, Democracia. In: *Problemas Políticos da Atualidade*. Brasília, Senado Federal, 1979.

realizada uma reforma agrária de verdade; se os trabalhadores devem participar dos lucros das empresas e de sua gestão; se os meios de informação e de comunicação devem ou não ser controlados pelo Estado; se o ensino deve ser livre ou oficial; se as multinacionais devem ser policiadas; se a migração deve ser disciplinada; se se deve implantar uma política de controle familiar; se devemos reestruturar as normas de nosso relacionamento internacional etc.

A formação brasileira é cristã, cristão o sentimento do nosso povo, cristãos os objetivos que temos em mira. Por que não tentar, então, um Estado inspirado nos princípios do Cristianismo? O meio, diz LABRIOLA (25), "s'est organisé d'une façon particulière. Il transpire une essence. Cette essence d'un milieu dominera la vie d'un individu et du groupe fractionnaire; et, par l'action que l'une et l'autre auront développée, il en sera reforcé et consolidé". Isso fala da possibilidade, no Brasil, de um Estado politicamente ordenado em função da doutrina cristã. Porque a "essência" que o meio brasileiro transpira é a cristã. Um Partido democrata e cristão estaria apto a surpreender, articular e orientar essa "essência", implantando-a no cerne da sociedade nacional.

"Representar — observa MARIA D'ALVA KINZO (26) — é, de algum modo, refletir os representados", e, isto assente, há-de se concluir que falta, no Brasil, um Partido que encarne as aspirações mais profundas de nossa gente, que, desde o começo de nossa formação histórica, foi guiada pelos princípios do Cristianismo.

V — A importância do Parlamento

Cabe, já agora, reconhecer a necessidade das assembléias representativas, sintetizadas no Parlamento. Pois é neste que atuam os Partidos Políticos. Estes traduzem os ideais dos diferentes segmentos da sociedade. "Qualquer que seja a ligação entre representante e representado, a condição de representante está sustentada por um consentimento dos representados, consentimento este que lhe dá autoridade para pensar, agir ou falar em nome dos outros" (MARIA D'ALVA KINZO) (27). O trecho fala da importância do Partido, conceituado este como um órgão a serviço de uma ideologia. E fala da necessidade da fidelidade partidária, pois os segmentos humanos, que os parlamentares representam, se unem, divergem, agem e lutam por princípios e propósitos diferenciados, mas que precisam, todos, ser devidamente considerados na elaboração de um projeto político nacional comum. O Parlamento é esse caldeirão em que fervem todas as tendências ideológicas de um povo, que ele apura, ordena e canaliza para um objetivo geral. Certo, prevalecerá a maioria. A vontade do Partido vencedor. Uma ideologia, portanto, há de se impor às demais. E o Parlamento será, naturalmente, o veículo dessa ideologia. Todos os Partidos, pelas suas bancadas, contribuirão, dentro de suas forças, para o aperfeiçoamento do projeto comum. Mas a tônica deste será a que lhe der o Partido maior, cuja ideologia

(25) LABRIOLA, Arturo. *Le Crépuscule de la Civilisation*. Paris, G. Mignolet e Storz, s/d.

(26) KINZO, Maria D'Alva. *Representação Política e Sistema Eleitoral no Brasil*. São Paulo, Simoes, 1980.

(27) KINZO, Maria D'Alva. Ob. cit.

o Parlamento interpretará, disciplinará e procurará impor. É que as instituições “funcionam não apenas como linhas férreas, através das quais a vida desliza livremente, mas também como mecanismo de direção de ação”, e isso porque os Partidos presentes no Parlamento “não são construções mentais com vista ao repouso, ao gozo ou à edificação pessoal, nem esboços de pensamento sistemático, nem teorias ou hipóteses com intenção de pesquisa, e sim instrumentos de auto-afirmação e de luta, palavras de ordem no sentido da reunião ou separação dos espíritos, armas para a defesa ou para o ataque”, opina HANS FREYER (28). Ideologia não é utopia, é filosofia. É uma concepção do homem, da vida, do universo. É uma posição. É um caminho. É um norte. E é pelo Partido que ela se faz valer, este atuando no Parlamento, pelos seus representantes.

Diz ORLANDO DE CARVALHO (29): “Qual é o objetivo do projeto político brasileiro? A mim me parece que é estabelecer uma democracia de Partidos que favoreça a auto-realização dos indivíduos e da justiça na totalidade”. E adianta: “Para atingir este objetivo, o ponto de partida é a participação voluntária na política”. Está certo o ilustre ensaísta. Só pelo ingresso num Partido, mediante uma opção política consciente, poderá o cidadão participar do processo de desenvolvimento nacional de que todos devem ser responsáveis. Política é isso, essa participação voluntária no estudo, na crítica, no encaminhamento de soluções para os problemas de interesse comum, na luta pela implantação de um sistema ideológico. E só se faz efetiva através dos Partidos, órgãos representativos dos diferentes ideais do homem. Por outro lado, o campo de atuação dos Partidos, onde eles têm o poder de decisão, são as diversas assembleias: as municipais, as estaduais e as federais.

Crescem, pois, os Partidos, em significado e em valor. De pronto se reconheça que, para serem autênticos, os Partidos hão-de ser ideológicos. Só assim se impõem como um compromisso. Só assim se justificam. Isso não impede que atendam às variações impostas pela evolução social. O ser ideológico não implica imobilismo. A verdadeira ideologia supõe e prevê as transformações que se operam na sociedade. Apenas, o Partido há de representar um objetivo de estruturação do Estado segundo motivos e fins definidos que transbordam das situações conjeturais. Há de atender, por sua ideologia, às necessidades gerais, profundas e permanentes do homem, sem, com isso, deixar de considerar as circunstâncias temporais variáveis da existência das diferentes coletividades. Esse problema foi adentrado por BARACHO (30): “Os futuros Partidos não podem limitar suas preocupações em estabelecer as formas de acesso e ocupação do poder, sem que, através destes mecanismos, consigam atender e acompanhar as grandes transformações sociais e econômicas do mundo moderno. Devem as reestruturções partidárias atender ao verdadeiro significado da representação política, refletindo as aspirações das correntes existentes.” Assim — prossegue —

(28) FREYER, Hans. *Teoria da Época Atual*. Trad. de F. GUIMARÃES. Rio, Zahar, 1965.

(29) CARVALHO, Orlando de. Os Partidos Políticos e a legitimação do processo político brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, n. 64, out./dez. 1979, pp. 57-66.

(30) BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral dos Partidos Políticos. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, n. 64, out./dez. 1979, pp. 127-166.

“a institucionalização de qualquer sistema partidário não deve conter-se, apenas, dentro de suas características formais. Representando as bases eleitorais diferenciadas, os quadros partidários têm de acompanhar o dinamismo social, para que possam responder às aspirações da sociedade contemporânea”. Ora, as aspirações da sociedade são as aspirações dos homens que, de raça, condição, recursos e nacionalidades diferentes, variam, é certo, no espaço e no tempo, mas que sendo, em essência, aspirações **do homem**, têm um núcleo irremovível, eterno, que confunde e irmana todos os homens num ideal que supera os ideais, num propósito que inclui todos os propósitos, num projeto que é o projeto de todos os homens, de todos os tempos: uma sociedade que se constitua uma ambiência coexistencial em que todos os homens participem equitativamente dos bens da civilização e da cultura.

Ideologias não são idéias fossilizadas, são princípios de vida. Podem, dessa maneira, os Partidos Políticos, veículos de diferentes ideologias, atender às solicitações dos homens em cada tempo e em cada espaço, sem, por isso, fugirem aos seus postulados fundamentais e permanentes.

A democracia é o regime que todos queremos. A democracia plena. Que só pode ser a cristã. Porque o regime que o homem quer é aquele em que possa formar-se, firmar-se e afirmar-se em sua dignidade de pessoa humana. Essa democracia nada tem de comum com a chamada democracia liberal, onde os homens são divididos entre ricos e pobres, poderosos e oprimidos, exploradores e explorados. Há de ser uma democracia cristã, cujo fundamento é o amor ao próximo. Democracia não só política, mas também social e econômica. Democracia orgânica e integral. Democracia que nunca tivemos: “Vivemos de noções absolutamente irreais da democracia, forjadas pelos juristas com base nos filósofos do século XVIII”, critica MAURICE DUVERGER ⁽³¹⁾. Democracia total — aí a meta assinalada aos diversos Partidos Políticos, cuja responsabilidade é, assim, manifesta, pois a eles, por seus representantes nos órgãos do Poder, incumbe formular os modelos políticos por onde tentar a efetivação dessa democracia. Atualmente, repitamos, não temos Partidos possuídos de ideologia. Os que aí estão não passam de meros aglomerados de indivíduos das mais variadas tendências. Neles se agrupam e às vezes se atropelam indivíduos do centro, da direita, da esquerda, espiritualistas e materialistas, nacionalistas e antinacionalistas, crentes e agnósticos, idealistas e indiferentes, bem intencionados e oportunistas. Além disso, todos vinculados a princípios, normas e exemplos buscados em outras plagas, sem substância realmente nacional, brasileira. Daí afirmar POMPEU DE SOUZA ⁽³²⁾ que essas agremiações constituem “ficções inteiramente desgarradas da verdade social e da política brasileira”.

O importante é, pois, procurar-se a criação de Partidos que expressem o pensamento dos diferentes setores da sociedade, em termos humanos e em termos nacionais, segundo as necessidades do brasileiro como homem, mas como homem que vive num espaço específico, num determinado tempo, dentro de uma cultura, formado em um processo histórico próprio. E vale,

(31) DUVERGER, Maurice. Ob. cit.

(32) SOUZA, Pompeu de. Eleições de 62: Decomposição partidária e caminhos da reforma. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. UMG, Belo Horizonte, jan. 1964.

agora, salientar que, assim concebidos, devem os Partidos ter uma **presença** efetiva e constante em todos os setores de atividade, no campo e nas cidades, nas escolas, nas repartições, nos clubes, nas fábricas, nos quartéis, nas igrejas, no lar, em toda a parte, procurando convencer a todos do valor de suas ideologias. Está certo, por isso, JOSÉ SARNEY⁽³³⁾ quando escreve:

“... acho que o problema mais importante que temos de resolver, em sentido institucional, é o da reformulação partidária, da criação de Partidos, mas a criação como eles são hoje, no mundo inteiro, com uma grande estrutura, uma estrutura que se derrama em todos os setores da sociedade. Não Partidos que funcionem apenas em vésperas de eleições e fiquem circunscritos ao Congresso ou às Assembléias, que sejam apenas para atividades de poucas pessoas que ficam ali por idealismo, por interesse político, participando dessa organização. Não! O Partido Político do mundo moderno, aquele que pode operar a democracia, é realmente um instrumento extraordinário e não pessoal. Ele independe das pessoas. Tem funções definidas e é capaz de operar o poder. A função do poder político, portanto, dentro dessa nossa visão, é a de gerar o poder e de administrá-lo. O poder, então, é gerado através do Partido Político.”

Essa análise, correta e oportuna, do ilustre político maranhense, realça a necessidade de os Partidos serem ideológicos. Ideologia é a tradução política de uma filosofia, que é uma concepção do homem, da vida, do universo. Logo, a ideologia há de ser perseguida de maneira efetiva pelo Partido. Ideologia não é coisa eventual, mas perene. É uma constante na vida dos homens. Quando aceitamos uma ideologia é porque a julgamos a melhor e disto queremos convencer o próximo. Aceitando uma ideologia, assumimos uma posição. Escolhemos um caminho. Buscamos um fim. Queremos, então, o poder, através do qual nos habilitaremos a transformar em vivências sociais — instituições — os nossos ideais de vida. Ideologia é, pois, uma perspectiva. Porque o Partido Político é uma expectativa de poder. A ideologia do Partido vitorioso informará a estrutura do Estado. Sobre o tema, escrevemos⁽³⁴⁾:

“O homem, sendo imperfeito, está sempre à beira do abismo. O erro e o mal o espreitam de todos os lados, e sempre sob aspectos novos. Também o bem, a felicidade. Porque o bem, o mal, o erro, a verdade, tudo isso está dentro da vida, e a vida se transforma em cada instante, sendo preciso, portanto, que a política — que pelo Estado governa os homens, organizando-lhes a vida em comum — acompanhe essas mutações, para que se possa evitar o mal e perseguir o bem, para se fugir do erro e se alcançar a verdade. Já vimos como age, a respeito, o russo comunista: ele está presente, com seu ideal, em toda parte. A filosofia marxista vai, pelas mãos da política, a todos os recantos da Rússia. E isso para que seja sempre vivo e atual o que, para o comunista,

(33) SARNEY, José. Modelos alternativos de representação política no Brasil e regime eleitoral (1821-1921) por AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO e outros — Editora da UnB, Brasília, 1980.

(34) FIGUEIREDO, Paulo de. Um exemplo russo a imitar. Oeste. Goiânia, a. 2, n. 3, 1944.

é o bem, e evitar o que, para ele, é o mal. Assim sucede também no fascismo (onde o Partido é o órgão do Estado, a este se vinculando através do Grande Conselho). O mesmo acontece, ainda, no regime nazista (onde o Partido se liga ao Estado por uma união pessoal, realizada pelo Führer). E MARITAIN aconselha que assim procedam os cristãos:

“Uma vez reconhecido afinal pela consciência cristã o domínio próprio do social, com suas realidades, suas técnicas, sua ontologia característica, não terá a santidade cristã que trabalhar no lugar onde, também, trabalha o heroísmo particular da foice e do martelo, do “fascio” ou da cruz gamada?”

Assim, colocados em sua natureza de instrumentos ideológicos, os nossos Partidos, na busca de realização da ideologia democrática, deverão imitar o exemplo da Rússia, onde, divulga JOSEPH DAVIES ⁽³⁵⁾ “a política penetra nas fábricas, nas oficinas, nas casas comerciais e nos transportes”. O exemplo russo e os exemplos da Itália fascista e da Alemanha nazista. Urge implantar a ideologia democrática na consciência política de todos os brasileiros. Inclusive, como defesa contra os totalitarismos.

Isso posto, havemos de concordar com MIGUEL REALE ⁽³⁶⁾, quando diz que “... o representante, depois de eleito, não se emancipa do Partido. Cada vez mais ele é condicionado pelo Partido, sobretudo nos países onde os Partidos são Partidos de verdade, ou seja, estruturas permanentes dotadas de centro de pesquisas e estudos que forneçam elementos de orientação, que têm uma estrutura técnica legislativa às vezes tão grande como a do próprio Estado, da própria burocracia, para acompanhar os projetos de lei, a fim de que o Poder Legislativo possa realizar, no mundo contemporâneo, esta tarefa cada vez mais complexa, que é a tarefa de legislar”, assim reconhecendo que “estamos voltando outra vez a um mandato imperativo, só que não é um mandato imperativo entre o eleitor e o eleito, mas através desse elemento que interferiu e se intrometeu no jogo dialético da vida política, que é o Partido Político”.

Essa integração indivíduo-Partido-poder vale como uma compreensão efetiva de que o Estado é, realmente e não apenas ficticiamente, a nação politicamente organizada, ou seja, a sociedade expressa por todos os seus segmentos e se movimentando dentro de uma determinada ordem, com certa estrutura e através de métodos específicos e devidamente ordenados, para um fim comum deliberado.

Os Partidos, representando os diversos setores da sociedade, projetam no Parlamento as ideologias dos homens diferentemente grupalizados, prevalecendo a ideologia da maioria, que informará o Estado e dará rumo às suas atividades, sem prejuízo da colaboração das demais correntes ideológicas.

Num Estado assim concebido, o homem é devidamente considerado, não só como indivíduo mas também como pessoa, mas considerado não

(35) DAVIES, Joseph. *Missão em Moscou*. Trad. de EDUARDO DE LIMA CASTRO. Rio, Calvino, 1942.

(36) REALE, Miguel. *Modelos Alternativos*, Ob. cit.

apenas em si, porém, igualmente, na família, no grupo profissional, na comunidade, no Partido, na sociedade nacional a que pertença.

Desse modo, estamos que o homem cristão, através de um Partido cristão, poderá construir um Estado cristão, e só este será capaz de responder a todas as suas necessidades, pois o verá na totalidade de seus aspectos.

Os Partidos, em seu conjunto, representam todos os indivíduos. Representam a nação. Aí porque devem ser ideológicos. Daí a necessidade da fidelidade partidária. Onde justificar-se a representação proporcional. A nação deve mover-se, politicamente, de acordo com as diretrizes do Partido vitorioso, que dá o Presidente da República e os rumos do Parlamento. Todavia, todos os demais Partidos participam, no Parlamento, dos debates e votação sobre os problemas nacionais, contribuindo, todos, para o encaminhamento das soluções propostas.

São, pois, os Partidos Políticos órgãos marcantes da democracia. Porque são os veículos das diversas ideologias. Dessarte, não haverá democracia nos países de Partido único. Nem onde impera o bipartidarismo. Talvez cinco Partidos — um do centro, um da direita, um da esquerda, um da meia-direita e um da meia-esquerda — pudessem absorver todas as ideologias políticas, pelo menos no que elas têm de essencial. O Partido vencedor dando a tônica do governo, mas todos os outros deste participando, direta ou indiretamente.

Por outro lado, os Partidos não de ser, necessariamente, **nacionais**. Porque, sendo instrumentos ideológicos, não podem circunscrever a sua atividade a uma região, não de refletir os anseios de vastas parcelas da nação. “As eleições — comenta H. C. HERMANN GÖRGEN (37), referem-se, por conseguinte, a uma luta pública, na qual se confrontam pessoas e Partidos, idéias ou ideologias”, donde decorre que os eleitos “têm por obrigação representar os interesses dos eleitores no Parlamento e na vida pública, assim como converter esses interesses em decisões políticas práticas”, e, assim se compreendendo as coisas, diz ainda HERMANN GÖRGEN, conclui-se que “o sistema eleitoral é um conjunto de normas que organiza o complexo processo da formação da vontade política nacional a partir da formulação desta vontade até a sua realização por um governo legalmente eleito”.

Tudo isso aceito, estaremos convencidos da importância fundamental que têm, para a modelagem política de uma nação, ou melhor, para a estruturação e organização de um Estado, o trinômio homem-Partido-Parlamento.

E se o que se almeja é um Estado realmente capaz de atender às aspirações todas do homem — do homem integral —, esse Estado tem que ser a realização prática de uma ideologia que tenha do homem essa compreensão e em função dessa compreensão formule os seus projetos políticos, sociais e econômicos.

(37) GÖRGEN, H. C. Hermann M. Sistemas Eleitorais — *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, n. 78, abr./jun. 1983, pp. 78-193.

VI — Regime democrático cristão e brasileiro

No Brasil, evidentemente, o Partido Político ideal seria um Partido democrata, cristão e nacionalista, porque o mais conforme não só com a condição humana de todos nós como porque o mais ajustado às nossas origens históricas e às peculiaridades de nossa terra. Os valores cristãos são perenes, satisfazem a todos os homens. Os valores da democracia atendem ao nosso temperamento. E o nacionalismo vale como um imperativo de sobrevivência independente, de sua necessidade, já estando conscientizadas as nossas verdadeiras elites políticas. Esses valores, postos como bandeira de um Partido, podem e devem constituir o objetivo do esforço de nosso povo; e se, agora, apenas flutuam no plano dos desejos e dos sonhos, nada obsta que um dia se concretizem em dados reais de nossa existência, pois, como reconhece MANNHEIM ⁽³⁸⁾, “los valores no solo existen en el plano subjetivo como elecciones hechas por individuos; se dan también como normas objetivas, es decir, como advertencias que nos dicen: haz esto más bien que lo otro. Son, en este caso, la mayor parte de las veces, creaciones sociales que sirven, como las luces del tráfico, para regulación de la conducta humana”.

O homem, ao ingressar em um Partido Político, faz uma opção. Assume uma atitude. Toma uma posição. Define-se. E então busca os caminhos que levam à implantação desses valores nas instituições políticas, sociais e econômicas.

No Brasil, já o vimos, os Partidos Políticos foram institucionalizados pela Constituição vigente. Compreendeu-se, assim, o seu valor. Mas não ficamos só nisso. JOSAPHAT MARINHO ⁽³⁹⁾, comentando a Lei Orgânica dos Partidos, salienta que, “ao atribuir aos Partidos **função permanente**, para que cumpram suas tarefas institucionais, a Lei não a reduziu à **continuidade dos serviços de secretaria**. Criou deveres de natureza cultural e educativa. Os Partidos são obrigados a promover **conferências, congressos ou sessões públicas para difusão de seu programa**. Cabe lhes, ainda, **manter cursos de difusão doutrinária, educação cívica e alfabetização, um instituto de instrução política, para formação e renovação de quadros e líderes, bibliotecas de obras políticas, sociais e econômicas e a edição de boletins ou outras publicações**”. Já estamos, como se vê, num bom começo.

Sintetizando, cumpre entender e firmar, basicamente, o seguinte:

— o político é um homem com uma ideologia. Todo homem, portanto, é um pouco político;

— política é a ciência do Estado;

— Partido é uma organização com uma ideologia, visando ao poder, para, através deste, efetivar essa ideologia na respectiva sociedade;

(38) MANNHEIM, Karl. *Diagnóstico de Nuestro Tiempo*. Versión española de JOSE MEDINA ECHAVARRIA. México, Fondo de Cultura Económica, 1946.

(39) MARINHO, Josaphat. Lei Orgânica dos Partidos no Brasil — *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, n. 12, out./dez. 1966, pp. 45-58.

— a fidelidade partidária é imperiosa, pois o eleitor vota no candidato do seu Partido porque o pressupõe em condições de bem lutar pela ideologia desse Partido;

— assim, o cristão tem de rejeitar proposições materialistas; o democrata não pode concordar com projetos totalitários; o comunista não pode aceitar a livre concorrência; o liberal não pode aprovar planos de economia dirigida; o nacionalista há-de lutar sempre contra as pretensões colonialistas das multinacionais etc.

Pois bem, apesar de a Constituição e a Lei Orgânica dos Partidos terem promovido a renovação e o fortalecimento dos Partidos brasileiros, de modo a posicioná-los como, efetivamente, instrumentos ideológicos, a verdade é que, na prática, os nossos grêmios políticos ainda se ressentem dos velhos vícios. Ainda não atuam à altura de sua missão. Em todos eles, sem exceção, vêem-se, abrigados sob o mesmo estandarte, elementos que, em realidade, jamais poderiam pertencer a um mesmo Partido: indivíduos da direita, do centro e da esquerda; católicos e ateus; nacionalistas e internacionalistas; intervencionistas e abstêmios; racistas e anti-racistas, idealistas e arrivistas etc.

Falta, assim, ao brasileiro, uma convicção ideológica, e, sem esta, nenhum Partido será autêntico. Daí advogarmos o mandato imperativo, o qual vincula o eleito ao eleitor, em função da ideologia do Partido. A Constituição, institucionalizando os Partidos, rasgou horizontes políticos amplos para o Brasil. Como órgãos públicos, inseridos na estrutura do Estado, aos Partidos cumpre surpreender, interpretar e canalizar, no sentido do poder, os ideais do povo. Dessa maneira, os parlamentares estão “presos” aos Partidos pelos quais se elegeram. São obrigados por uma ideologia. Esta condiciona o seu procedimento público. O Estado democrático é o Estado de Partidos, portanto, e, no Estado de Partidos, consoante registra NELSON DE SOUZA SAMPAIO⁽⁴⁰⁾, ao falar do “Parteintart” dos alemães, “a ideologia triunfante conduzirá ao retorno ao mandato imperativo, sob a forma de instruções das direções partidárias aos parlamentares, que lhes deveriam obediência, sob pena de perda do cargo. As instruções aos eleitores de outrora seriam substituídas pelos programas partidários e pelas deliberações das direções dos Partidos. Haveria aí uma espécie de duplo contrato de adesão ao programa partidário: por parte dos eleitores e por parte dos eleitos”.

VII — O voto como tomada de posição

Assim, compreendido o homem como um ser integral; aceito que o homem só vive e só pode viver em sociedade; entendido que o Estado, forma mais perfeita de organização da sociedade, há-de ser um instrumento de “construção nacional”, ou seja, um ente capaz de estabelecer condições existenciais que favoreçam ao homem, a todos os homens, à sua plena realização; assentado, ainda, que o homem estrutura o Estado através do Partido Político, cuja ideologia o Estado absorve e transforma numa “vi-

(40) SAMPAIO, Nelson de Sousa. Eleição e sistemas eleitorais — Revista de Informação Legislativa. Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, n. 78, abr./jun. 1983, pp. 173-182.

vência” comum, isso tudo estabelecido e sabendo-se, mais, que o melhor regime é o democrático, e que, nos regimes democráticos, de Partidos, os homens se fazem valer pelas assembléias representativas — logo, por seus delegados, selecionados estes pelo voto, este, o **voto**, adquire uma importância fundamental no processo político, verdade exaltada por OLAVO BRASIL DE LIMA (41), quando proclama: “Em sistemas representativos uma questão crucial tem a ver com o processo através do qual a opinião pública, expressa através do voto, é transformada em poder institucional.”

Entra em jogo, agora, a **maneira de votar**, a **qualidade** e o **tipo** do voto, a **condição** do eleitor e sua importância no cenário político.

No Brasil, desde os começos de sua história até o advento da República, prevaleceu a eleição indireta, mas, “proclamada a República, em 15 de novembro de 1889, pelo Decreto nº 1, já no dia 19 desse mês, quatro dias depois, o Decreto nº 6 estabelecia o sufrágio universal, declarando considerarem-se eleitores “para as câmaras gerais, provinciais e municipais, todos os cidadãos brasileiros, no gozo de seus direitos civis e políticos, que souberem ler e escrever. O sufrágio universal começava, assim, por excluir do colégio eleitoral os analfabetos. Deixava, pois, de ser **universal**. Mas a eleição direta foi mantida, já nos albores do governo republicano” (ANTÔNIO TITO COSTA) (42).

O sistema de eleições diretas foi instaurado com o objetivo (Martinho Campos, relator do projeto na Comissão) de “sanar e impedir o falseamento do voto popular”.

Condenava-se o processo de eleições indiretas, vigente até então, por viciado e impuro.

Mas, sob esse aspecto, nesse campo, que aconteceu na República? As crises foram permanentes, houve revoltas e revoluções, deposição de governadores e de presidentes, estados de sítio, violação da Constituição, reformas constitucionais a toque de caixa, assassinatos, suicídios, muitos vendo na causa de tudo isso a falsidade do processo eleitoral. . .

Um grande passo, no sentido da moralização dos pleitos, foi dado pelo governo revolucionário de 30, quando, pelo Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, editou o Código Eleitoral, que instituiu a Justiça Eleitoral. Aliás, foi ainda a Revolução de 30 que deu o voto secreto e o voto feminino, diga-se de passagem.

Depois, houve uma reviravolta. Entendeu-se que a via indireta de eleição presidencial era melhor que a direta. E o processo indireto funcionou em 34 e, com um hiato após 45, de 64 até agora.

De qualquer modo, não foram poucos os ensaístas políticos que profiligaram os sistemas eleitorais, de uns tempos para cá inteiramente híbridos, com eleições diretas para Prefeitos, Deputados e Senadores, ora diretas,

(41) LIMA JUNIOR, Olavo Brasil de. Evolução e crise no sistema partidário brasileiro: as eleições legislativas estaduais de 1947 a 1962. Dados. Publicação do Instituto Universitário de Pesquisas. Rio, n. 17, 1978.

(42) COSTA, Antônio Tito. Eleições diretas e indiretas no Brasil. Revista dos Tribunais. V. 378, n. 50, fev. 1967.

ora indiretas para Governadores e indiretas para Presidente da República, figurando entre esses críticos JOÃO DE SCANTIMBURGO (43), que assim se pronuncia a respeito:

“Temos observado que os analistas das eleições, em geral politicamente engajados, não vêem que os pleitos eleitorais, realizados de acordo com o sistema eleitoral em vigor, não são mais do que opiniões individuais totalizadas, isto é, um sistema viciado, que não expressa, exceto em casos especialíssimos, o rumo da opinião pública, sobretudo porque na quase totalidade dos casos a opinião está divorciada dos princípios e do legítimo interesse do povo. Temos visto escolhas delirantes, insensatas, até mesmo inconscientes, que, por isso mesmo, falseiam o significado do sufrágio, o sentido do voto.”

Realmente, aconteceram coisas incríveis, desastrosas, trágicas: Cacareco, um rinoceronte, foi “eleito” Vereador na Capital do importante Estado de São Paulo; Jânio Quadros foi eleito Presidente e João Goulart Vice-Presidente da República, cada um de um Partido, com idéias e princípios conflitantes, tudo redundando na renúncia de um e na deposição de outro; Getúlio, eleito por via direta num pleito consagrador, acabou tendo de suicidar-se; Juscelino só se manteve no poder, para onde foi legitimamente escolhido pelo povo, às custas dos maiores malabarismos. Tudo isso, e mais a sobrevivência do “voto de cabresto”, dos “cabos eleitorais”, dos “caciques municipais”, dos “currais eleitorais”, do “eleitor defunto”, das “oligarquias rurais” e da eleição, para o Parlamento e as Assembléias estaduais, de indivíduos incapazes para as funções, e muitos deles corruptos, tudo isso, repitamos, está a retratar um ambiente político deplorável. Donde essas palavras candentes de OSVALDO TRIGUEIRO (44):

“Seria simplista, e mesmo errôneo, atribuir os nossos males políticos a deficiências ou vícios no processo legal de recrutamento dos governantes. Poucos duvidam, porém, que no presente sistema eleitoral está o ponto mais vulnerável das instituições e que, portanto, a crise deste sistema é predominante. Sentimos todos que as eleições, apesar de corretas e livres, não são genuínas e estão mesmo se transformando num foco de infecção que pode reclamar tratamento cirúrgico. A repetição dos pleitos, cada vez mais frequentes por causa da incoincidência dos mandatos, e a proliferação dos Partidos, cada vez mais enfraquecidos pela falta de disciplina e pela babel das coligações, tornam difícil, senão impossível, todo governo estável, coerente e construtivo. Sobretudo, corre dinheiro demais na política, o que está dando às nossas lutas cívicas um clima de licenciosidade incompatível com a boa reputação da República.”

TRIGUEIRO fez essa crítica antes de 64. Quando eram numerosos os Partidos (?). Quando as eleições eram diretas. E sua apreciação, veemente,

(43) SCANTIMBURGO, João de. Por uma reforma eleitoral democrática. *Digesto Econômico*. N. 234, mar./abr. 1977.

(44) TRIGUEIRO, Osvaldo. A crise do sistema eleitoral brasileiro. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. N. 6, jul. 1959.

porém fundamentada e verdadeira, demonstra que, no plano político da vida nacional, o mal está não apenas no sistema eleitoral, mas, principalmente, na **ausência** de Partidos autênticos e, acima de tudo, na carência, no povo brasileiro, de uma consciência política que só a adoção de uma ideologia (filosofia política) pode criar e consolidar.

Não devemos, em nenhum instante, olvidar que não se pode separar a política da administração, da economia, do direito, da filosofia. Esclarecamos, todavia, que, quando se fala em **política**, devemos ter em mente justamente o contrário do que, com esse rótulo, se pratica no Brasil, que isso não passa de reles politicagem. Conseqüentemente, falando em político, devemos imaginar um homem em dia com os problemas básicos do País e possuído de um instrumental ideológico que lhe permita equacioná-los no sentido do bem comum.

Falta-nos essa cultura política, não somente nas massas, mas também nas elites. Estas, as que existem por aí, na área política, são falsas. São, em tese, as elites do dinheiro, o que não basta. Ser rico não é ser capaz de governo. No mais, são os arrivistas, os populistas, os espertalhões, eleitos à custa da ingenuidade e das carências materiais de nossa gente.

E os Partidos? Pouca diferença existia e ainda existe entre os nossos Partidos. Basta considerar, para comprovar sua inautenticidade, que em cada Partido se agrupam indivíduos das mais diversas tendências. Ora, em política verdadeira não se pode separar o homem de sua ideologia. Num Partido comunista não podem militar fascistas, nem no fascista, comunistas. Num Partido cristão não cabe um ateu, num materialista não há lugar para um cristão; um Partido de cunho social-democrático exclui o liberal-democrata, no Partido liberal não tem vez o social-democrata. E assim por diante.

É só dar uma olhadela pelo nosso panorama político-partidário para verificarmos o nosso atraso, nesse ponto de capital importância para a vida política.

A institucionalização dos Partidos, pela Constituição em vigor, a implantação da fidelidade partidária e a proibição das coligações de Partidos representam uma esperança. Mas já os "liberais" estão aí, retrógrados, tentando acabar com essas conquistas, antes mesmo que elas dêem fruto.

Convenha-nos ou não, a verdade é que pouca diferença existiu no Brasil, no que tange à nossa vida política, durante os períodos de eleição indireta ou direta. Observemos, apenas, de passagem, como homenagem à verdade histórica, que a eleição direta não está integrada em nossa tradição, pois — relembremos — até a proclamação da República prevaleceu, entre nós, o sistema indireto:

"O Dr. José Tomás Nabuco escreveu um trabalho demonstrando que, de 1500 a 1881, o voto, no Brasil, foi indireto em todos os níveis. Não havia voto direto. Então, quando vocês se preparam para investir contra a eleição indireta nos níveis em que ela hoje é usada no Brasil, estão negando a tradição do Brasil" (ORLANDO DE CARVALHO) (45).

(45) CARVALHO, Orlando de. Ob. cit.

Com eleição direta ou indireta, o importante é que transformemos os Partidos em veículos de ideologias, com o que eles deixarão de ser esses aglomerados de caça-votos para se transformarem em escolas de formação política, atuando na formação doutrinária do povo, mediante departamentos apropriados. A institucionalização dos Partidos, levada a efeito pela Constituição vigente, foi, a esse respeito, um evento extraordinário, de cujo valor os nossos políticos, em geral, ainda não se aperceberam, tanto que insistem em advogar coligações, tanto que querem acabar com a fidelidade partidária, tanto que se juntam — indivíduos da esquerda, do centro e da direita — em agrupamentos amorfos e inexpressivos a que dão o nome de Partido Político. . .

Ora, observa JOSAPHAT MARINHO (46), “a partir do fim da 1.ª Grande Guerra, mas sobretudo depois da Segunda, os Partidos Políticos passaram a ingressar nas Constituições. O que não se verificava nas Constituições liberais começou a verificar-se, notadamente depois de 1945, ou seja, a recepção dos Partidos Políticos nas Constituições. É o chamado fenômeno da institucionalização ou constitucionalização dos Partidos. Este fenômeno se generaliza de tal modo que, evidentemente, hoje não se pode cogitar de representação política sem vinculá-la aos Partidos Políticos”.

Assim, o que se deve procurar é a valorização dos Partidos. O Partido comunista, na URSS, e os Partidos fascista e nazista, na Itália de Mussolini e na Alemanha de Hitler, foram modelos de Partidos autênticos. Fora destes, podemos citar o Partido Trabalhista inglês. Foram, todos, instrumentos ideológicos. Os Partidos democratas devem mirar-se nesses exemplos, transformando-se em instituições que socializem os valores da democracia, sintetizados na trilogia — igualdade, liberdade, fraternidade.

O que se vê atualmente no Brasil, na imprensa e na tribuna parlamentar, revela a deficiência cultural de nossos políticos, em geral, todos presos a filigranas e não a essências, combatendo efeitos e ignorando causas, confundindo interesses próprios ou de grupos com os interesses nacionais, vendo as coisas superficial e erradamente. Invertem-se os valores, subordina-se o principal ao acessório. Dessa maneira, põe-se como base de uma reforma o sistema eleitoral, quando o mais importante é o sistema político. O consolo é que não apenas no Brasil isso acontece. Assim, testemunha DIETER NOHLEN (47):

“... la cuestión del sistema electoral ha culminado en el intento cuestionable de querer explicar los sistemas políticos complejos, sus funciones y problemas estructurales, desde el punto de vista del sistema electoral y pretender que el destino de la democracia depende exclusivamente de la configuración del sistema electoral”.

É o caso de dizer-se: lá como cá más fadas há. . .

Em verdade, o sistema político é que é fundamental, o eleitoral está em segundo plano, conquanto importante.

(46) MARINHO, Josaphat. Modelos alternativos de representação política no Brasil e regime eleitoral, cit.
(47) NOHLEN, Dieter. *Sistemas Electorales del Mundo*. Traducción de Ramón García Cotarelló. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1981.

Certamente, a democracia é o regime que só se faz valer através da representação popular, mas o modo de se fazer essa representação é meramente formal e deve ajustar-se às peculiaridades culturais do povo onde tem de operar.

França, Inglaterra, Estados Unidos, Alemanha Ocidental e Itália são democracias evoluídas, mas em cada um desses países vigora um sistema eleitoral diferente.

O sistema eleitoral, ninguém põe isto em dúvida, é importante, mas, justamente por isso, há-de ajustar-se às características e necessidades de cada povo. Além disso, o sistema eleitoral tem de inserir-se num contexto político, o qual se alicerça numa ideologia. Porque — diz, ainda, DIETER NOHLEN (48) — “los problemas relativos al sistema electoral son, al mismo tiempo, problemas de poder y problemas en torno a la concepción de la sociedad y de la democracia”. É o que, em outras palavras, também reconhece BARACHO (49):

“A organização do Estado constitucional surge em decorrência do Estado representativo. Essa natureza representativa do Estado constitucionalizado impõe-se através de órgãos e procedimentos que recolhem e condensam os sentimentos, forças e tendências da sociedade.”

Isso posto, quando o Estado age, é a própria nação que está agindo, porém dentro de um sistema que vale como a ordenação de idéias e sentimentos, de uma vontade, de uma ideologia — aquela que, através dos Partidos, as diversas delegações no Parlamento tornam vitoriosa, com ela informando o Estado, dirigido, igualmente, pelo representante de um Partido. Por tudo isso proclama BARACHO (50) “o alargamento da base social da representação política deve partir da verdadeira exteriorização do voto, que só será possível com a aceitação de Partidos que representem as correntes de idéias e de opiniões encontradas no Estado brasileiro”.

O voto é, assim, um dado essencial à vida da democracia. Porque o voto é o homem. E o homem é uma idéia. Cada homem tem seu posto no universo. Quando os homens se agrupam em Partidos diferentes, estão definindo posições. Por isso, quando um candidato se elege através de um Partido, está comprometido com a ideologia desse Partido. Vivendo na sociedade, e só podendo viver em sociedade, e como a sociedade, em sua forma perfeita, é o Estado, o indivíduo, já agora na qualidade de cidadão, transfere para o Estado a sua ideologia. Aí o valor do Partido, que atua, sobretudo, nas Assembléias Legislativas. Donde a transcendência do voto, pelo qual o povo escolhe seus representantes nas Assembléias. Por isso, escreve MANUEL GIMENEZ FERNANDEZ (51), o voto “es un derecho innato adquirido, fundado en la convivencia social, propio del hombre, no en cuanto hombre, sino en cuanto ciudadano de un Estado, cuya esencia, por tanto, corresponde al hombre-ciudadano, en cuanto dotado de concien-

(48) NOHLEN, Dieter. Ob. cit.

(49) BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria e prática do voto distrital. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, n. 78, abr./jun. 1983, pp. 77-172.

(50) BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Ob. cit.

(51) FERNANDEZ, Manuel Gimenez. *Estudios de Derecho Electoral Contemporáneo*. España, Universidad de Sevilla, 1977.

cia y voluntad, pero cuya determinación, fundada siempre en la naturaleza humana, corresponde al Estado, que es precisamente el encargado de la realización del derecho, es decir, de procurar que todos puedan ejercitar sus derechos y de exigir a todos la prestación de sus deberes con arreglo a las circunstancias de tiempo, lugar y persona, que sin poder anular los derechos y deberes, influyen, no obstante, en el modo de practicarlos y ejercerlos, de modo análogo a como en la práctica jurídica, un mismo precepto del Código es aplicado en cada sentencia, condicionándolo a la realidad, aun cuando sin desnaturalizarlo en cada caso concreto". Dessarte, ao votar, o homem se define no plano político, que é, por excelência, o do Estado. Manifesta uma vontade. Faz uma opção. Traduz um pensamento. Busca um tipo de vida coletiva que incumbe ao Estado ordenar e dinamizar: "Es derecho el sufragio — diz ainda GIMENEZ FERNANDEZ — en cuanto el ciudadano del Estado por el hecho de tener conciencia individual y voluntad libre, posee la facultad moral inviolable que el Estado no puede desconocer, de contribuir con la manifestación de su voluntad a la formación de la norma directriz de la vida del Estado, cuyo ciudadano es".

Não esqueçamos, portanto, que o homem deve ser considerado em toda a sua plenitude de pessoa. E, também, como um ser que vive em diversos planos: o familiar, o profissional, o social, o político, o religioso. E que não vive só de coisas, mas também de sentimentos e de idéias. E vive, necessariamente, numa sociedade. Esta atinge a sua plenitude no Estado, que é, afinal, um instrumento de edificação nacional. Assim, o cidadão é o indivíduo operando na esfera da vida coletiva. Como cidadão ele projeta na sociedade a sua concepção da vida e do universo, ou seja, exprime a sua filosofia, transposta, politicamente, para a sua ideologia, cuja realização pelo Estado tentará, através de um Partido Político.

VIII — A responsabilidade das representações partidárias

E é aí que o voto se impõe em todo o seu valor, pois o homem, votando, diz o seu projeto. O voto é, assim, um direito: a todos é lícito revelar o seu entendimento sobre os problemas comuns, cujas soluções são propostas nas Assembléias, através dos representantes dos Partidos. É, também, uma função, eis que o homem vive na sociedade, cabendo-lhe, dentro de suas forças, participar no trabalho social comum. E é, ainda, um dever próprio de quem está integrado num organismo social. Um Partido é, pois, um veículo de uma ideologia. Uma ideologia em busca de institucionalização. O órgão intermediário entre o eleitor e o poder. A "ponte" que o homem usa para alcançar o poder. O homem tem de pertencer a um Partido. Porque no Partido é que ele vai participar da tarefa estatal. Escolhendo os delegados que defendam a implantação social, pelo Estado, de sua ideologia. O voto é um procedimento ideológico. São os Partidos que indicam os caminhos. Por isso mesmo, ensina, ainda, MANUEL GIMENEZ FERNANDEZ ⁽⁵²⁾, "ningún campo existe en que la actuación de los Partidos Políticos sea más propia que el de las elecciones legislativas, en donde precisamente esa reunión de hombres que forma el partido puede hacer triunfar a los propugnadores de sus ideas de gobierno, logrando, si alcanzan ese triunfo,

(52) FERNANDEZ, Manuel Gimenez. Ob. cit.

implantar sus ideas en la dirección del Estado". Isso destaca, igualmente, a responsabilidade do representante. Este não é dono de seu mandato. Este lhe é dado pelo eleitor para um fim determinado. Um parlamentar é eleito por um Partido, e um Partido é sempre um programa, isto é, uma filosofia de vida expressa em termos políticos. Desse modo, o mandato tem de ser imperativo:

"Dans la théorie démocratique — comenta MAURICE DUVERGER (53) — l'élu est considéré comme le représentant de l'électeur, au sens juridique du terme: l'élection s'analyse en un mandat donné par le premier au second de parler et d'agir en son nom dans la direction des affaires publiques."

Os termos do mandato são a ideologia do Partido pelo qual o representante se elegeu. Daí a procedência da fidelidade partidária. O representante que vota em desacordo com o seu Partido é um traidor. Aí, igualmente, a razão por que é imperioso que todo candidato a um posto eletivo pertença a um Partido, não se podendo mais, conseqüentemente, admitir-se o chamado "candidato avulso", coisa própria de uma situação política caótica, indefinida, descaracterizada, individualista, utilitária, perigosa e que já deveria estar definitivamente banida de nossos usos e costumes políticos. Quem dá um mandato para alguém fazer determinada coisa é um ser possuído de uma convicção e de uma vontade. Politicamente, esse ser é uma pessoa que tem, pelo menos presuntivamente, uma compreensão dos problemas políticos, sociais e econômicos do país e quer que esses problemas sejam equacionados e resolvidos nos termos dessa sua compreensão política, ou seja, de sua ideologia. Daí ingressar num Partido: do centro, da direita, da esquerda. Quando vota num determinado candidato, indicado este pelo seu Partido, é porque vê nele o mais indicado a propugnar pelos postulados do seu Partido. Isso explica por que não se pode conceber uma democracia de um Partido só, nem somente de dois Partidos, mas de muitos. O ideal seria o povo governar-se a si próprio. Mas a democracia direta é uma quimera. O processo de representação popular só pode ser indireto: "um povo não pode governar-se a si mesmo, do mesmo modo que um exército não pode chefiar-se a si mesmo. Um povo deve ser governado, e é isso o que ele quer" (OSVALDO SPENGLER) (54). Daí a existência das assembléias, onde têm assento os representantes do povo. Daí um delegado do povo, por este eleito, direta ou indiretamente, na chefia do Estado. E porque são indicados e eleitos por um Partido, obrigam-se a ser fiéis à ideologia do Partido que os elegeu. A participação do eleitor no processo político não se exaure com o seu voto. Quando vota, ele faz uma opção. Define-se. Toma uma posição. A votação, diz DOUGLAS W. RAE (55) "es forzosamente un acto de

(53) DUVERGER, Maurice. *L'influence des Systemes Electoraux sur la Vie Politique*. Paris, Armand Colin, 1950. (Avec la collaboration de FRANÇOIS GOGUEL, J. CADART, G. DE LOYS, S. MASTELLONE, A. SOULIER, G. VLACHOS).

(54) SPENGLER, Osvaldo. *Anos de Decisão*. Trad. de HERBERT GIRO. Porto Alegre, Meridiano, 1941.

(55) RAE, Douglas W. *Leyes Electorales y Sistema de Partidos Politicos*. Madrid CITEP, 1977. Traducción de ELOY FUENTE HERRERO.

opción". Seu voto é, pois, um mandato. Os termos deste mandato estão no programa do Partido. E um programa é um projeto de realização de uma ideologia. Assim, para "la organización de los gobiernos representativos, el sufragio es un elemento esencial, de gran transcendencia jurídica y política, que le hace alcanzar un excepcional interés práctico. No sólo debe ser visto como una fórmula o instrumento de designación de los gobernantes por el pueblo, sino como medio de participación de éste en las decisiones gubernamentales y principio legitimador de todo poder político" (FRANCISCO BERLIN VALENZUELA) (86).

Vivem, portanto, os homens em sociedade a sua vida de indivíduos e a sua vida de pessoas, a sua vida privada, a sua vida profissional e a sua vida política. E, como cidadãos, integram-se numa ordem coletiva de existência, que eles modelam segundo suas filosofias, isto é, de acordo com o entendimento que têm de como devam ser organizadas as coisas para melhor servir às suas necessidades. Predomina, então, em dado momento histórico da vida dos povos, este ou aquele modelo, expressão desta ou daquela ideologia dominante. Assim, o homem é, de certo modo, o dono de seu destino, eis que ele é quem organiza e dá sentido às coisas, nelas imprimindo a sua vontade, esta a serviço de uma idéia. Mas é como um ente político que ele age assim. Porque é a política a ciência de que se utiliza no estudo e no encaminhamento das soluções dos problemas que interessam à coletividade.

Escolhido um Partido, aquele cujo programa se ajuste aos seus ideais, o homem, pelo voto, seleciona aqueles candidatos que julga mais capazes para tentar a realização dos objetivos que a sua agremiação política se propõe. Vota. E pelo voto, então, passa a ter "presença" nos negócios públicos, porque os candidatos que elegerem vão dirigir o Estado, nas assembleias ou nos executivos. É aí que o Parlamento cresce em importância. Aos céticos, aos totalitários e a quantos negam o Parlamento, pode-se argumentar com GEORGE BURDEAU (87):

"... a questão de saber para que serve um Parlamento responde-se por si mesma quando se pensa se, por acaso, o país ficasse privado dele."

Desse modo, o Parlamento, hoje com funções menos legislativas e mais políticas, é órgão essencial à pesquisa, coordenação e sistematização da opinião pública, pelo que assume um papel relevante na caracterização,

(86) VALENZUELA, Francisco Berlin. *Derecho Electoral*. México, Porrúa, 1980.

(87) BURDEAU, George. Cit. por Afonso Arinos de Melo Franco, in *Modelos Alternativos de Representação Política no Brasil e Regime Eleitoral*, cit.

dinamização e direcionamento do Estado, verdade assim proclamada por SYLVIE GIULY (58):

“La science politique s’est penchée sur le rôle joué par les institutions, et notamment l’institution parlementaire, dans la société globale, dans une perspective fonctionnaliste. Il apparaît que la fonction manifeste du Parlement est la communication: le Parlement institutionnalise la dialogue.”

Posiciona-se, assim, o Parlamento, como o grande centro de debates. Nele é que a nação expõe a sua voz, dizendo o que sente, o que pensa, o que quer. Vale, pois, o Parlamento como instituição política por excelência. Mas a sociedade, cujos segmentos nele se fazem presentes, está representada por homens pertencentes a Partidos. Portanto, os parlamentares representam idéias e propósitos diferenciados, até mesmo antagônicos, predominando, logicamente — sem prejuízo das minorias — a ideologia do Partido vencedor. O Partido existe e atua justamente para tentar informar o Estado à semelhança de sua ideologia. Vencendo o Partido, essa ideologia há-de se impor, pois será a da maioria da sociedade, que o Estado encarna e movimenta.

De passagem, cabe advertir que, quando se fala em povo, deve-se ter em vista toda a nação. Porque há, em toda parte, uma certa tendência a confundir o povo com uma parcela do povo. Entre nós, todos falam em nome do povo. O **povo quer isto**, diz o esquerdista; o **povo quer aquilo**, diz o representante da direita; o **povo quer outra coisa**, clama o político do centro.

Ora, povo não é só a **massa**. Povo não é só o operário da cidade. Povo não é só o estudante. Não é só o funcionário. Não é só o camponês. Não é só o empresário. Povo são **todos** os membros de uma sociedade: o camponês, o estudante, o comerciante, o industrial, o funcionário público, o empregado de empresas particulares, o religioso, o professor, o militar, o profissional liberal, o desportista, o político, o diplomata, o preto, o branco, o índio, o rico, o pobre, o poderoso, o humilde, todos. Mas os demagogos e os totalitários, conforme ensina a história, se servem sempre das **massas** para, confundindo-as intencionalmente com o povo, conseguir os seus designios, assim atrasando a marcha da civilização:

“L’expérience des siècles passés montre que, presque sans trêve, les sociétés ont oscillé, passant brusquement des régimes de grande oppression aux régimes de navrante démagogie. Une satanique malédiction aurait-elle donc été attachée à tout ce qui est humain de telle façon que nous n’aurions que la misérable servilité vis-à-vis du pouvoir ou de nous étourdir d’appelle et de ces cris démagogiques?” (BERNARD LAVERGNE) (59).

(58) GIULY, Sylvie. L’Statut de l’Opposition en Europe. Notes et études documentaires. La Documentation Française. Septembre, 1980.

(59) LAVERGNE, Bernard. Suffrage Universel et Autorité de l’état. Paris, Presses Universitaires de France, 1979.

Nem demagogia, nem tirania. Nem massas, nem déspotas. Nem anarquia, nem omissões, nem totalitarismo. A solução é o Estado de direito. A nação juridicamente organizada. O Estado, quando expressa realmente a nação, com ela se identifica, tem sangue, tem nervos, tem vontade, tem vida, tem consciência. E num Estado assim o Parlamento reflete, verdadeiramente, pelos representantes partidários que nele atuam, os anseios gerais do povo.

IX — É preciso ver a sociedade como a sociedade é

Não podemos, entretanto, nos deixar engodar pelas quimeras. É preciso ver a sociedade como a sociedade é. O Parlamento é órgão essencial à democracia. E democracia é o único regime político onde o homem encontra ambiência favorável ao seu pleno desenvolvimento. Mas o Parlamento é integrado por homens escolhidos pelo povo, através do voto. Então, urge que o eleitor saiba escolher, saiba votar. Ora, para escolher bem, o eleitor há-de estar capacitado. O sufrágio há-de ser um ato consciente, “il doit être amalgamé à un principe tout autre, le respect des compétences” (BERNARD LAVERGNE) ⁽⁶⁰⁾. Se o povo não estiver habilitado a votar, não saberá distinguir valores, doutrinas ou candidatos. Cabe, então, indagar, corajosamente: um homem pobre, analfabeto, doente, desinformado, submisso, é apto a escolher Presidente da República, Senadores, Deputados, Governadores? A resposta a essa pergunta obriga a uma posição ante o voto direto ou indireto. Sabemos o que é uma eleição nas cidadezinhas do interior, nas aldeias, na roça. Conhecemos os “currais eleitorais”. Sabemos o que é e o que pode o “coronel”. Sabemos o quanto podem os gerentes de bancos em nossa hinterlândia. E os “chefes de destacamento”. Por outro lado, os “cabos eleitorais” são uma triste realidade nos centros urbanos, os banqueiros do jogo “do bicho” dominando, soberanamente, vastas zonas eleitorais. É o domínio do poder econômico, que se impõe na razão direta da miséria e da ignorância do eleitorado. Seja o que for, o nosso eleitorado, em grande parte, é esse. Grande parte do nosso povo está aí. São, também, seres humanos, pagam impostos e prestam serviço militar. Ora, todos são iguais perante a lei... donde o direito que se lhes reconhece de **participar** dos negócios públicos, através de seus representantes nas Prefeituras, nos Governos estaduais, na Presidência da República, nas Assembléias, nas Câmaras Municipais, no Congresso... Por isso, mandam-nos votar. E eles votam. Votam em quem mandarem os “coronéis”, os “cabos eleitorais”, os patrões, os credores, os que lhes prometem empregos, os que lhes fizeram algum favor, os pastores que podem mandá-los para o céu ou para o inferno...

Acabemos com o medo de enfrentar os **tabus**. Em política, isso significa dizer que precisamos coragem para destruir os mitos. Admite-se a covardia num politiqueiro, não num político de verdade. E jamais num estadista. E são os estadistas que devem governar. Quando tanto se fala em democracia é preciso reconhecer, honestamente, com MACHADO PAUPÉRIO ⁽⁶¹⁾,

(60) LAVERGNE, Bernard. Ob. cit.

(61) PAUPÉRIO, A. Machado. Democracia e representação. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, n. 62, abr./jun. 1979, pp. 41-46.

que, conquanto “a teoria clássica, a rigor, pretende que cada um não obedeça senão a si mesmo e que todo o governo seja exercido pelos próprios governados”, a verdade é que “o governo implica em poder e organização, em administração e decisão, que não são compatíveis de ser exercidos por todos, nem mesmo por uma minoria. O caráter, a capacidade e o valor cívico não estão na maioria, senão na minoria”.

O pecado capital, no caso, foi a confusão da **forma** com a **essência**: “A má compreensão do princípio da liberdade de crença levou a democracia, desde o início, no mundo moderno, a ser encarada apenas como forma de governo e não como filosofia de vida”, critica, ainda, MACHADO PAUPÉRIO, que acrescenta ⁽⁶²⁾:

“A democracia vai aos poucos reencontrando os seus verdadeiros rumos, definindo-se como uma filosofia de vida, fundada politicamente na convivência livre e responsável e inspirada no movimento universal dos direitos e deveres humanos. Para que exista democracia, torna-se essencial um ordenamento jurídico baseado no respeito à dignidade do homem”. Assim — diz, mais — “não pode a democracia prescindir das elites. Nenhum sistema político tem mesmo tanta necessidade de elites como o próprio sistema democrático. A única diferença dessas elites com relação a quaisquer outras é que elas são abertas a todos, ricos e pobres, brancos e pretos, exigindo apenas de seus componentes, moralidade, competência e espírito público.”

Que não se confunda, portanto, democracia com liberal-democracia. Esta contém democracia, mas não é a democracia. Pelo contrário, pelo que é, o liberalismo **impede** a democracia, pois, pelos seus postulados básicos, interligados no “laissez-faire”, possibilita e estimula uma sociedade dividida em classes, dominando as economicamente mais poderosas e nem sempre as moralmente mais aptas.

Na antigüidade, na Grécia inclusive, também se praticou democracia, porém não a democracia. Pois, mesmo em Atenas, a escravidão era uma instituição, e onde há escravos, aí não existe a democracia.

Democracia é uma filosofia política, é uma ideologia, ou melhor, a expressão política de uma filosofia. Logo, uma concepção do homem, da vida, do universo:

“Democracia, escrevemos ⁽⁶³⁾, este o grande ideal político dos homens, desde que se tornaram conscientes de sua dignidade essencial de pessoas, ou seja, de seres feitos à imagem e à semelhança

(62) PAUPÉRIO, A. Machado. Ob. cit.

(63) FIGUEIREDO, Paulo de. Partidos, Congresso, Democracia. In: *Problemas Políticos da Atualidade*. Brasília, Senado Federal, 1979.

de Deus, com um destino transcendente a perseguir. Essa condição de pessoa teve, para o homem, as mais profundas e amplas implicações políticas, pois, posto assim, nessa situação de ser que transborda da pura animalidade, livre e racional, o homem passou a exigir uma ordem geral de existência em que a sua natureza fosse respeitada e onde as condições ambientes possibilitassem a expansão harmoniosa de suas virtualidades no sentido de sua plenitude. A democracia surgiu como um meio existencial político capaz de permitir aos homens todos a busca desse destino superior, pois revelou-se como o sistema ideal para os homens, sem perda de sua dignidade, integrarem-se numa disciplina de vida capaz de bem ordenar a variedade infinita de tendências num todo harmônico, homogêneo, solidário e dinâmico, em que todos eles se movimentassem com liberdade na procura do bem comum.”

O homem, para realizar essa democracia, precisa estar preparado para ela. Precisa, antes de tudo, integrar-se em sua condição de pessoa. Para votar e para ser votado, isto é, para participar direta ou indiretamente do governo, seja na área municipal, na estadual ou na nacional, no setor legislativo, no executivo ou no judiciário, o homem precisa ser homem, precisa ser uma pessoa, um ser livre, consciente, responsável.

Rico ou pobre, preto ou branco, deste ou daquele Partido, com tal ou qual profissão, o homem só se torna verdadeiramente homem — e, portanto, politicamente capaz para a democracia — quando se integra em sua condição de ser feito à imagem e à semelhança de Deus. Só, então, através de um Partido que sugira um sistema geral de vida coletiva, a ser implantado pelo poder, que busca, ele estará habilitado a uma obra política verdadeiramente humana. Só assim o homem estará consciente de uma ideologia, só assim saberá o que quer e lutará pelo que quer.

O povo, ao dar a vitória a um Partido, assume uma ideologia, escolhe um caminho, indica um rumo. Mas, povo são os homens, todos os homens de uma sociedade nacional. Então, para criar a democracia, esses homens não de ser livres e homens livres não são, certamente, esses milhões de brasileiros analfabetos, doentes, maltrapilhos, desprotegidos e despreparados que vegetam nos campos ou nas favelas das cidades, escravos da ignorância e de toda a sorte de necessidades, simples brinquedos nas mãos dos poderosos e afortunados.

No Brasil, reconheçamos, então, a democracia exige um governo de elite, mas um governo assim só poderá ser constituído se formado por homens escolhidos por um eleitorado capaz. Isso nos leva à condenação do sufrágio universal e do processo direto de escolha dos candidatos aos postos de comando, máxime o de Presidente da República. O retrato político do

Brasil, feito segundo a técnica das eleições diretas e do sufrágio universal, assim foi traçado, com severidade, porém realismo, por OSVALDO TRIGUEIRO (64):

“Quanto ao Brasil, conhecemos o primeiro fruto da representação proporcional; num país de débil tradição partidária, onde nem sequer havia Partidos nacionais, ela de chofre criou uma dúzia deles. Ora, sem falar no Partido Comunista, que não tem existência legal, somente o Partido Socialista apresenta uma nítida diversificação ideológica. Entre os demais inexistem uma nítida diversificação ideológica. Entre os demais inexistem diferenças fundamentais de princípios ou de programas. Os programas facilmente se confundem e de resto ninguém os lê. De modo que, entre nós, a lei divide a representação do povo entre grupos artificiais, que de nenhum modo representam setores diferenciados de opinião, de pensamento ou de aspirações políticas. Pode-se dizer que, de certo modo, a nossa representação proporcional é uma máquina que trabalha no vácuo.”

Essa, a verdade. Por quê? Pela falta de preparo do nosso eleitorado. Pela carência de verdadeiras elites. Pela inautenticidade dos nossos Partidos. E, no fundo, porque o homem está ausente de si mesmo, de sua essência, de sua integralidade, de sua grandeza. Discute-se se a eleição deve ser direta ou indireta, mas não se procura dar ao eleitor condições de independência para votar. O eleitor, em grande escala, é escravo da miséria, da doença, da ignorância, dos grupos econômicos. E os eleitos são escravos de sua cupidez e, muitas vezes, também do seu despreparo. Não se vê nenhum candidato a postos executivos ou legislativos com um programa que traduza um sistema ideológico em que se enquadrem os problemas fundamentais do País e se proponham soluções para os mesmos. É tudo falso e artificial, aleatório, insincero, interesseiro. Pior: as poucas conquistas reais, como a fidelidade partidária, primeiro passo para a subordinação do candidato a uma ideologia, ainda nem se consolidaram e já estão sendo contestadas. E há os que pregam a volta das coligações partidárias, coisa só admissível quando os Partidos se confundem em programas iguais, sem diversidade ideológica, para o que não haveria necessidade senão de um Partido só. E há os que advogam as candidaturas avulsas, expressões de um individualismo político caduco e que só servem à satisfação de vaidades mórbidas. É assim, no Brasil.

A “salvação” não é somente votar, mas votar bem, votar conscientemente, votar segundo uma razão e uma finalidade, e votar em quem seja capaz de cumprir um programa de governo, que pressupõe uma convicção política, uma consciência doutrinária, uma ideologia.

Pessoalmente, estamos que, no Brasil, melhor seria que a sociedade votasse através de seus vários segmentos. Tanto no plano municipal quanto no estadual e no nacional, as bancadas dos Partidos deveriam ser integradas pelos representantes desses segmentos. Os eleitores seriam as diversas organizações profissionais: a dos camponeses, dos operários, dos industriais, dos

(64) TRIGUEIRO, Osvaldo. Ob. cit.

comerciantes, dos fazendeiros, dos professores, dos funcionários, dos profissionais liberais, dos esportistas, dos militares, dos religiosos das diferentes igrejas, dos estudantes etc. Tais organizações, por seus representantes — estes distribuídos pelos diferentes Partidos —, estariam melhor habilitadas para selecionar os Vereadores, os Deputados estaduais, os federais e os Senadores. Por outro lado, colégios eleitorais e constituídos de delegados de todas essas assembléias estariam, em cada área — municipal, estadual ou federal — melhor capacitados a eleger Prefeitos, Governadores e Presidentes da República. O nome que se desse a esse sistema é secundário. O Principal, no caso, é a legitimidade do voto, a autenticidade da representação e a capacidade do representante. A democracia lucraria com isso. Pois, em verdade, como registra FRANCISCO BERLIN VALENZUELA ⁽⁶⁵⁾ “no falta quienes opinan que la base individual de la representación es muy limitada y que para complementarla debe darse lugar a otros tipos que tomando en cuenta factores sociales permitan la representación funcional y familiar”. O indivíduo como pessoa, é o elemento político fundamental. Mas, no caso, ele não seria desprezado ao se atribuir aos grupos profissionais o poder de escolha dos delegados às diversas assembléias que, ao fim, constituiriam os colégios eleitorais. Pois os delegados seriam escolhidos por todos os membros das diferentes agremiações. E poderiam pertencer a qualquer Partido. O indivíduo participaria, como indivíduo, da escolha feita pelo seu grupo. E votando em gente de “sua classe”, melhor poderia avaliar os méritos do candidato. Como bem declara JUSTINO ARCHAGA ⁽⁶⁶⁾ “es una verdad universalmente reconocida que no todos los individuos, que no todas las unidades discretas que constituyen el organismo social reúnen las cualidades necesarias para poder concurrir a la producción de la acción compleja que tiene por fin la elección del personal de los Poderes Públicos”.

Chegamos, agora, ao ponto de discutir o processo eleitoral propriamente dito, isto é, a maneira como devemos votar. Os sistemas são muitos e diversas as opiniões a respeito.

Inicialmente, consideremos que o voto pode ser universal ou restrito, ou seja, um direito de todos os indivíduos ou um direito limitado a indivíduos para tanto devidamente habilitados.

Teoricamente, o sufrágio universal é mais democrático, pois todos poderiam votar e, nas democracias, diz-se, o governo deve ser “do povo”. Na prática, isso não passa de balela. Para começo de conversa, a maioria nunca vota. Ainda no último pleito, em 15 de novembro de 1982, “menos da metade da população brasileira estava habilitada a votar, segundo um levantamento do Tribunal Superior Eleitoral: 58.571.184 eleitores” ⁽⁶⁷⁾. E, na realidade, com as abstenções, votou um número ainda menor de eleito-

(65) VALENZUELA, Francisco Berlin. Ob. cit.

(66) ARECHAGA, Don Justino Jimenez de. *La Libertad Política*. Montevideo, Tipografía y Encuadernación de la Librería Nacional, s/d.

(67) INSTITUTO BRASILEIRO DE ECONOMIA. *Conjuntura*. Rio, FGV, n. 36, nov. 1982.

res. O certo é que a maioria da população nunca votou no Brasil. Além disso, os analfabetos também não votam, nem os menores de 18 anos, e os velhos não são obrigados a fazê-lo. Desse modo, a “representação da maioria”, pelo menos em nossa democracia, é uma mentira.

Um eleitorado limitado poderia ser mais qualificado. Como, no entanto, selecionar os eleitores? Certamente pela instrução e pela independência financeira, mas já então estaríamos discriminando, elitizando o eleitorado e ferindo os “sagrados” princípios da democracia. . .

O voto pode ser secreto ou a descoberto. Quase todo mundo defende o voto secreto, pois — alega-se — assim se põe o eleitor a cavaleiro de pressões ou perseguições. É certo. Mas o ideal seria o voto às claras. O eleitor, para ser eleitor, deve ter independência e coragem para expor a sua posição política. Só assim demonstra ser um indivíduo livre e consciente. E se o voto secreto favorece uma escolha sem medo, possibilita, por outro lado, atos de traição, que empequenecem o homem.

Pode também o voto ser obrigatório ou facultativo. Optamos por sua obrigatoriedade. Se o voto pressupõe uma posição ideológica, pois o eleitor vota no candidato de determinado Partido, isto é, comprometido com uma ideologia, que é, também, a sua, então não há como admitir fuja o eleitor ao seu dever de votar.

Pode, outrossim, o voto, ser distrital ou estadual (até nacional, quando da eleição do Presidente da República). O voto distrital tem a vantagem de colocar o candidato mais próximo do eleitor. Na eleição por distritos até mesmo o analfabeto e o mendigo têm condições de escolher. O eleitor, em seu distrito, conhece “todo mundo”, sabe quem é bom e quem é ruim, quem trabalha pelo lugar, quem é honesto, quem é ladrão. Mas, por outro lado, a adoção desse sistema, se feita em termos rígidos, poderia alijar das representações partidárias figuras dignas de representar o povo em qualquer assembléia. Além disso, o sistema possibilita e favorece os interesses dos ricos e poderosos. O mais aconselhável, na espécie, seria, talvez, a adoção de representações mistas, parte escolhida pelo voto distrital, parte pelo voto geral.

Finalmente, pode a eleição ser direta ou indireta. Ficamos com a indireta. É menos falsa. Pelo menos no Brasil o voto direto tem sido uma ilusão. Não se pode, sem se fugir à verdade, aceitar como voto livre e consciente o voto do tirador de leite nos currais das fazendas, do capador de porcos, do capinador de pastos, do tocador de tropas, do vendedor de galinhas, do entregador de mercadorias, do empregado doméstico, do zelador de edifícios, do garagista. O homem, para bem votar, tem que ser capaz, consciente, livre e responsável. E o grosso de nossas populações, no interior principalmente, é constituído de indivíduos desprovidos de recursos, sem emprego certo, analfabetos ou semi-alfabetizados, vítimas de endemias rurais, completamente sujeitos ao jugo dos fazendeiros e sitiantes. Não há como festejar-se a eleição de um Presidente da República cujos méritos

sejam avaliados por eleitores desse jaez... Somos pelo processo indireto de escolha do Presidente da República e dos Governadores dos Estados. Ou seja, o eleitorado, em nosso entender, há de ser selecionado, de maneira a constituir-se de homens realmente aptos a arcar com a responsabilidade de escolhas dessa valia. Uma sugestão estaria num colégio eleitoral onde se fizessem presentes representantes de todos os segmentos da sociedade, por estes eleitos. Os órgãos representativos das diversas categorias profissionais indicariam os candidatos, eleitos pelas categorias. O fato de esse colégio oferecer esse cunho corporativista em nada o desmereceria. Mas haveria, também, a possibilidade de um sistema misto: metade dos candidatos aos cargos eletivos seria escolhida assim, a outra metade pelo voto direto. De qualquer modo, essa escolha de representantes de categorias profissionais valeria até mesmo para o pobre e o analfabeto, visto que, por exemplo, o lavrador, mesmo pobre e sem instrução, saberia muito bem que companheiro estaria em condições, na Câmara Municipal, na Estadual ou na Federal, de bem lutar pelos interesses da lavoura.

Reconheça-se, no mais, que não somente o eleitorado da roça se mostra deficiente. Também o das cidades. Nestas também pululam os analfabetos, os desempregados, os carentes de toda sorte. O voto dos favelados, por exemplo, é controlado e vendido pelos "cabos eleitorais", geralmente acólitos dos banqueiros do "bicho". Os assalariados são profundamente dependentes dos patrões. E até eleitores medianamente esclarecidos trocam o seu voto por um emprego, um negócio, uma promessa... ou vota por amizade... ou por parentesco...

Recordemos: até a proclamação da República, isto é, durante mais de três séculos, prevaleceu, no Brasil, a eleição indireta. Da República para cá, passou a vigor a eleição direta, com hiatos no Estado Novo e com o regime de 64.

O que foram as eleições, durante o período republicano, até 1937, e, depois, de 1945 até 1964, os fatos estão aí para mostrar: crises, corrupção, crimes, "depurações", intervenções, cassações de mandatos, estado de sítio, rebeliões, assassinatos, renúncias, suicídios, deposições etc. Talvez lembrando-se dessas coisas EUGENIO GUDIN⁽⁶⁸⁾, em oportuno artigo, evocou a posição de SALVADOR DE MADARIAGA quando, em carta ao General Onganía, escreveu: "A eleição por sufrágio universal direto constitui a mais desastrosa caricatura de democracia que a História da Humanidade conhece", bem como a de BILAC PINTO: "A democracia de sufrágio universal não resiste ao embate conjugado da demagogia, do voto emocional e da pobreza", e, ainda, a do General ERNESTO GEISEL, que afirmou: "Não pode haver regime democrático onde há favelas e gente morrendo de fome".

De nossa parte, a opção está feita: somos pela eleição indireta, para escolha do Presidente da República, dos Governadores e dos Senadores⁽⁶⁹⁾.

(68) GUDIN, Eugenio. As indiretas. O Globo, Rio, 30 de abril de 1984.

(69) FIGUEIREDO, Paulo de. Uma Constituição brasileira para o Brasil, cit.

A democracia, regime que todos pretendemos, porque, em tese, é a única ambiência coletiva de existência em que os homens têm possibilidades de participar equitativamente dos bens da civilização e da cultura, está condicionada à existência de Partidos Políticos que, cada um servindo a uma ideologia, procurem, em consonância com os seus princípios e as suas diretrizes, melhor atingir os objetivos de justiça, igualdade e liberdade.

Para que esses Partidos sejam possíveis e tais objetivos viáveis, mister se faz que o homem seja colocado em sua dignidade de pessoa, ou seja, de ser integral, cujas necessidades, materiais e espirituais, hão de ser contempladas, para que ele possa cumprir o seu destino de ser preso à terra pela carne mas ligado ao céu pelo espírito.

Impõe-se, então, como verdadeiro imperativo de formação e sobrevivência de uma democracia autêntica, que o homem, dentro de sua realidade total, organize o Partido pelo qual intente a transformação de seus ideais em vivências sociais, políticas e econômicas.

Isso importa em reconhecer que o homem brasileiro precisa embeber-se da doutrina cristã, única que vê o homem em sua totalidade e em sua dignidade essencial de pessoa, e formar, então, um Partido democrata e cristão, através do qual busque o poder para, então, informar o Estado segundo a filosofia cristã.

Precisamos, antes, convencer-nos todos de que o Cristianismo não se esgota como religião, transborda dos limites religiosos para abranger todas as áreas de atividade humana. Cristo foi Deus e foi Homem, e, por isso, os que O seguem devem tentar uma sociedade estruturada pelas normas e mandamentos de sua doutrina.

Não se pode, aliás, separar, no homem, as suas atividades temporais das espirituais. Religião, filosofia, direito, política, ciência, tudo isso se interliga, se influencia, se articula, se choca e se une, se busca e se repele, se divide e se completa, se separa e se irmana, na luta dos homens em procura de uma sociedade em que possam cumprir o seu destino, e, como sentença MANNHEIM (70), "é impossível viver harmoniosamente, à luz do amor fraterno cristão, em uma sociedade que não se acha organizada sob o mesmo princípio". Dessa maneira, só uma sociedade inspirada no Cristianismo pode dar ao homem condições de plena realização. Só ela será humana. Só ela será autenticamente democrata. E uma sociedade cristã é possível. Como foi possível a sociedade comunista. Como foi possível a sociedade nazista. Como está sendo possível uma sociedade muçulmana. O ideal e o real não se repelem nem se anulam, antes se conjugam e se completam. O povo brasileiro é cristão, cristã há de ser a sua sociedade, o Estado brasileiro há de estruturar-se em termos cristãos. Não se trata de impor a religião católica, cuida-se, isto sim, de realizar socialmente o Cristianismo, doutrina que está na base e na essência de nossa formação política, desde

(70) MANNHEIM, Karl. *Ideologia y Utopía*. Trad. de SÉRGIO MAGALHÃES SANTEIRO. Rio, Zahar, 1968.

os primórdios de nossa história. E, neste século XX, na atual conjuntura internacional, não é mais possível que nos restrinjamos às práticas religiosas do Cristianismo, senão que tentemos realizar, **socialmente, politicamente e economicamente**, os valores do Cristianismo, naquilo em que representam valores de vida aqui na terra: “Não há respeito à dignidade do homem sem o respeito a Deus e aos valores espirituais e éticos da nacionalidade. A democracia há-de ser, portanto, necessariamente espiritualista” (A. MACHADO PAUPÉRIO) (71). Espiritualista e realista, isto é, universal pelo seu conteúdo humano e nacional pela sua capacidade de atender às particularidades de nossa gente e de nossa terra.

Democracia é igualdade, liberdade, fraternidade. Ora, a miséria, a opressão, os preconceitos religiosos, raciais e sociais, as guerras, a injusta distribuição da riqueza, o egoísmo, a devassidão, os crimes, enfim, tudo isso que o mundo nos está exibindo, demonstra que a democracia não existe, pois os homens estão distanciados do Cristianismo. Este só está sendo e valendo dentro dos templos, porque, nas sociedades modernas o que está dominando é o anticristo.

Todavia, o homem jamais renuncia de todo a si próprio. Sua alienação nunca é definitiva. Há sempre a expectativa — sobretudo, há a esperança — de que se recupere, se reconquiste e caminhe para a frente e para o alto.

É a democracia que queremos, e democracia é regime de iguais oportunidades para todos, de trabalho, educação, saúde e instrução para todos; de respeito a todos; de justiça para todos; de liberdade responsável; de eqüitativa distribuição da riqueza. Na democracia, a economia não pode ser instrumento de opressão dos humildes pelos poderosos, estará sempre a serviço da sociedade, logo, de todos os homens.

Democracia é amor ao próximo.

O Estado, é, sim, um instrumento de “construção” nacional do povo. E povo são todos os homens que vivem nesse Estado. Ora, o Estado, ao organizar a nação politicamente, obedece a uma ideologia, esta decorrente de uma filosofia. Um Estado, para ser realmente democrático, tem de ser realmente humano. E, para ser realmente humano, tem de ser verdadeiramente cristão. O povo brasileiro, que nasceu, cresceu, desenvolveu-se e tornou-se adulto, dentro da pregação cristã, não pode fugir às suas origens, à sua natureza, à sua vocação. Na busca de uma democracia, havemos de querê-la cristã e brasileira. E querê-la já. Entretanto, já salientávamos, em 1944:

“Se Cristo é o norte, a verdade é, contudo, que, conquanto todos o apontem como o fim supremo, a maioria não segue pela estrada que vai ter a Ele. Ou então o situam para além desta

(71) PAUPÉRIO, A. Machado. Ob. cit.

vida, numa outra vida sobrenatural. Separam dois planos que se deviam harmonizar: o espiritual e o social. Cristo fora deste, só naquele. E porque exilam Cristo desta vida, nela fica Judas, sozinho, sem freios, dominando os homens. O Judas que também existiu como homem e que tem feito do homem o lobo do homem e da sociedade um ambiente político insuportável” (72).

Acrescentávamos:

“A solução para os males terrenos estaria, dessarte, a nosso ver, em se pôr em Cristo um ideal terreno realizável. Em, portanto, se ver no Cristianismo uma possibilidade social, que poderíamos transformar numa vivência social. Se o homem é feito à imagem e à semelhança de Deus, se existiram os santos para provarem do que é capaz o homem em grandeza, porque não se admitir possam os homens construir, na terra, um mundo digno dos homens? Cristo deve ser o modelo. Ele, que foi o Homem-Símbolo, deve ser um símbolo para os homens: símbolo do que pode o homem, também na terra” (73).

E dizíamos, ainda (74):

“É o homem que faz a história. E o homem vale pela razão, pelo caráter, pelo coração. Depois de Cristo e dos cristãos o meio social, moral e espiritual do mundo ficou profundamente alterado. Temos, modernamente, outros exemplos sugestivos: a Rússia e a Alemanha. Há, na Rússia, um meio novo, criado por um novo homem. O mesmo se verifica na Alemanha. Se, pois, as ideologias marxista e nazista deram, na Rússia e na Alemanha, sociedades correspondentes — a bolchevista e a nazista —, por que não se acreditar possa o Cristianismo, através do homem cristão, dar-nos uma sociedade cristã?”

X — Democracia cristã e democrática

Tudo isso considerado, estamos que a democracia, tão sonhada, só será efetivamente obtida se, recolocado em sua condição cristã, o homem tentar, politicamente, uma sociedade realmente cristã. JOSEPH FOLLIET (75), depois de afirmar, com razão, que “sería un grave error suponer que el Cristianismo social espera lograr la justicia mediante la sola reforma de los corazones, operada por la vida religiosa”, pois, para o Cristianismo, “y en virtud de su noción del hombre, compuesto sustancial de alma y cuerpo — la reforma interior y la reforma de las estructuras sociales deben ser simultáneas y paralelas”, traça os princípios e diretrizes que devem inspirar e orientar a democracia cristã:

1) respeitar, defender e proteger o desenvolvimento da pessoa humana;

(72) FIGUEIREDO, Paulo de. O melo é fruto do homem. Oeste, cit. n. 23.

(73) FIGUEIREDO, Paulo de. O melo é fruto do homem, cit.

(74) FIGUEIREDO, Paulo de. O melo é fruto do homem, cit.

(75) FOLLIET, Joseph. Doctrinas Sociales de Nuestro Tiempo. Buenos Aires, Ediciones del Atlántico, 1967.

- 2) respeitar o bem comum e fortalecer as suas cidades e comunidades;
- 3) realizar as exigências da justiça e da sociedade. A ordem social se funda sobre a justiça; a paz social é obra do amor;
- 4) a reforma dos costumes, realizada mediante o esforço pessoal, está indissolavelmente unida à reforma das instituições e das estruturas;
- 5) a família deve ser defendida, respeitada e libertada. Urge organizar a família tendo em conta a pessoa e organizar a sociedade tendo em conta a família;
- 6) o direito de associação há de ser respeitado. Organizem-se corpos intermediários entre o indivíduo e o Estado, que decidam sobre o exercício desse direito;
- 7) organização profissional, visando pôr fim à luta de classes;
- 8) o Estado tem o direito de intervenção social e econômica, para orientar e coordenar a democracia, pondo-a a serviço do homem e do bem comum;
- 9) o Estado tem como limite o respeito à pessoa humana; e
- 10) organizar a comunidade internacional.

Obedecidas essas diretrizes, que só uma política cristã é capaz de propor, seria, então, possível, a implantação de uma democracia autêntica.

Justiça, igualdade e liberdade — os pilares da democracia — são impossíveis em regimes inspirados em filosofias agnósticas ou materialistas, como o liberal-democrata, o fascista e o comunista.

O demoliberalismo, cujas raízes filosóficas estão no racionalismo cartesiano e no luteranismo, só poderia traduzir-se em sistemas políticos de cunho individualista, inorgânicos, atomísticos, como essas falsas democracias que existem por aí, onde o homem explora o homem, onde a sociedade está dividida entre milionários e miseráveis, em tiranos e oprimidos. Não se podem qualificar de democracia esses regimes capitalistas selvagens que ainda sobrevivem no mundo, materialistas, egoístas, grosseiros, discriminatórios, imediatistas, desumanos. Nem de democracia podem ser chamados os sistemas marxistas-leninistas, projetados em sociedades onde o homem não passa de simples máquina de produção.

Só uma democracia inspirada no Cristianismo responderá às aspirações supremas do homem. Só nela o homem será situado em sua autenticidade. Só ela será realmente democracia, porque só ela será capaz de fraternidade, de igualdade, de liberdade.

O Poder e seu controle

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO
Professor Titular de Direito Constitucional
da Faculdade de Direito da USP.
Suplente de Senador por São Paulo

SUMÁRIO

1. *O fenômeno "poder"*
2. *Que é o poder?*
3. *Poder físico e poder moral*
- A. O PODER NAS RELAÇÕES INTERINDIVIDUAIS
 4. *O poder entre homens*
 5. *A fonte do poder: a superioridade*
 6. *A fonte da sujeição: a crença*
 7. *Modalidades de poder*
 8. *O poder nos grupos*
- B. O PODER NAS RELAÇÕES ENTRE GRUPOS
 9. *O poder dos grupos*
 10. *A superioridade*
 11. *A sujeição*
 12. *O poder e as crenças*
 13. *Legitimidade e "consensus"*
- C. O PODER NA SOCIEDADE GLOBAL
 14. *A institucionalização do poder*
 15. *O poder político*
 16. *O Estado*
 17. *Poder estatal e direito*
- D. O PODER ESTATAL NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA
 18. *O poder "legal"*
 19. *A "classe" política*
 20. *Classe política e elite econômica*
 21. *Poder político e poder militar*
 22. *Poder político e poder espiritual*
 23. *A disputa pelo poder*
 24. *Poder estatal limitado e poder estatal totalitário*
- E. O CONTROLE DO PODER
 25. *Poder e abuso do poder*
 26. *O controle do poder*
 27. *Controle do poder e Constituição*
 28. *Direito e controle do poder pelo poder*

1. O fenômeno "poder"

O homem depara a todo momento com o fenômeno *poder*. Tanto porque o exerce quanto porque o sofre. Não é de estranhar, por isso, que as ciências humanas, todas, se vejam às voltas, freqüentemente, com esse fenômeno onipresente. Assim é com a ciência política, com a sociologia política e, também, com o direito político.

O poder, contudo, é fenômeno fugidio, por muitas as suas faces. E numerosas as suas formas, espécies, tipos... Disto resulta, como preliminar de estudos, a necessidade de clarificar conceitos, precisar caracteres, que sente, vez por outra, o especialista em qualquer das ciências humanas. Mormente se o seu campo de interesse é o político.

Com efeito, as ciências políticas se preocupam, a tal ponto com o poder e suas manifestações, que não raro são consideradas ciências "do poder". E no uso corrente, o qualificativo "político", que etimologicamente significa relativo à *polis*, ao Estado, aos negócios públicos, se emprega como "concernente ao poder" (1).

Todavia, ora essas ciências encaram o poder, ora analisam o poder, ou poderes. O direito, por exemplo, inclui o poder entre os elementos básicos do Estado, na lição clássica (2). E como o mais importante destes, pois é a causa formal do Estado. Tal poder é a cabeça que dirige o povo, num determinado território, para a consecução do bem comum.

Mas, segundo registra a ciência política, esse poder, elemento do Estado, é um entre muitos poderes que coexistem (e competem) na sociedade. E que ele é exercido (ou detido, ou gerado, pois não vale a pena entrar, aqui, na polêmica doutrinária) por algum ou alguns desses poderes sociais (3).

E a sociologia, na sua análise, descobre que o poder, ou os poderes, sobre que se debruça a ciência política, se decompõe em inúmeras relações interindividuais, uns tendo poder sobre outros, uns sofrendo o poder de outros. E que todos os homens, por viverem em sociedade, são, numa medida variável, sujeitos, ativos e passivos, do poder (4).

2. Que é o poder?

A vista de olhos que se acabou de perpassar justifica à sociedade o estudo que vem adiante. Quem negará que, com toda a razão e com muita necessi-

(1) É a posição de MAURICE DUVERGER. Para este, a ciência política é a ciência do poder (cf. *Méthodes de la Science Politique*. Paris, P.U.F., 1959, p. 13).

(2) Cf. GEORG JELLINEK. *Teoría General del Estado*. Trad. esp. B. Aires, Albatros, 1943, pp. 348 e segs.

(3) V. GEORGES BURDEAU. *Traité de Science Politique*. Paris, Lib. Générale, 1949, vol. I, n° 177.

(4) Cf. sobre todo este tema, JEAN BAECHELER. *Le Pouvoir Pur*. Paris, Calmann-Levy, 1978.

dade, o estudioso de direito do Estado se há de perguntar em que consiste o fenômeno *poder*? E quem o condenará por, em busca de resposta, ir além das lindes do direito?

Num sentido amplo, poder é capacidade de alterar o mundo exterior. É capacidade de produzir efeitos externos, seja sobre coisas, seja sobre homens, que tem, num dado instante e lugar, um ser humano determinado, ou um grupo de pessoas. Dizer capacidade é admitir o poder como potencial. Entretanto, obviamente ele se evolui, quando, ao procurar traduzir-se em ato, não logra efeito. Poder que não pode alcançar efeito não é poder, inexistente. Em outras palavras, o *poder potencial* existe se e enquanto se pode efetivar no mundo exterior, se e enquanto se pode tornar *poder efetivo*.

Cumpra observar, porém, que, em relação a “corpus”, i.e., em relação a objetos físicos, o poder que não consegue efetivar-se no real, era apenas *poder suposto* e de fato inexistente. Em relação a homens, i.e., sobre mentes, o poder suposto de um, ou alguns homens, obtém frequentemente efeitos, porque o mais das vezes a suposição basta para ditar a conduta de quem sofre o poder. Este não “paga para ver” se realmente tal poder existe. Assim, poder moral suposto é poder existente.

3. Poder físico e poder “moral”

Por alcançar resultados concretos e visíveis, o tipo mais definido de poder é o físico. Este é o poder sobre a natureza em geral. Consiste em obter modificações no quadro físico, naturalmente estabelecido. Atua sobre a natureza, aplicando as leis desta e, portanto, sendo condicionado por esta.

O *poder físico* aparece confundido com a força, porque seu exercício importa sempre num dispêndio de energia (no uso da força, pois), ainda que a intensidade da força usada possa ser mínima.

Este poder físico pode ser exercido por um homem sobre outro ou outros homens. Com o emprego da força, de uma força superior, um homem pode obrigar outro homem a fazer ou a sofrer o que não faria ou suportaria de moto próprio. O mais forte, destarte, exerce poder sobre o mais fraco, com o emprego de sua força que é maior. Com o emprego, sublinhe-se, redundantemente, *efetivo* de uma força maior.

Quando não há emprego efetivo de força, ainda quando haja ameaça imediata do uso desta, já não cabe falar de poder físico. Com efeito, a ameaça pode levar, como não raro leva, um homem a fazer o que outro determina. Entretanto, é sua vontade, coagida embora, que comanda a execução da vontade alheia. O poder, neste caso limite, se exerce de mente a mente, é um poder “mental ou moral”, que na hipótese se arrima de muito perto na força (5). Mas pode ter outro fundamento que o temor da força alheia.

(5) A expressão “poder moral” é aqui empregada sem qualquer conotação valorativa. O qualificativo “moral” é usado como o oposto de “físico”.

No *poder moral*, uma vontade se impõe a outra, apoiada numa “superioridade” que esta reconhece e aceita. Superioridade real ou suposta.

A. O PODER NAS RELAÇÕES INTERINDIVIDUAIS

4. *O poder entre homens*

Tanto o poder físico quanto o poder moral estão presentes nas relações interindividuais. Aquele, porém, é bem menos freqüente do que este e tende a ser meio deste. Com efeito, a compulsão física que efetiva o poder físico é relativamente rara nas relações entre seres humanos, conquanto a ameaça de coação seja bem mais comum. E essa compulsão costuma ser instrumento para lograr resultado que, antes, se pretendeu como efeito de poder moral. E se pode supor que de mais em mais será dispensado o recurso à coação, mesmo para execução dos ditames do poder moral, à medida que se aperfeiçoam as técnicas de controle sobre as mentes. Razoável, por isso, é concentrar a análise do poder nas relações interindividuais ao poder moral.

Este poder moral, sublinhe-se, é necessariamente um poder interindividual. Só pode existir, por definição, nas relações entre seres humanos. Tal poder implica sempre dois sujeitos que são os pólos da relação: o ativo (que tem poder) e o passivo (que sofre o poder). O poder não existe se falta um desses elementos; assim, ninguém tem poder quando ninguém se sujeita a esse poder.

É ao poder moral que se aplica o conhecido conceito de MAX WEBER. Para este, poder, em sentido geral, significa “a possibilidade de impor a própria vontade sobre a conduta alheia” (6).

Este conceito, entretanto, precisa ser burilado. O verbo “impor” é forte demais para bem exprimir a variedade e a sutileza de muitas formas de poder. Este nem sempre é tão intenso que *impõe* uma conduta, não raro a influencia apenas. O poder apresenta diversos graus de intensidade; todavia, nem é necessário dizê-lo, em todos eles obviamente existe poder.

Parece preferível, por isso, dizer que o poder consiste na possibilidade de determinar pela própria vontade a conduta alheia. Determinação essa que se manifesta em graus variados que sempre importam, porém, no fato de que o sujeito passivo tem sua conduta estabelecida segundo normas que vêm de fora. De modo heterônomo, portanto. Pelo menos numa certa medida.

5. *A fonte do poder: a superioridade*

Quem exerce poder pretende ter uma *superioridade* ou, pelo menos, estar numa posição de superioridade, relativamente àquele cuja conduta quer orientar.

Isto é patente quando o poder deriva da maior força. O mais forte impõe porque sabe que, se preciso for, constrangerá fisicamente o mais fraco a pro-

(6) V. *Economía y Sociedad*. Trad. esp. 2ª ed., México, Fundo de Cultura, 1964, vol. II, p. 696.

ceder segundo a sua vontade. O mais fraco obedece porque tem conhecimento de que não poderá enfrentar com êxito o mais forte. A superioridade de força física é a fonte de tal poder.

Na verdade, nem sempre essa superioridade é real — repita-se. O sujeito ativo pode supor que é mais forte e assim exercer poder. E o exercerá até que lhe seja contestada esta maior força, quando, aí sim, se ela não existir, estará findo o seu poder. Tal superioridade suposta não raro é fruto da *voluntas dominandi* que impulsiona os *powerseekers* ⁽⁷⁾.

A superioridade de força não é, contudo, a principal fonte de poder nas sociedades contemporâneas. Muitas outras com ela concorrem: a de riqueza, a de sabedoria, a de inteligência, a de carisma etc. E também a de *status*, tomando-se este termo tanto na acepção de posição social quanto na de situação numa hierarquia institucionalizada, como a da Igreja, ou a do Estado. Superioridades há que, importantes no passado, hoje se desvalorizaram, como a de nascimento, enquanto algumas se depreciam nos dias que correm: a de sexo e, talvez, a de raça.

6. A fonte da sujeição: a crença

Como, todavia, uma superioridade suposta pode gerar poder?

A resposta não é vista, salvo se se encarar a questão não mais do ângulo do sujeito ativo e sim do ângulo do sujeito passivo do poder.

Com efeito, quem pauta a própria conduta pela vontade alheia, exceto na hipótese de constrangimento físico efetivo, o faz porque, consciente ou inconscientemente, aceita a superioridade do outro. Crê na superioridade de quem sobre ele exerce o poder.

No caso grosseiro da superioridade baseada na maior força, tal crença é a de não poder resistir se a compulsão for exercida, ou o temor de sofrer um castigo, uma sanção, caso não obedeça. Em outros casos, o sujeito passivo do poder obedece porque crê dever obediência. A sua conduta, portanto, observa um dever-ser que está inscrito no seu patrimônio moral. Ele obedece porque crê ser direito que obedeça. E, sem dúvida como é humano, porque não quer sofrer a sanção associada à violação do dever-ser.

Todo indivíduo, e não apenas os que patologicamente são dominados pela *voluntas subjectionis*, tem gravada no espírito uma idéia do que é certo e do que é errado, portanto, de a quem é certo que obedeça. E sabe o que arrosta se desobedecer. Tal idéia é instilada pela formação que, na família e fora dela, o indivíduo recebe, e, por isso, é variadamente amoldada. Entretanto, ela corresponde a um instinto inscrito certamente no próprio patrimônio genético do animal homem ⁽⁸⁾.

(7) V. ROBERT A. DAHL. *Modern Political Analysis*. 3ª ed., New Jersey, Prentice-Hall, 1963, pp. 100 e segs.

(8) Cf. EDWARD O. WILSON. *Da Natureza Humana*. Trad. port. S. Paulo, Quieroz, 1981.

7. Modalidade de poder

Transparece do exposto que o poder moral apresenta diferentes modalidades. Estas podem ser encaradas, do ângulo do sujeito ativo, como graus de *intensidade* do poder. Estes graus, todavia, correspondem, do ângulo do sujeito passivo, a diferentes *sanções*. Com efeito, sendo os homens o que são, o que exerce poder, ao exercê-lo, leva em conta a sanção que pode impor em caso de desobediência, e, sobretudo, quem obedece sempre leva em conta, ao obedecer, a sanção que arrisca, sopesa o “mal” que lhe advém por obedecer em face do “mal” que lhe resultará por não obedecer.

Por isso, o grau máximo de intensidade do poder corresponde à sanção mais temida. Ora, de modo geral, o que o homem mais teme é sofrer, no espírito sim, mas principalmente na carne. Teme a “pena”, no sentido original do termo, ou seja, o castigo corporal. Assim, mais intenso é o poder que pode acarretar uma pena. Quem pode aplicar pena, impõe a conduta a quem teme a sanção. À imposição, pois, corresponde a pena.

Grau menor de temor inspira a sanção meramente moral: a reprovação social, que é a sua forma mais nítida. É esta tipicamente a sanção que colhe os que desobedecem à “autoridade”.

Esse temor, porém, é ainda nitidamente superior ao que inspira o desagrado, que é relativo à influência, forma menor de intensidade do poder.

Pode-se, destarte, falando-se de modo geral, pois a sensibilidade em relação a cada sanção varia de homem para homem, distinguir três níveis distintos de intensidade do poder a que correspondem três níveis também distintos de sanções, nas relações interindividuais:

- 1 — o mais alto, o do *comando* sancionado pela pena;
- 2 — o médio, o da *autoridade*, sancionado pela *reprovação*, que sempre abarca todos os indivíduos que, formando o grupo social em que vive o indivíduo, para ele “importam”;
- 3 — o mínimo, o da *influência* sancionado pelo *desagrado*, que apenas afeta o sujeito ativo do poder.

8. O poder nos grupos

O que se disse a respeito do poder nas relações interindividuais aplica-se obviamente ao que se passa no âmbito dos grupos. Com efeito, é preciso não esquecer que estes não têm existência transcendente aos indivíduos que os compõem. Falar deles, pois, personalizando-lhes a existência, é útil figura de linguagem, mas não passa de metáfora. O grupo é sempre um composto de indivíduos, embora para existir grupo seja necessário que esses indivíduos estejam integrados num feixe particular de relações. Relações interindividuais centradas num ponto comum — um centro de interesse — é que constituem o grupo.

Claro está que os caracteres de que se revestem essas relações interindividuais enfeixadas em grupo variam e é em função dessa variação que se distinguem espécies de grupos. Por exemplo, e especialmente, a distinção entre massa, comunidade e comunhão, bem marcada por GURVITCH, levando em conta o grau de integração que tais relações realizam entre os indivíduos: uma fusão, no caso da comunhão; uma vinculação duradoura, no da comunidade; um liame efêmero e passageiro, no da massa (9).

Por outro lado, no âmbito de grupo, a superioridade da força só é relevante em relação a agregados transitórios. Nos grupos estáveis, se a força pode gerar o poder, este não perdura pela força. O fato da maior força acaba por transformar-se, singelamente, numa tradição, complexamente numa idéia justificadora, de tal sorte que a superioridade e sua recíproca, a sujeição, possam nela arrimar-se. Gera-se, pois, um poder tradicional, mantido pela lealdade.

B. O PODER NAS RELAÇÕES ENTRE GRUPOS

9. O poder dos grupos

Na sociedade (global) (10), os grupos exercem poder entre si. Existem relações de poder de grupo a grupo que são particularmente importantes e podem, até, ser vistas como o cerne da história. Com efeito, esta é, em última análise, a tese marxista da luta de classes.

Isto não quer dizer inexistirem nesse plano manifestações individuais de poder que sejam relevantes. É o caso do poder carismático. Entretanto, é ele excepcional. Pelo menos na sociedade moderna, onde os indivíduos que exercem poder o fazem, de regra, integrados em grupos, apoiados por grupos (como os partidos).

Inquestionavelmente, por isso, pode-se dizer que grupos determinam a conduta de outros grupos, exercendo sobre estes influência, autoridade ou comando. Exercem este poder imbuídos de que o podem fazer, ou de que têm o direito de fazê-lo, sobre grupos que aceitam esse poder, de bom ou de mau grado.

10. A superioridade

A fonte do poder de um grupo não difere substancialmente das fontes de poder individual. Muitas são as razões de superioridade que, explícita ou implicitamente, invocam os grupos como base de seu poder: religiosas, econômicas etc.

Não se pode menosprezar entre essas fontes a força. Esta, inclusive, é vista por não poucos como a determinante da distinção fundamental — a de

(9) V. GEORGES GURVITCH. *Sociologia Jurídica*. Trad. port. Rio de Janeiro, Kosmos, 1946, pp. 238 e segs.

(10) Id. *Traité de Sociologie*. Paris, P.U.F., 1960, Tomo I, pp. 216 e segs.

governantes e governados — na sociedade global ⁽¹¹⁾. Inegavelmente, contudo, a força não é, quando encarado na longa duração o poder de um grupo, a fonte determinante. Ela tende, sempre, a transmutar-se numa idéia justificadora do poder do grupo: superioridade de raça, desígnio divino, imperativo da providência etc., como já se apontou.

Na verdade, o fenômeno de poder entre grupos é fundamentalmente um fenômeno de crenças.

11. A sujeição

Com efeito, os grupos se sujeitam a outros, e todos ao grupo político, o dominante na sociedade num dado momento, ou em razão da experiência (o mais freqüente) ou em razão de uma justificativa racionalizada. Mas essa experiência, que perdura como tradição, e essa justificação, sempre, integram-se numa *idéia de direito*, parte da cosmovisão preponderante, a qual legitima o poder ⁽¹²⁾.

12. O poder e as crenças

Em qualquer grupo, reitera-se, o poder está relacionado a crenças. Isto é particularmente visível na sociedade global. Nesta, o poder está na dependência de um corpo de crenças, mais ou menos racionalizado, mais ou menos consciente, que inspira a sujeição e justifica a superioridade. E, no que tange ao grupo globalmente dominante, o que governa, como a força não pode fazer durar o seu poder, é sempre uma idéia de direito que lhe serve de fundamento do poder, posta de lado uma fase transitória em que talvez baste a força bruta.

De fato, em toda sociedade prevalece, tosca ou elaborada, uma concepção de justiça nas relações entre homens, entre indivíduos e grupos, entre grupos. Esta é uma idéia de justiça, porque define o que é justo naquela e para aquela sociedade. É idéia de direito, porque dela decorre o que é direito naquela sociedade para cada indivíduo e para todos os grupos ⁽¹³⁾.

As relações de poder se fundam nessa idéia de direito, nessa concepção de justiça. E também a relação de governo, que é a relação de poder à qual todos os membros dessa sociedade estão obrigados a obedecer. É a obedecer comandos que se impõem sob pena.

Ressalvada a exceção do poder carismático, que não se funda numa crença genérica e sim na crença no dom, excepcional, do sujeito ativo.

(11) Cf. LEON DUGUIT. *Traité de Droit Constitutionnel*. 3ª ed., Paris, Boccard, 1928, 2º vol., p. 2.

(12) A expressão "idéia de direito" foi emprestada das lições de GEORGES BURDEAU (ob. cit.). Entretanto, neste texto a sua compreensão e a sua extensão não são exatamente as mesmas que têm no famoso *Traité de Science Politique*.

(13) Aproxime-se o que aqui está do ensinamento de JOHN RAWLS (*A Theory of Justice*. Oxford, Oxford Univ. Press, 1980, p. 5) sobre a *concepção de Justiça* que todo homem tem.

Para alguns, esse corpo de idéias seria a ideologia. Consistiria num conjunto de convicções, erigido por uma classe como racionalização de sua dominação sobre outras (14). Entretanto, se as elites preponderam incontestavelmente na definição da idéia de justiça, esta nem é obra exclusiva delas, nem é necessariamente a racionalização de interesses de classe. Ao contrário, resulta essa idéia daquilo que têm em comum todas as classes e todos os grupos, do vínculo que os integra numa sociedade.

13. *Legitimidade e "consensus"*

A idéia de direito, portanto, define quem comanda e quem obedece. Isto em qualquer grupo, inclusive na sociedade global. E estabelece também, na medida em que se pormenoriza, como se comanda e quando se obedece. Fixa, pois, o justo, o direito no tocante ao poder.

Em conseqüência, o poder escorado nessa idéia é o poder justo. Legítimo segundo se usa dizer. Legítimo exatamente porque corresponde ao que é reconhecido como direito pelo grupo.

Esta legitimidade (objetiva) se funda, portanto, no *consensus*. Ou seja, no entendimento que serve de base e de ponto de referência para a vida em comum, entendimento que constitui o aceitável para a maioria, entendimento que faz o consenso (15).

Na verdade, o *consensus*, propriamente falando, só existe quando uma grande maioria partilha desse entendimento básico (que, em última análise, é *pacto social*, ou melhor, as suas cláusulas). Com efeito, sendo informal, e numa certa medida fluido, esse *consensus* não pode apoiar-se numa simples, e transitória, maioria aritmética. Tem de contar com uma aceitação global por parte do grupo.

É verdade que a existência de *consensus* não reclama a inexistência de dissidência e de dissidentes. Raras são as situações e os momentos em que estes não existem. A regra geral, nos grupos secundários, é exatamente a presença de indivíduos que não subscrevem o entendimento geral e que, em especial, fazem do direito outra idéia. Para estes, de seu ângulo subjetivo, há uma legitimidade correspondente à sua concepção de justiça e não coincide, e se choca, com a prevalecente, a legitimidade há pouco qualificada de objetiva.

O alastramento da dissidência, ou das dissidências, obviamente põe em risco o *consensus*. E, atingindo certo ponto, o quebra. Ocorre, então, a crise de *consensus* que repercute em crise de legitimidade. Em tais ocasiões, mais breves ou mais longas, fervilham os conflitos, propiciam-se as revoluções, abala-se o poder tradicionalmente arraigado.

(14) Cf., neste sentido de inspiração marxista, a lição clássica de KARL MANHEIM, em *Ideologia e Utopia* (Trad. port. Rio de Janeiro, Zahar, 1968, pp. 81 e segs.).

(15) V. M. DUVERGER, ob. cit., p. 8.

Entretanto, como o pacto social é imprescindível para a vida em comum, um *consensus* sempre acaba por se estabelecer. Às vezes, é *grosso modo* o anterior. Quer dizer, as condições do pacto em dado momento contestado voltam a contar com a aceitação global. Noutras, um novo pacto, substancialmente diferente, vem a se impor. É neste caso, diga-se, que em termos sociológicos se pode dizer que ocorreu uma *revolução*.

O novo *consensus* freqüentemente se estabelece de modo natural, por meio de uma acomodação evolutiva e como que insensível. Todavia, não faltam exemplos, e contemporâneos, de imposição desse *consensus* por uma ação direta, consciente, objetiva por parte de um poder. Tal sucede quando um poder ilegítimo na origem (porque não correspondente à idéia de direito prevalecente e apoiada na força bruta), infunde uma cosmovisão no meio em que se instala. Com efeito, não só as técnicas tradicionais de educação e formação mas também, hoje, as técnicas modernas de propagação, de mobilização, podem levar o grupo a mudar sua idéia de direito e mais do que a sua concepção geral das condições de convivência. É nisto, aliás, que se esmeram os partidos totalitários.

Ora, com esse *consensus* criado igualmente se gera uma nova legitimidade. O poder na origem ilegítimo se legitima num processo estendido no tempo, em que não falta, nunca, a repressão.

C. O PODER NA SOCIEDADE GLOBAL

14. A institucionalização do poder

Em qualquer grupo o poder pode institucionalizar-se. Isto é, ser separado dos indivíduos que o exercem, segundo regras preestabelecidas que o atribuem a um titular abstrato. Entretanto, o fenômeno mais importante de institucionalização ocorre na sociedade global.

Sendo muitas as fontes de poder, na sociedade costuma haver uma pluralidade de poderes. Nas sociedades menos evoluídas, porém, as fontes de poder tendem a se concentrar nos mesmos indivíduos, no mesmo grupo social (16). Este acumula o poder religioso, o poder econômico, o poder militar, o poder político.

Este poder "concentrado" se ajusta à individualização. Encarna-se num homem, em alguns poucos homens individualizados, que o têm como seu, como "coisa" sua. É um poder personalizado que se impõe no contato imediato, face a face. É obviamente a idéia de direito que o legitima, o faz em relação a pessoa ou pessoas específicas. É o que historicamente se revela nos relatos de ter sido o poder conferido a um indivíduo ou a um grupo pouco numeroso de indivíduos por um deus, ou pelos deuses.

À medida, porém, que a sociedade evolui e se torna mais complexa, o poder tende a descentralizar-se. Tem-no ainda um grupo, contudo não mais

(16) Fondon-se de lado as sociedades arcaicas em que o poder é anônimo ou difuso. V. G. BURDEAU, ob. cit., vol. I, nº 205.

um grupo composto de pessoas que dele fazem parte por um direito seu, e sim um conjunto de pessoas que possuem o poder porque desse grupo fazem parte, porque pertencem à casta, ou elite dominante. Ou pelo nascimento ou pela cooptação, que são os critérios comuns.

No momento em que o poder começa a “desindividualizar-se”, ele principia a institucionalizar-se. Com efeito, a idéia de direito já reconhece a legitimidade ao grupo, não ao indivíduo, o que importa em admitir que o poder permanece embora os homens passem.

A desindividualização do poder implica uma “legalização” do poder. Ela se opera por meio da definição de regras que, consideradas obrigatórias, estabelecem o critério de integração no grupo, portanto, de participação no poder.

A institucionalização se concretiza ao se consolidar a idéia de que o poder não é apanágio de um indivíduo como tal, mas tem um suporte que transcende aos que o exercem. Um suporte impessoal, em geral simbolizado, estruturado em normas obrigatórias.

15. O poder político

Como poder político se há de entender o que assume a gestão dos interesses gerais da sociedade. É político, portanto, no sentido etimológico do termo: i.é, concernente ao bem geral (pondo-se de lado a tese marxista de que é ele, sempre, instrumento de dominação de uma classe sobre outra ou outras, de modo que sua finalidade é, ao contrário, um interesse particular — o de classe — e nunca o de todos).

Questão interessante e controversa é a que tange à superioridade que o origina. Ou seja, a resposta à indagação sobre qual a fonte do poder político.

O testemunho do passado que a história registra, a experiência do presente que a observação identifica, desmentem as respostas simples, não matizadas. Esse poder nem sempre é de fonte econômica (como querem os marxistas), nem sempre é de raiz militar (portanto na superioridade da força), nem sempre provém de crenças religiosas. Com efeito, as lições invocadas mostram que existiram, e existem, poderes políticos derivados de superioridade econômica, de superioridade militar, de superioridade religiosa, como poderes que derivam desses três fundamentos principais combinados em proporção variada. E sem excluir que esse poder pode ter fonte no carisma, ou estritamente política como ocorre contemporaneamente quando são políticos que se impõem porque são melhores políticos.

A raiz da sujeição, contudo, é mais fácil de encontrar, genericamente falando. A obediência deriva da idéia que na sociedade prevalece a respeito da superioridade relevante para a determinação dos rumos gerais, quando não decorre de um fato de força que depois busca a legitimação. Mas qualquer que seja a sua fonte, não perdura senão quando se justifica em crenças. Em última análise, quando alcança o *consensus* do qual se reflete a legitimidade.

Pondo-se como condutor do todo em vista de interesses gerais, o poder político naturalmente se afirma superior aos demais poderes. Isto não quer dizer, todavia, que lhe seja próprio o absorver, ou tentar absorver, todos os demais poderes que secretam os grupos sociais. Não, ele pode contentar-se, pondo-se como o mais alto, com definir o bem comum e impor que todos cooperem na realização deste, segundo ele o vê. Não lhe é inerente a inclinação totalitária, que, contudo, não é infreqüente na história, no Oriente, de há muito, e, hoje, também no Ocidente.

O poder político, tal qual qualquer poder, nem sempre é institucionalizado. Entretanto, em toda sociedade é bem cedo impelido nesse sentido. Com efeito, logo que esta se torna relativamente complexa, é sensível a tendência a desvinculá-lo dos indivíduos, que vivem e morrem, portanto, passam para "encarná-lo" nalgo permanente que transcende os mortais. E consoante regras que regularizem a sua devolução e também o seu proceder e seu alcance.

Quando estas regras se estabilizam, o poder se tradicionaliza. Este poder tradicional está às portas do poder institucionalizado. Representa o estágio que precede esta impersonalização. Historicamente, todavia, se nas próprias sociedades arcaicas se nota o nascer do processo de institucionalização, este é um fenômeno relativamente moderno. Ao culminar, marca ele o aparecimento do Estado.

Na verdade, o homem investido do poder político, quando este é institucionalizado, tem um poder que resulta dessa investidura, independentemente de qualquer outra fonte, seja militar, econômica ou outra qualquer. Tem a superioridade de deter o poder político. Esta superioridade pode, e o mais das vezes isto ocorre, coincidir com outra ou outras, mas ela já pesa por si só. E freqüentemente mais do que todas as outras. O poder político institucionalizado, assim, é fonte de poder.

16. O Estado

A institucionalização (plena) do poder político marca o aparecimento do Estado (17). Este vem a distinguir-se da sociedade e dos grupos que a compõem, como a organização do todo com vista ao interesse geral. E correlativamente ao Estado afirma-se o Poder (com a devida maiúscula) que é a sede abstrata do poder político, transcendente dos indivíduos que o exercem.

Tal Poder se põe naturalmente como superior aos poderes sociais. Para reger o povo, isto é, os indivíduos e os grupos nos quais estes se integram, ele há de ser superior a estes, pelo menos por função. Com efeito, para dirigi-los é preciso que sua orientação se presuma superior às decisões individuais e grupais. Como, por outro lado, o Estado se afirma territorialmente, esse Poder se coloca como superior numa órbita espacial e em relação aos que vivem, ou atuam, nessa área.

(17) O termo "Estado" não é unívoco. Daí diferir, na opinião dos mestres, o momento em que surge o Estado. Adota-se aqui a lição de BURDEAU (ob. cit., pp. 211, 212).

Há indubitavelmente uma relação entre esta supremacia que invoca o Estado e um fenómeno de força (18). O poder institucionalizado deve ser mais forte do que os poderes sociais, ao menos isolados, para que se possa impor sobre eles. Tem de ser, numa palavra, incontestável. Entretanto, nunca se pode olvidar que essa superioridade se arrima numa idéa de direito que consagra a prevalência do interesse geral (ou ao menos do que assim se apresenta) sobre os interesses particulares.

Este Estado, cujo poder é incontestável no plano interno a suas lindes, não necessita ser, logicamente, independente de qualquer outro poder. E historicamente, como elucida a Idade Média, nem sempre o foi, pois nessa época largamente se admitiu a sua subordinação ao Império, ou ao Papado.

Entretanto, o Estado moderno, obra de grandes monarcas do Ocidente, se caracteriza por seu poder soberano. Ou seja, por afirmar o seu poder como o mais alto (soberano, de *soberanus*, superlativo de *super*: o mais alto). Não só superior aos indivíduos e poderes sociais existentes num determinado âmbito territorial mas também não sujeito a qualquer outro poder. Confira-se aqui a lição clássica de BODIN, nos *Six Livres de la République* (19). Nesta obra, que consagra e teoriza a obra dos mencionados monarcas, põe ele a soberania como espinha dorsal do Estado. E por soberania entende o mestre a qualidade de um poder que não tem superior, que se determina a si próprio, que não sofre nem teme contraste, seja dos poderes que se situam no seu âmbito espacial (interno), seja de poderes a ele exteriores. Mas tudo isto tem um pressuposto fático: ele é suficientemente forte para se impor a todos os que a ele se contrapuserem no âmbito interno, para impedir que outro poder se imiscua nesse âmbito territorial que ele se reserva.

17. Poder estatal e direito

A primeira marca da soberania, segundo assinalava há quatro séculos JEAN BODIN, é positivar o direito: *donner et casser la loi* (20). Bem longe estava ele, é certo, de supor que o príncipe pudesse criar de sua vontade a norma obrigatória. O dar a lei era determinar, segundo a justiça, qual o direito. Revelá-lo, pois, em face de princípios e justiça que, ao tempo, se consideravam transcendententes, mas que, certamente, simplesmente espelham a idéa de direito que faz a sociedade num determinado momento de sua história.

O mestre da *República* tinha, como todos os seus contemporâneos, a experiência (hoje até certo ponto despercebida) da pluralidade das fontes de direito. Cada grupo, todos os seus membros. E cada grupo as impõe a seus membros pelos meios de que dispõe. O poder estatal, como o mais alto dos poderes e o que se incumbe do interesse geral, *positiva* o direito, o mais das vezes acolhendo normas geradas por grupos de âmbito restrito. Tal positividade não é sempre uma criação e no passado o era muito pouco freqüentemente. Consiste,

(18) Cf. DUGUIT, ob. cit., § 1º

(19) Cf. JEAN BODIN, ob. cit., Paris, 1853, Livro I, cap. 8º

(20) *Id.*, *ibid.*

porém, em associar ao imperativo contido na norma a coercibilidade. Ou seja, a possibilidade de sua imposição pela força do Estado, pela força incontrastável que é própria ao poder estatal.

E, numa certa medida, o Estado edita direito para realizar sua tarefa de condução para o bem comum. É verdade que, pelo menos até o século XIX, o fazia modestamente, assumindo a posição de declarar o justo que, como tal, preexistia à sua enunciação. Somente ao assumir a missão de instaurar o bem-estar é que, com as bênçãos do voluntarismo jurídico, ousou criar normas obrigatórias. E especialmente normas instrumentais, as "normas de impulsão", enquanto anteriormente se limitava à explicitação de "normas de arbitragem" (21).

D. O PODER ESTATAL NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

18. O poder "legal"

Na sociedade contemporânea, pelo menos nas que são ditas mais evoluídas, o poder estatal se ajusta ao tipo que MAX WEBER denominou de "legal" (22). Ele se funda num estatuto, isto é, num corpo de normas, legisladas ou costumesiras, que definem a quem compete esse poder, como ele se exerce e até onde ele se estende. Em princípio, portanto, o indivíduo investido no poder é obedecido porque é direito que assim seja. Direito que pode ser apenas "legal" ou também "legítimo", neste último caso quando se amolda à idéia de direito ancorada no *consensus*.

Entretanto, é intermitente no mundo atual o fenômeno carismático. Com efeito, em muitos Estados, e não dos menos ricos ou desenvolvidos, o poder tem sido tomado por indivíduos que pretendem ter um "direito" ao poder em razão de um dom, ou iluminação, especial, os quais encontram seguidores e como que fascinam todo um povo. Assumem assim o poder político que se desinstitucionaliza, que no líder carismático se personaliza (23).

Tal fenômeno seria, hoje, impossível sem os modernos meios de comunicação de massa. De fato, o carisma, que em sociedades pouco evoluídas é com frequência fonte de poder político, não tinha até o desenvolvimento desses meios instrumento para alcançar mais do que um círculo pequeno, circunscrito ao que pode atingir uma irradiação pessoal. Com o desenvolvimento da eletrônica, essa irradiação pode alcançar, como atinge, o grande número e gerar, de novo, o poder carismático. Isto se viu bem claramente na Alemanha dos anos 30 quando Hitler, por meio do rádio, sobretudo, conseguiu galvanizar milhões de pessoas. E, com o seu apoio, não só conquistar o poder mas torná-lo coisa sua, a ser usado como bem parecesse.

Forma atenuada de carisma é a personalização do poder, que se registra em praticamente todos os Estados contemporâneos (24). Consiste este fenô-

(21) V. do Autor, *Do Processo Legislativo*. 2ª ed., S. Paulo, Saraiva, 1984, *passim*.

(22) Ob. cit., pp. 707 e segs.

(23) *Id.*, pp. 847 e segs.

(24) V. LEO HAMON e outros, *La Personnalisation du Pouvoir*, Paris, PUF, 1964.

meno numa revalorização da personalidade, ou das personalidades, em detrimento das idéias, na disputa do poder político. É ela ensejada por esses meios de comunicação, particularmente pela televisão que, por assim dizer, coloca os indivíduos em contato “físico” com o líder, aceitando-o antes pela imagem do que pelo raciocínio. Isto enseja a “venda” de líderes, ou candidatos, pelo “merchandising” político, nova especialidade de agências de propaganda. E aproxima a técnica de busca do poder da que no mundo do espetáculo alicerça o *star system* (25).

19. A “classe” política

Esse poder legal é detido na sociedade contemporânea por uma “classe” política (26). Ou seja, por uma minoria que se propõe como objetivo deter e exercer o poder político, especializando-se e empenhando-se (quase integralmente) em desenvolver e exercitar os dotes necessários à sua obtenção. Entre esses dons está sempre a capacidade de articulação — o dom das *combinações* de que fala PARETO (27), pela qual se obtém a colaboração de outros, formando o grupo de apoio que, em sociedades compostas de milhares ou milhões de membros, é imprescindível para o êxito. E, na medida em que a disputa é aberta, o dom de seduzir as massas (28).

Com efeito, dada a importância que a democracia tem na idéia de direito predominante nas sociedades contemporâneas, o poder é objeto de constante disputa. Ou de disputa aberta por meio de eleições periódicas em que é necessário conquistar o voto do grande número, ou de disputa fechada, no seio de um grupo — normalmente o partido — em que se impõe quem logra melhores combinações. Em ambos os casos, todavia, a capacidade de manobra sobreleva, porque esta é pelo menos necessária para reunir o grupo de apoio.

Depreende-se disto que a classe política é basicamente composta pelas “raposas”. Esta é que possui as qualidades que no mundo atual levam à conquista do poder político, de acordo com a idéia de direito generalizadamente aceita. É certo que, em muitos países, os “leões” ocupam esse poder, ou por períodos intermitentes em que se quebra a legalidade, ou por períodos mais duradouros que normalmente se alcançam na medida em que esses “leões” demonstram ou logram os dotes das “raposas”.

Esta elite política tende a criar interesses comuns, a assumir posições de “classe”. Tal verificação é uma das fontes de ojeriza que tinham os socialistas,

(25) V. ROGER-GÉRARD SCHARTZENBERG. *L'Etat-Spectacle*. Paris, Flammarion, 1977.

(26) Cf. GAETANO MOSCA. *The Ruling Class*. Trad. ing. 3ª ed., Nova Iorque, McGraw-Hill, 1965, cap. 2º

(27) Cf. VILFREDO PARETO, *Traité de Sociologie Générale*. 3ª ed., Genebra, Droz., 1968, cap. XIII.

(28) Observa MOSCA (ob. cit., cap. 2º, nº 3) que os “membros de uma minoria dirigente têm algum atributo, real ou aparente, que é muito estimado ou muito influente na sociedade na qual vivem”. Que atributo outro que esse dom de articulação e de sedução pesa mais na democracia contemporânea?

no século passado, à atuação parlamentar, pois viam nos trabalhadores eleitos traidores em potencial da classe de origem. E o fenômeno se tornou mais pronunciado a partir do momento em que a política passou a exigir dedicação exclusiva e tempo integral, como sucede nas democracias (e semidemocracias) contemporâneas. Daí a denúncia da transformação do mandato em profissão, sinal do abastardamento e deturpação da representação, que formula TARDEU (29).

20. Classe política e elite econômica

A tese de que o poder estatal está nas mãos de uma elite política contraria o mito de que ela é, sempre, um reflexo de que detém o poder econômico.

Ninguém negará que os detentores deste poder econômico influem sobre o poder político. Quer dizer, exercem poder sobre o Estado e sobre os que detêm o poder estatal. Em sociedades evoluídas, contudo, e especialmente nas que já penetram na era industrial, tendem a ser naturalmente dispersas as fontes do poder (30). Nelas, o poder econômico se apresenta separado do poder político.

Ademais, a existência de uma fonte política do poder institucionalizado já de per si leva a essa separação, conquanto a detenção do poder estatal sempre importe em poder econômico (e mormente hoje quando o Estado é "empresário"). Nas democracias, porém, onde o poder é objeto de uma disputa aberta, realizada por meio de eleições livres, o dom político leva ao poder, independentemente da riqueza. Não há dúvida que, nesses pleitos, o aporte de recursos financeiros para a propaganda é importante e pode até determinar a vitória. Entretanto, globalmente falando, não é suficiente nem eficiente o bastante para ditar a atribuição do poder político a este ou aquele partido. Do contrário a eleição estaria sempre assegurada a quem mais dinheiro contasse para a campanha.

É exato igualmente que os grupos econômicos, por meio da pressão sobre os eleitos, obtêm freqüentemente vantagens. Tal não ocorre, porém, de modo inexorável, mesmo porque há interesses contraditórios entre os grupos econômicos que competem e assim numa certa medida se anulam. É verdade, contudo, que essa influência é sobremodo grande sobre o poder estatal, maior do que sobre a conquista deste por este ou aquele líder.

Por outro lado, o Estado contemporâneo, tanto como planejador e controlador da economia, mas especialmente como empresário, e não raro o maior, em setores-chave da economia: indústria pesada, produção de energia, comércio bancário e internacional etc., detém ele próprio um forte poder econômico. Por isso, mesmo pondo de parte os comandos que edita como soberano, o poder

(29) V. DOMINIQUE TURPIN. Critiques de la représentation, em *Le régime représentatif est-il démocratique*, em *Pouvoirs*. Paris, P.U.F., n.º 7, 1978, pp. 7 e segs.

(30) Um dos críticos da representação, R. PRIORET, afirma que os parlamentares "sentem a necessidade de se juntar cotovelo contra cotovelo para fazer face ao inimigo comum; que é o eleitor" (p. 10).

político exerce poder sobre os grupos econômicos. Está nisto um ponto saliente da realidade contemporânea, que raramente é levado na devida conta.

A tese, portanto, do primado do poder econômico, se na época em que foi formulada tinha certa verossimilhança, visto que, por meio de técnicas como o sufrágio censitário, o poder econômico lograva deter o poder político, não pode ser aceita como uma verdade que transcende as épocas⁽³¹⁾. E ela é desmentida pela experiência histórica que mostra a tomada do poder por grupos comunistas (e os comunistas são, de acordo com o *Manifesto*, a vanguarda do proletariado), em Estados cujo incipiente desenvolvimento econômico não tinha criado classe operária. Mas essa conquista do poder político por marxistas, onde as condições que Marx considerava necessárias para o proletariado tornar-se classe dominante inexistiam, confirma a tese de que o poder político se alcança independentemente de poder econômico.

É paradoxal que apenas nos Estados marxistas é que existe a identidade entre classe política e poder econômico. De fato, os detentores do poder político são os que detêm plenamente o poder econômico⁽³²⁾. Nos Estados ditos capitalistas, se graças ao intervencionismo, o detentor do poder político tem poder econômico, ele não o monopoliza, como os possuidores de poder econômico não monopolizam o poder político.

21. *Poder político e poder militar*

Em todas as épocas, em todas as sociedades, os mais fortes, os mais preparados para empregar a força física, tiveram, como têm, poder sobre o grupo que dirige o todo. Em muitos períodos e em toda parte, esse poder, que se pode chamar de poder militar, deteve o poder político⁽³³⁾. Hoje ainda, vez por outra, e com freqüência nalguns Estados, o poder militar empalma o poder político.

Entretanto, as próprias condições da sociedade contemporânea inpedem que, duradouramente, o poder militar enquanto tal, baseado na maior força, detenha o poder político. A idéia de direito não legitima essa apropriação e os meios coercitivos não bastam para conduzir permanentemente a multidão e especialmente o escalão que enquadra e orienta a máquina estatal e as atividades produtivas.

Por isso, o grupo militar mais influi sobre o poder político do que o detém. E, quando o detém, procura sempre cobrir-se de tal modo que pareça "civil". Adota, então, as aparências de grupo político ou, pelo menos, rende preito às formas de atribuição do poder que consagra a idéia de direito predominante no mundo moderno. Faz realizar eleições, conquanto estas não sejam livres, constitui ou abençoa partidos políticos etc.

(31) V. MOSCA, ob. cit., cap. cit., nº 5.

(32) Cf. JUAN J. LINZ, *Totalitarian and Authoritarian Regimes em Handbook of Political Science*, Reading, Addison-Wesley, 1975, vol. II, pp. 187 e segs.

(33) V. MOSCA, ob. cit., cap. cit., nº 4.

Por outro lado, não se pode esquecer que o poder político, toda vez que conta com a obediência do poder militar, pode usá-lo em sua defesa e nos seus interesses. É o que se registra quando a força é utilizada na repressão aos oposicionistas e dissidentes de toda espécie.

22. Poder político e poder espiritual

Em vista da dependência que tem o poder em relação às crenças, os indivíduos que atuam sobre estas às vezes detêm o poder político e, o que é mais freqüente, sobre ele influem (34).

Esse poder espiritual, por muitos e muitos séculos, se confundiu com o poder religioso. Sendo a religião a fonte da cosmovisão e conseqüentemente da idéia de direito, os seus porta-vozes ou intérpretes, se apenas em algumas sociedades menos evoluídas constituíram o poder político (poder sacerdotal, ou poder de monarcas-deuses, ou sumos sacerdotes), em toda parte e em todos os tempos, inclusive na atualidade, influem no poder político. E a história registra, por exemplo na Idade Média, a luta entre o poder político temporal e o poder religioso, em disputa da supremacia.

Hoje, porém, o poder religioso perdeu muito de sua influência e prestígio, no Ocidente. No Oriente, especialmente no mundo maometano, como demonstra o exemplo iraniano, ele é ainda suficientemente forte para tomar o poder político, ou pelo menos para influenciá-lo decisivamente.

Entretanto, o enfraquecimento relativo do poder religioso no Ocidente não significa em termos absolutos a perda de influência do poder espiritual. De fato, se a religião perdeu força, a ciência e seus sacerdotes, os intelectuais, bem como a imprensa (neste termo englobados os que fazem a comunicação de massa) exercem intenso e extenso poder.

O poder dos intelectuais na sociedade contemporânea provém, por um lado, do prestígio que o saber confere e de certa forma sempre conferiu. Hoje, talvez mais do que em qualquer outra época, homens confiam nos que sabem, especialmente quando esse saber vem aureolado como científico. E a razão é simples. O extraordinário progresso das ciências físicas nos últimos dois séculos, habilmente aproveitado na tecnologia, trouxe inequívocos benefícios para a vida de todos. O que se reflete no prestígio do saber, visto como instrumento de melhoria das condições e da qualidade de vida. Entretanto, não se nota, em geral, que esse prestígio não é merecido, em termos gerais, pelos especialistas de ciências humanas, pois estas avançaram bem menos. E não se toma a cautela de distinguir entre o campo em que o intelectual merece ser considerado especialista — e assim ser ouvido como quem sabe — e todos os outros em que seus conhecimentos não vão além da áurea mediocridade (quando chegam lá). Afinal, não há por que supor que um físico nuclear conheça algo mais de ciência política do que um indivíduo de razoável preparo escolar.

Por outro lado, é preciso sublinhar certas peculiaridades que marcam o intelectual contemporâneo, no mundo dito ocidental. Com muita razão, em-

(34) *Id. ibid.*, cap. VII.

bora com uma pitada de sarcasmo (e quiçá de exagero), SCHUMPETER, em páginas memoráveis, fez a sociologia deste intelectual. Vale a pena reproduzir o cerne: "Os intelectuais são efetivamente gente que maneja o verbo, escrito ou falado, e que se diferencia dos outros escritores ou oradores pelo fato de que não assumem eles qualquer responsabilidade direta no que concerne às questões práticas: o intelectual, em geral, não possui qualquer dos conhecimentos que só fornece a experiência. Uma terceira característica consiste na atitude crítica do intelectual, determinada por um lado por sua posição de observador — e, por isso mesmo, na maior parte dos casos, de leigo — e pelo fato de que sua melhor probabilidade de se impor deriva das dificuldades que suscita ou poderia suscitar" (35). Texto particularmente importante concerne às conseqüências da expansão imoderada do ensino superior: desemprego, condições de trabalho pouco satisfatórias etc., que azedam os intelectuais produzidos em massa.

Na mesma posição dos intelectuais em geral, porém, com maior potencial de influência, estão os profissionais da comunicação. Até há pouco estes punham como missão informar. Claro está que esta informação que ministravam era sempre influenciada pelo *parti pris* inconsciente do informador, entretanto, o valor que conscientemente este se propunha era a verdade. Mais recentemente, porém, o comunicador assumiu a postura típica do intelectual. Ele "sabe", e porque sabe, quer ditar, e sem dúvida, influenciar a conduta de todos que recebem o seu "recado", embora disfarçado de informação.

Não se exagere, contudo, o peso dos intelectuais, aqui incluídos os comunicadores. O povo, embora neles confie, não os segue como carneiros. E isto bem se vê num período em que a esmagadora maioria desses intelectuais é "de esquerda" e mais ou menos marxista, mas os povos que podem livremente escolher os detentores do poder político freqüentemente se governam "à direita".

23. A disputa pelo poder

Nas sociedades globais contemporâneas, ocorre no seio da "classe" política uma disputa pelo poder. No seio da "classe" política, insista-se, não entre classes, como quer o marxismo. Com efeito, os indivíduos que pleiteiam o poder estatal somente metaforicamente podem ser opresentados como representantes das classes sociais. E a simbolização de classe que muitas vezes invocam não passa de "fórmula política", no sentido que MOSCA dá a esta expressão, a justificar as suas ambições (36).

São sempre indivíduos que disputam o poder. As classes sociais não existem como tais — será preciso lembrá-lo? —, são grupos de indivíduos. Compõem-nas, portanto, indivíduos que apresentam certos traços comuns. Todavia, estes mesmos indivíduos diferem por uma infinidade de outros traços,

(35) V. JOSEPH SCHUMPETER, *Capitalisme, Socialisme et Démocratie*. Trad. fr. Paris, Payot, 1954, pp. 246 e segs.

(36) Ob. cit., cap. III, nº 2.

inclusive, e especialmente, no tocante ao dom político, ou se se preferir no tocante à liderança. Estes indivíduos, dotados para a política, é que se dispõem a disputar o poder, com outros indivíduos, pertencentes por alguns caracteres a outras classes sociais, mas que com eles partilham o dom político.

É verdade que a competição não obedece à regra da igualdade das oportunidades. Os que são descendentes imediatos de outros que detêm ou detiveram o poder, ou que contaram com melhores condições para adquirirem o preparo adequado, ou que têm maiores meios de influência pelo acesso aos meios de comunicação, partem com vantagem. Entretanto, no mundo de hoje, pelo menos nas sociedades modernas, não há castas fechadas que detêm com exclusividade o poder e o acesso a ele. Há sempre uma circulação que permite aos nascidos nos estratos mais pobres da sociedade, com grande esforço, não há dúvida, ascenderem à elite do poder. E o grau mais elevado dessa circulação é indubitavelmente um dos traços caracterizadores de uma sociedade democrática. E obviamente esta circulação leva, aos poucos, pelo menos, os descendentes da "classe" política que não contam com o respectivo dom a perderem o seu lugar entre os que detêm o poder. Mormente, porque a seleção eleitoral, que atribui o poder de baixo para cima, a favorece (37).

Estes indivíduos que, possuindo o dom político que valoriza cada tipo de sociedade, disputam o poder, por isso podem provir de diferentes classes sociais. E não é pela sua vinculação a esta ou àquela classe que se elevam a essa disputa, ainda que para os integrantes de certas classes, seja mais fácil fazê-lo. E desta regra não escapam as sociedades dominadas pelo comunismo, cujos líderes primeiro, salvo exceção, sempre provieram da burguesia. E que, em nome da dominação proletária, tentam fechar o acesso ao círculo mais alto aos que não provêm do proletariado, o que significa, em geral, os que não se vinculam à minoria dos ativistas do marxismo, à "nova classe" (38). Mesmo nestas há a circulação, conquanto seja ela muito embaraçada pelos privilégios de que gozam os membros da "nomenclatura". Embaraço muito maior do que o que colhe os "proletários" em sociedades capitalistas, como os Estados Unidos.

Tal disputa pelo poder é um dos pontos fundamentais da ordem política dita "democrática" em voga no "Ocidente" contemporâneo. De fato, é conceito arraigado o de que ninguém nasce com direito ao poder, que todos os homens são livres e destarte podem almejar as mais altas posições.

Este credo igualitário, todavia, não assegura que a competição seja realmente aberta, em toda parte. Ela existe em toda parte, ou quase, e segue em toda parte, ou quase, o mesmo ritual. Ou seja, a realização de eleições, das quais direta ou indiretamente resulta o governo, quer dizer, a posse do poder estatal.

(37) Será preciso lembrar que o sistema eleitoral estimula a circulação? V. para a relação entre os sistemas de seleção de governantes, que chama de *princípios*, e a circulação, maior ou menor, entre elite e massa, que chama de *tendências*, GAETANO MOSCA, ob. cit., cap. XV, nº 1.

(38) Cf. MILOVAN DJILAS. *A Nova Classe*. Trad. port. Rio de Janeiro, Agir, 1958.

Estas eleições, porém, nem sempre são significativas. Nem sempre nelas está verdadeiramente em disputa o poder estatal entre os indivíduos que pertencem à "classe" política.

Em realidade, em poucos Estados, essas eleições atribuem o poder, depois de uma disputa em que uma pluralidade de grupos têm a possibilidade de vencer. É o que ocorre nos regimes que merecem ser ditos democráticos, sem restrição mental. Noutros, mais numerosos, a eleição, livre ou condicionada, enseja a disputa entre alguns grupos apenas, ou a certos indivíduos dentro de determinado grupo. Isto é típico dos regimes autoritários. Enfim, nos Estados totalitários, a disputa não depende dos resultados eleitorais que nela não influem. Nestes, as eleições são um rito, espécie de homenagem que o vício presta à virtude, servindo, sobretudo, à mobilização social (39).

Em face disto, a disputa em casos pouco numerosos é aberta. Na maior parte deles é semi-aberta. E nalguns é fechada. Mas sempre existe. Mudam-se os métodos e as técnicas, contudo ocorre a disputa mesmo nos Estados totalitários, só que nestes a disputa é restrita aos membros de uma cúpula e não depende de votações formais e sim de intrigas e manobras, ou barganhas.

24. Poder estatal limitado e poder estatal totalitário

O poder estatal, como poder político, se volta para os interesses gerais do grupo social que é o povo. Importa sempre, portanto, embora o mais das vezes implicitamente, a definição do campo desses interesses gerais, a definição do que é "público", por oposição ao que é "privado" e assim há de ficar fora de seu alcance.

O pensamento político liberal acentuou sobretudo este aspecto. E dele resulta uma nítida separação entre o público e o privado. O domínio do privado é o dos direitos naturais do homem, que as Declarações, mormente a de 1789, solenemente enunciaram. Tais direitos circunscrevem o terreno particular, em que cada um há de determinar a própria vida sem interferência de quem quer que seja, e especialmente do poder estatal. É o campo da liberdade individual, da "liberdade dos modernos", para recordar a famosa lição de CONSTANT (40). Em consequência, só é lícito ao poder estatal atuar fora desse domínio privado. E, na verdade, para os liberais o domínio público é bastante restrito: consiste em assegurar a ordem. Função, pois, de polícia, do *gendarme* francês.

É o *État-Gendarme*.

As idéias "sociais" que, já no século XIX, se levantaram contra o liberalismo, seja entre os chamados socialistas, seja entre os "cristãos-sociais" inspirados pela doutrina papal, incluem no campo público questões de ordem econô-

(39) V. LINZ, art. cit., p. 210.

(40) Cf. Benjamin Constant, *De l'Esprit de Conquête et de l'Usurpation*. 3ª ed., Paris, 1814, pp. 101 e segs.

mica, ou relativas à família e à educação, que eram estritamente privadas para os liberais. Entretanto, exceto alguns raros entre os socialistas (e esta referência se dirige a utopistas como FOURIER e seu falanstério), ainda essa corrente demarcava bem nitidamente o público e o privado. E tal qual a liberal recusava a intromissão do Estado no domínio privado.

Somente no século XX é que encontrou defesa, seguimento, e mais que isso realização, a concepção totalitária. Ou seja, a de que o poder estatal há de reger tudo, o que elimina a separação entre o círculo público e o círculo privado. A formulação clara dessa idéia se deve a Mussolini: "Tudo no Estado, nada fora do Estado, nada contra o Estado" (41). A realização concreta desse programa, todavia, foi muito mais avançada pelo nazismo na Alemanha e pelo estalinismo na URSS. E nesta é que se encontra o mais perfeito exemplo de poder totalitário. Nela, é completo, total, o comando do Estado sobre a vida, toda, inteira, do indivíduo (42).

E. O CONTROLE DO PODER

25. Poder e abuso do poder

Onde se faz opção pelo poder não-totalitário, isto é, no chamado Ocidente, coloca-se o problema fundamental do controle do poder e dos poderes, mormente do econômico, para a preservação da liberdade individual. Sim, porque o poder limitado no âmbito, embora, tem de ser controlado, pois do contrário se tornará opressivo. Como está no *Do Espírito das Leis*, "é uma experiência eterna que todo homem que tem poder é levado a dele abusar; vai até que encontre limites" (43).

A idéia de direito prevalecente na sociedade fixa o campo em que é legítimo o exercício do poder, de cada poder e mormente do poder político. Traça, pois, os limites dentro dos quais o poder atua de modo legítimo. Entretanto, não é raro, ao invés é muito freqüente, que o poder, que os poderes ultrapassem esses limites. Incidam, portanto, em abuso.

Todo e qualquer poder pode tornar-se abusivo mas, sem dúvida, é o abuso do poder político, e hoje também o do poder econômico, que mais temem os homens. E não é por outra razão que o controle do poder constitui um dos temas capitais da filosofia, da ciência e do direito políticos.

Do ângulo dos que sofrem poder, e são todos, e especialmente dos que sofrem o poder econômico e o poder político, e são quase todos, é compreensível que se almeje controlar o poder.

(41) A fórmula é do discurso de 28 de outubro de 1926. A tese está exposta no verbete "fascismo", na *Enciclopédia Truccani*.

(42) Cf. LINZ, art. cit.

(43) Livro XI, cap. IV.

O primeiro passo para tanto é fixar os limites que o poder não pode ultrapassar. Estritamente falando, limitar o poder. E isto significa estabelecer uma fronteira bem definida, por meio de normas claras que eliminem as zonas cinzentas e traduzam sem deixar dúvida o que se esboça na idéia de direito.

Isto é insuficiente, porém, segundo mostra a lição dos tempos. O poder apenas respeita essas limites se outro poder o detém, ou freia. Limites desprotegidos, limites não garantidos por outro, ou outros poderes, são inúteis, ou quase. É preciso — como ensina MONTESQUIEU — que “o poder detenha o poder” (44). Poder, destarte, é imprescindível para conter o poder, no seu campo legítimo.

Todavia, quando o poder é o estatal, que se põe como o mais alto, como controlá-lo? A doutrina da autolimitação que JELLINEK propugnou é fraco e decepcionante consolo, que somente agrada a juristas (45). Daí a fórmula política da democracia, ou seja, assumirem os próprios governados o poder, realizando a identificação máxima entre sujeitos e titulares do poder.

26. O controle do poder

Três, portanto, são os modos básicos pelos quais se controla o poder. E todos eles já se aplicam ao poder político (46).

O primeiro é o *controle por limitação*. Consiste em definir o que o poder pode fazer, o que ele não pode fazer. É esta a tarefa do direito que, por um lado, fixa competências, ou capacidades, por outro, define a linde entre o lícito e o ilícito. É tipicamente o Estado de direito, em sentido estrito, apoiado na legalidade e na igualdade, sobretudo.

O segundo é o *controle por contraste*. Consiste em manter o poder num âmbito delimitado, em razão de um jogo ou sistema de forças. Presume, portanto, que poderes se antepõem a um poder, e mormente ao poder, impedindo-o de ir além da fronteira estabelecida pelo direito. Gera o sistema de “freios e contrapesos” em que tanto confiavam os liberais. É o governo misto dos antigos, a separação de poderes dos modernos.

O terceiro é o *controle por dominação*. Consiste em *ter o poder*, e sobretudo o poder, para não deixá-lo ir além dos limites fixados. Nisto está a contribuição fundamental de ROUSSEAU para a democracia contemporânea, contribuição essa dada por meio da doutrina da vontade geral.

Mas, fechando-se o círculo, cabe repetir o registro de *Do Espírito das Leis*: “Quem o diria! A própria virtude tem necessidade de limites” (47). De fato, a democratização do poder, segundo a experiência, não dispensa a sua limitação,

(44) *Id. ibid.*

(45) V. GEORG JELLINEK. *Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi*. Trad. italiana Milão, 1912.

(46) V. sobre o controle em geral, ROBERT A. DAHL e CHARLES E. LINDBLOM. *Politics, Economics and Welfare*. 2ª ed., Chicago, Un. Chicago, 1976, pp. 93 e segs.

(47) *Ob. cit., loc. cit.*

nem o seu contraste, se se quer, realmente, salvaguardar a liberdade individual. O poder democrático também pode ser opressivo.

27. Controle do poder e Constituição

Preocupado com o controle do poder, no qual via o inimigo por excelência da liberdade individual, o pensamento iluminista encareceu um instrumento jurídico — a Constituição — como meio de instaurá-lo. Entretanto, não valorizou toda constituição, isto é, qualquer organização estatal, e sim aquela que garantisse os direitos fundamentais do homem e estabelecesse a divisão funcional do poder segundo a fórmula de MONTESQUIEU. Assim, somente teria verdadeiramente uma Constituição o Estado em que, por escrito, estivesse “assegurada a garantia dos direitos e determinada a separação de poderes”, consoante exige o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789.

Em outros termos, a Constituição, segundo a concebiam os revolucionários liberais, não mereceria esse nome se não consagrasse o controle por limitação e o controle por contraste. O primeiro, decorrente do enunciado dos direitos naturais, feito pela Declaração e garantido na Constituição, o segundo, resultante da divisão do exercício do poder entre “poderes” independentes, para que cada “poder” servisse de freio e contrapeso para os demais. E, acrescente-se, limitação e contraste vistos como intimamente ligados.

O controle por dominação, embora o *Contrato Social* seja de 1762, foi adotado bem mais tarde, quando, a partir da França em 1848, se estabeleceu o sufrágio universal, ainda que apenas masculino. De fato, a linha principal do pensamento liberal era elitista. MONTESQUIEU é claro ao registrar que os homens em geral não têm a capacidade de “discuter les affaires”, ou seja, de colaborar para a “boa” solução dos problemas governamentais. Só lhes é dado escolher os “representantes” que hão de ser mais sábios que seus eleitores, aos quais não falta o discernimento e a experiência — é verdade — necessária para bem escolhê-los (48). Daí o “governo representativo” que as revoluções instauram, seguindo as fórmulas de SIEYÈS e imitando as instituições inglesas (49).

Contudo esse governo representativo, que o autor do *Qu'est-ce que le Tiers État?* cuidadosamente distinguiu do governo democrático, não resistiu à lógica da igualdade. Com efeito, era incoerente reconhecer a igualdade de direitos entre todos os homens e recusar a participação política, plena, à maioria, como resultava do sufrágio censitário. A coerência levou ao sufrágio universal, o governo representativo evoluiu para a democracia representativa.

A extensão do voto às camadas mais pobres não teve os resultados políticos imediatos que ao tempo se esperavam. Não instaurou, de pronto pelo menos, o socialismo, barrado o caminho pelos direitos individuais consagrados

(48) Ob. cit., livro X, cap. VI.

(49) SIEYÈS propugnava o governo representativo e se opunha ao governo democrático, que, a seu ver, seria dominado pela plebe e pela demagogia. V. suas *Observations sur le Rapport du Comité de Constitution*. Cf. PAUL BASTID. *Sieyès et sa Pensée*. 2ª ed., Paris, Hachette, 1970, pp. 369 e segs.

— entre os quais a propriedade. Nem levou ao governo da plebe, que tanto temia um *Styês*, em virtude do fenômeno social já descrito de que o poder sempre fica nas mãos de uma minoria, de uma elite, Elite, até, que tende a se pôr como “classe”.

Esse fato, porém, conduziu a uma mudança na maneira de conceber a missão do Estado. Com efeito, o peso político dos mais pobres e sua pressão levou ao abandono do *laissez-faire*, portanto ao Estado intervencionista, ao Estado-Providência. E com este inúmeras conseqüências, quer no relacionamento entre os “poderes”, quer na separação entre o “público” e o “privado”, como a de introduzir na Constituição, antes mero controle do poder, toda uma programação a ser realizada por este poder. Passa tal poder, de “inimigo” para a posição de “amigo” do povo.

Hoje, há inegável decepção com o Constitucionalismo. Este não estabeleceu o reino da liberdade que dele se esperava. A adoção de Constituição, a promulgação de documento solene em que se limita o poder, se divide o poder, se atribui ao povo o poder, não bastou para garantir a liberdade ou instituir a democracia em toda parte. A edição de Constituição escrita se tornou um rito, que a modernidade não dispensa. Entretanto, muitas são as condições, raramente satisfeitas, para que a Constituição seja efetivamente respeitada, e, portanto, controlado o poder.

Para que haja limitação ao poder, é preciso que o direito consagre o que o *consensus* considera justo. Ora, quando há quebra de *consensus*, fenômeno tão freqüente e tão espalhado no mundo atual, o direito é o que o poder quer e pode impor. Para que haja contraste ao poder, é mister que esteja vivo na sociedade o pluralismo e dispersas as fontes de poder. Ora, o poder, em face de uma sociedade acomodada, sabe absorver os grupos, instaurando um monismo, pelo menos aproximativamente. E, para gerar o bem-estar, assumiu poder econômico que o torna onipresente. Para que haja dominação do poder, é necessário que o povo se disponha a participar ativamente, constantemente, da condução dos negócios públicos. Ora, isto cria incômodos que o egoísmo e o imediatismo infundidos por uma formação individualista afugentam.

28. *Direito e controle do poder e pelo poder*

O ideal de liberdade, tão valorizado no mundo contemporâneo (ao menos ostensiva e vocalmente), confiou no direito para a sua instauração. Era a Constituição (jurídica) que devia encerrar o poder sob controle, eram os direitos naturais do homem que deviam limitá-lo. Mais, o poder se devia estruturar em função da lei, em poderes dos quais um a declara, outro a executa e um terceiro julga segundo ela, de tal forma que o Estado só poderia atuar pelo direito: o Estado de direito.

Já se viu logo acima com que medida de êxito isto se logrou. O Estado contemporâneo é de “direito”, no sentido de que observa as formas jurídicas na sua atuação. Contudo, o direito é ele quem estabelece em substância, o mais das vezes. O direito não é posto como expressão do justo e sim como o resultado de um comando estatal, independentemente de seu conteúdo. E esse

direito que o Estado edita não raro contra a idéia de justiça prevalecente no grupo, nem sempre é observado por ele próprio.

Tal Estado legal muito longe está do ideal do Estado de direito, de que tomou as aparências, apenas. E esta deformação o permite ser muito mais opressivo do que o eram as tão criticadas monarquias de direito divino. Com efeito, ao tempo do *Ancien Régime*, não se admitia que o Estado criasse o direito. A sociedade é que espontaneamente o segregava, segundo, é claro, a idéia de justiça que nela existia. O monarca "absoluto" não podia abolir os direitos e nisso estava a sua fraqueza e nisso está a causa por que não pôde realizar as reformas que sua sobrevivência reclamava. Sem dúvida, o Estado liberal, ao pôr a lei como expressão da vontade geral, não pretendia que o legislador pudesse criar a lei, e sim apenas declará-la. Mas a fórmula permitiu o abuso: que o comando do legislador fizesse a lei.

Ora, na medida em que o legislador faz a lei, esta não mais é, fundamentalmente, limite do poder. Torna-se instrumento do poder ⁽⁵⁰⁾. Por meio desse direito, quer dizer, estabelecendo obrigações suscetíveis de imposição coativa, o poder controla os governados.

O direito, atualmente, é menos controle do poder do que instrumento de controle pelo poder. Este controle pelo poder enseja grandes transformações, como comprova a impulsão que por meio dele se dá ao desenvolvimento político, econômico e social. É ferramenta de mudança esse direito feito pelo legislador enquanto era arma de conservação (relativamente) o direito lenta e naturalmente segregado pela sociedade.

Mas esse direito que serve à impulsão, em vista de determinados objetivos imediatos e concretos, é cambiante. Tem de mudar com a evolução das situações, e com a alteração dos objetivos a que a disputa política conduz. E isto o desvaloriza. Visto como vantagem para certos grupos, como desvantagem por outros, já que é a maioria que o faz e desfaz, independentemente do *consensus* em torno de uma idéia de justiça, ele se desprestigia. E desvalorizado e desprestigiado perde força como instrumento de reforma e como instrumento de controle. A lei, ora a lei. . .

Não é por outra razão que contemporaneamente se encarecem outras técnicas de controle social. É o controle por manipulação que atua sobre as mentes, visando a induzir ou coibir atitudes, sem que seja necessário recorrer à lei e seu comando coercitivo.

Parece indubitável que, se se deseja manter, ou renovar, ou reforçar, o controle sobre o poder, é preciso começar por restaurar o direito. Este há de ser o justo, não o querido por um poderoso qualquer. *Jus quia justum, non jus quia jussum*.

E não se deve supor que controlar o poder basta para garantir a liberdade. Outros poderes a ameaçam, como o tão mencionado poder econômico — inclusive o do Estado, que também tem de ser controlado.

(50) Cf. do Autor. *Do Processo Legislativo*. Ob. cit., especialmente nº 184.

Clima republicano e Estado de Direito

GERALDO ATALIBA

Professor das Faculdades de Direito
da Universidade de São Paulo e Uni-
versidade Católica de São Paulo

I — Preliminares

1. Caracteriza-se a república pela representatividade dos exercentes de funções políticas (desempenhadas em nome do povo, titular da **res publica**), e conseqüente eletividade; pela periodicidade dos mandatos, e decorrente possibilidade franca de alternância no poder; e pela responsabilidade dos governantes. Nisso é que se opõe à monarquia, regime no qual o chefe de Estado e, conforme o caso, alguns de seus designados — como v.g. conselheiros, senadores, lordes etc., exercentes de parcelas de poder político — são vitalícios, não eleitos e, pois, irresponsáveis.

2. As instituições republicanas (empregada a expressão “instituição” no sentido que lhe atribuem, precisamente, SANTI ROMANO e BISCARETTI DI RUFFIA) viscejam — e, à sua vez, fecundam — num clima determinado, onde o ideal de Estado de Direito encontra condições excelentes de expansão e consolidação.

II — República e segurança do direito

3. Neste estudo, vamos desenvolver considerações em torno de uma das inúmeras projeções das exigências republicanas, que bem demonstram a recíproca vocação entre as idéias de Estado de Direito e república.

4. Tomemos como exemplo uma das mais expressivas manifestações do poder estatal, a tributação (ação tributária), examinando-a em confronto com os postulados fundamentais do Estado de direito, entendido este, como o postula BALLADORE PALLIERI, como “o Estado que se submete à lei e à jurisdição” (*Diritto Costituzionale*, 3.^a ed., Milão, Giuffré, 1953, p. 85). Estado que, em casos de litígios com os cidadãos, comparecerá, como qualquer outra **pars**, diante de um órgão jurisdicional independente — e, pois,

imparcial — para ver se, à contenda, aplicada, de modo objetivo, a solução que norma jurídica anterior fixava.

Só nesse clima — excelentemente propiciado pelas instituições republicanas — realizam-se as exigências do conjunto de instituições que o mundo ocidental foi engendrando ao longo dos últimos séculos, tendendo a banir definitivamente todo arbítrio e instaurando condições para efetiva garantia da segurança jurídica.

III — Princípios constitucionais condicionais da interpretação das leis de direito público

a) Considerações gerais

5. A anterioridade dos tributos, como quase todos os princípios constitucionais, é implicação lógica do magno princípio republicano, que o fecunda e lhe dá substância. Embora tenha larguíssima fundamentação histórica e provectas raízes culturais, o princípio da anterioridade dos tributos só pode ser compreendido em toda sua dimensão e significado, juntamente com o princípio da legalidade. É que a teleologia do direito constitucional — tal como plasmado ao longo da evolução do mundo ocidental — se foi expressando por esses princípios, guardando, porém, essencialmente, a mesma substância. Esta tem inúmeras dimensões, as quais, por isso que participes da mesma raiz, são harmônicas, coerentes entre si e solidárias:

“Todos os direitos que as Constituições declaram irrenunciáveis, intangíveis e inalienáveis se associam e coexistem num feixe” (RUI BARBOSA, *Comentários à Constituição*. Coligidos por HOME-RO PIRES. V. 1, p. 51).

Assim — sistematicamente considerados a partir do princípio republicano — surgem a representatividade, o consentimento dos tributos, a segurança dos direitos, a exclusão do arbítrio, a legalidade, a relação de administração, a previsibilidade da ação estatal e a lealdade informadora da ação pública, como expressões de princípios básicos lastreadores necessários e modeladores de todas as manifestações estatais. Todos eles se contêm em preceitos variados do Texto Supremo, que os revelam, expressam, delimitam e lhes dão substância. Esses elementos “se inserem num sistema, condicionam-se reciprocamente de modo que não se pode interpretar um sem ter presente a significação dos demais. Influenciam-se mutuamente e cada instituição constitucional concorre para integrar o sentido de outras, formando uma rede interpenetrante que confere coerência e unidade ao sistema, pela conexão recíproca de significados” (J. AFONSO DA SILVA, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 169).

6. Toda norma e cada instituto integrante do nosso sistema jurídico deve atender, ao mesmo tempo, às exigências básicas de todos esses princípios. Os regimes jurídicos estabelecidos pelo legislador, destarte, acatam, dão

vida e asseguram a plena expansão e a eficácia de seus imperativos. Como tudo isso é reflexo, necessariamente atual, do magno princípio republicano, todo pronunciamento do intérprete, em cada caso concreto, não tem outro escopo senão fazer esplender, na sua maior pureza, a harmonia global do sistema jurídico, coerentemente desenvolvido em função dos fundamentais postulados entre nós institucionalizados. Foi o magistral RUI quem melhor colocou a função dos princípios no sistema jurídico ao sublinhar:

“A evidência das regras diretrizes, a luz do alto que desce dos princípios ilumina os casos particulares, ditando, a cada ocorrência imprevista... a solução definida pelas necessidades da harmonia geral” (RUI BARBOSA. *Anaes do Senado*, sessões de 5 de junho a 15 de julho de 1891, V. 1, 1891, p. 194).

A esse propósito é oportuno recordar as lições sempre oportunas de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

“Princípio — já averbamos alhures — é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura neles esforçada. AGUSTIN GORDILLO, o eminente administrativista argentino, doutor da maior suposição, apostila ao respeito: “Demos entonces que los principios de derecho público contenidos en la Constitución son normas jurídicas pero no sólo eso; mientras que la norma es un marco dentro del cual existe una cierta libertad, el principio tiene substancia integral”. E a breve trecho: “La norma es límite, el principio es límite y contenido. La norma dá a la ley facultad de interpretarla o aplicarla en más un sentido, y el acto administrativo la facultad de interpretar la ley en más de un sentido; pero el principio establece una dirección estimativa, un sentido axiológico, de valoración, de espíritu” (*Introducción al Derecho Administrativo*. 2.^a ed., Buenos Aires, Abe-

Demonstremos, portanto, o cunho conspícuo — em termos lógicos e institucionais — do princípio republicano, fundamento primeiro das nossas instituições.

b) Caráter basilar do princípio republicano

7. Alguns princípios constitucionais foram postos tradicionalmente pelos nossos sucessivos legisladores constituintes como fundamentais a todo o sistema e, por isso, em posição de eminência relativamente a outros. Deles os mais importantes são os da **federação** e da **república**. Por isso, exercem função capitular da mais transcendental importância, determinando inclusive como se devem interpretar os demais, cuja exegese e aplicação jamais poderão ensejar menoscabo ou detrimento para a força, eficácia e extensão dos primeiros.

Diversas ordens de considerações evidenciam a posição privilegiada em que foram postos esses dois princípios fundamentais de todo o nosso sistema jurídico. Foram lógica e cronologicamente fixados como basilares, pela circunstância de virem mencionados em primeiro lugar (art. 1º) nos textos constitucionais republicanos. Mas não é só. São repetidos, enfatizados, reiterados e assegurados até as últimas conseqüências, por inúmeras outras disposições constitucionais, que, assim, constituem-se em seus dobramentos, refrações e projeções.

8. Caracteriza-se modernamente o regime republicano pela tripartição do exercício do poder e pela periodicidade dos mandatos políticos, com conseqüente responsabilidade dos seus necessariamente transitórios exercentes. Todos os mandamentos que cuidam da mecânica de "checks and balances", que tratam da periodicidade, da representatividade, das responsabilidades dos mandatários e do relacionamento entre os poderes, asseguram, viabilizam, equacionam, reiteram, reforçam e garantem o princípio republicano, realçando sua função primacial no sistema jurídico. É a disposição peremptória e categórica do § 1º do art. 47 do texto constitucional, porém, que mais patenteia e sublinha o seu excepcional prestígio, ao vedar terminantemente que seja "objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República".

Ora, é cediço que a Constituição brasileira se classifica dentre as rígidas, porque qualquer alteração no seu texto só pode ser aprovada por um processo especial e qualificado, previsto no próprio texto constitucional. No que respeita, porém, a esses princípios, pode-se dizer que nossa Constituição é **rigidíssima**. Não há possibilidade de ser alterada quanto a essas matérias, nem mesmo por meio de emendas. Nesse ponto é **inalterável**. Não pode o órgão de reforma, o Congresso Nacional, sequer discutir qualquer

projeto “tendente” (que abrigue tendência; que encaminhe; que facilite; que possibilite, mesmo indiretamente) à abolição dos dois princípios, reputados tão importantes, tão fundamentais, tão decisivos, que tiveram um tratamento sacro, proteção absoluta, erigidos que foram em **tabus** jurídicos; **intocáveis**, na plena extensão e significado da palavra.

Relativamente a eles, tudo o mais é secundário, é mutável por via de emenda. São eles os únicos perenes, eternos, imutáveis. Quer isto dizer que só por via revolucionária, só mediante ruptura da ordem jurídica podem ser alterados, atingidos, reduzidos, modificados.

9. Desde 1891 tivemos sete manifestações do poder constituinte pleno, no Brasil (1891, 1930, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969), e uma do poder constituinte derivado, com caracteres amplísimos (1926). Note-se que três vezes o poder constituinte se manifestou por assembleias representativas, democraticamente eleitas (1891, 1934, 1946); nas demais, tivemos constituintes autoritários. Pois, com exceção da ditadura estadonovista (1937), em nenhuma dessas passagens tiveram coragem, disposição, valor ou mesmo vontade, os titulares da soberania nacional plena, para abolir ou postergar esses dois princípios. Só isso bastaria para provar o quão arraigados estão na nossa consciência política, de modo a se fazerem irresistível tradição, expressões sagradas do sentir nacional.

Ora, **república** é esquema institucional em que as funções do governo são **eletivas** — e, pois, **representativas** — e **periódicas**, sendo os mandatários (legisladores e chefes de executivo) responsáveis, politicamente, por seus atos. Inúmeros preceitos constitucionais reforçam, reiteram, sublinham, asseguram a eficácia ou estabelecem o alcance do princípio republicano. Pode-se dizer que seus postulados se desdobram por todo o Texto Supremo brasileiro e que, formalmente, uma quarta parte dos preceitos constitucionais o desdobram e explicitam. Também essa relevante circunstância demonstra a enorme importância do princípio, no nosso sistema, como no francês, no norte-americano, no alemão e em todos os Estados onde tal modelo de organização se institucionalizou, para garantir que o titular da **res publica** (o povo) exerça todas as prerrogativas de “dono”.

Expressão conspícua do que se disse sobre os inúmeros preceitos constitucionais que refletem os postulados implicados pelo conceito de república e desdobram, como subprincípios, suas exigências, está na “anterioridade dos tributos”, prescrita na 2.^a parte do § 29 do art. 153 da Constituição. Inserida dentre os direitos individuais, assume a feição de **intransponível obstáculo à ação tributária do Estado brasileiro**.

Destarte, os fatos narrados na consulta têm que ser juridicamente qualificados em função desse preceito. Ele, à sua vez — dado o caráter sistemático da Constituição —, só pode ser adequadamente compreendido

pelo intérprete, à luz do princípio republicano e seus desdobramentos (representatividade, legalidade, segurança, previsibilidade etc.).

c) Representatividade

10. Se, como visto, o “dono” da *res publica* é o povo, todas as disposições a respeito de sua (coisa pública) preservação, desenvolvimento e aplicação a ele (povo) pertencem. Só o dono pode dispor sobre o destino da coisa; só ele pode dizer como, quando e em que finalidade ela pode ser aplicada. A vontade do dono determina a sorte da coisa, os fins a que se deve destinar, os modos de seu uso e aplicação.

No regime que adotamos, os **representantes do povo** — portadores de mandato por ele outorgado, na forma institucional — decidem, de modo inaugural, genérico e abstrato, o que os órgãos do Estado haverão de fazer. Para tanto, fixam diretrizes gerais, ou traçam regras precisas. E o fazem de modo quase absoluto, só presos à vontade constituinte, expressa na Carta Fundamental.

Dai o especial significado que assume, entre nós, o princípio da legalidade, como expressão primeira da **representatividade**. Na sua conformidade, toda ação estatal subordina-se à lei e desta depende. Toda ação pública tem por base e limite a lei. Esta contém as decisões inaugurais, inovadoras e básicas do Estado. As demais ações do Estado são pela lei balizadas, contidas, informadas, pautadas e limitadas. Nenhuma ação estatal pode contrariar a lei. Quanto aos cidadãos, só a ela devem obediência. Ela é solene expressão da vontade popular, manifestada pelos seus representantes, assim transformando-se em vontade do Estado, irresistível e cogente (SEABRA FAGUNDES, VICTOR NUNES, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO).

d) Consentimento dos governados

11. O consentimento dos governados é base de legitimidade da ação estatal. Nada do que faça o Estado é válido, sem o consentimento dos governados, manifestado pelas vias constitucionalmente consagradas e essencialmente traduzido em legislação editada conforme as instâncias formais e substanciais consagradas na Constituição.

Se o consentimento se exige para tudo e se é presumido nos atos dos mandatários do povo, de modo geral, o Texto Magno, entretanto, quer que seja explicitamente expresso — e renovado — quando o de que se cuida seja a exigência, pelo Estado, aos particulares (seus cidadãos ou terceiros, nisso, a eles, equiparados), de prestações de cunho patrimonial. Dai, não só a reiterada consagração do princípio da legalidade estrita dos tributos (arts. 19, I, e 153, § 29, primeira parte), como a adoção sistemática do

princípio da autorização orçamentária para arrecadação de tributos anualmente renovável. Na persistência, ainda, desse princípio (da anualidade) a lição bem sustentada pela pena viril e firme de FLAVIO NOVELLI (RDA, V. 137, pp. 1 a 41); sua revogação de resto, a despeito de precipitadas conclusões em contrário, jamais foi admitida por PONTES DE MIRANDA (Comentários ... E. C. 1/69", V. 5, pp. 615 e segs.).

Efetivamente, abstraída a aparente "intentio legislatoris", no sentido de abolir a autorização orçamentária, como esta deflui necessariamente do espírito do sistema, de modo inequívoco, deve ser entendida como persistente. Na verdade, ela decorre do regime republicano representativo e dos princípios adotados pela Carta Magna vigente (art. 153, § 36); foi esse irresistível raciocínio que fundou o irrefutável ensaio do notável discípulo e continuador de BALEIRO, mestre FLAVIO NOVELLI, já citado.

Por fim, não se olvide que o Texto Maior vigente adota as linhas básicas que, por evolução, nos vêm da Constituição de 1891. Esta, como sabido, resultou da transformação por uma constituinte democrática, do anteprojeto elaborado sob a decisiva influência de RUI, inspirado na Lei Magna norte-americana, repousante sobre as teorias do "compact" e dos "covenants", tradutoras fiéis e originais do princípio do consentimento popular, como legitimador dos poderes dos governos. "The idea of a covenant among men applied ... to the government ...; ... theory implied that all governors should rule by the will of the governed. It made the basis of government, in human matters, essentially a compact" (*Consent of the Governed*. ANDREW C. MCLAUPHLIN, Fawcett, 1965, p. 16). Destarte descabe cogitar, no nosso sistema, de ação estatal que não se funde em lei, esta obediente, em forma e conteúdo, às superiores exigências constitucionais.

● Segurança do direito

12. O direito é por excelência, e acima de tudo, instrumento de segurança. Ele é que assegura a governantes e governados os recíprocos direitos e deveres, tornando viável a vida social. Por isso, quanto mais segura uma sociedade, tanto mais civilizada. Seguras estão as pessoas que têm certeza de que o direito é objetivamente um e que os comportamentos do Estado, ou dos demais cidadãos, dele não discreparão. Há segurança jurídica — noção muito mais fecunda, ampla e sadia que o conceito de segurança nacional — onde haja "rigorosa delimitação das esferas jurídicas e, sobretudo no campo do direito público, como uma estrita testada dos direitos subjetivos privados — liberdade e propriedade — ela não poderia deixar de se apoiar num princípio que conferisse estabilidade às esferas assim delimitadas, subtraindo a atividade dos cidadãos das áreas do contingente e do arbitrário" (ALBERTO XAVIER. *Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação*, SP, R. T., 1978, p. 43).

Por isso o professor tedesco HELNRICH KRUSE, tratando dos princípios constitucionais gerais sobre tributação, averbou: "O princípio da segurança jurídica é emanção da idéia de justiça e exige a proteção da posição jurídica (situação jurídica) uma vez obtida; ... tem categoria constitucional ... aplica-se também contra a lei" (*Derecho Tributário*. Trad. espanhola. Editorial de Derecho Financiero, p. 145). Naturalmente, tal clima só se obtém onde os mecanismos republicanos de renovação periódica dos mandatos representativos sejam eficazes e onde os instrumentos de responsabilização dos agentes públicos atuem fatalmente, sem interferências. É óbvio que tal quadro se completa com o controle jurisdicional dos atos administrativos (tão magistralmente estudado por SEABRA FAGUNDES), o qual, à sua vez, só funciona equilibrada e eficientemente onde a jurisdição seja aplicada por uma magistratura imparcial — nos quadros de instituições que consagrem a independência absoluta do Poder Judiciário — garantida por predicamentos objetivamente estabelecidos e religiosamente observados. Evidentemente que esse conjunto sistemático de notas características do moderno constitucionalismo — como apanágio dos povos civilizados — é conquista que em cada país obtém, de modo mais ou menos célebre, à custa de árduos esforços de todo o povo.

Bem demonstra a harmonia e solidariedade — bem como recíproca complementaridade — entre os subprincípios constitucionais ora examinados, o seguinte trecho do magistral ALBERTO XAVIER:

"... a doutrina dominante — especialmente a alemã — tende a ver a essência da segurança jurídica na susceptibilidade de previsão objetiva, por particulares, das suas situações jurídicas (*Vorhersehbarkeit* e *Vorausberechenbarkeit*), de tal modo que estes possam ter uma expectativa precisa dos seus direitos e deveres, dos benefícios que lhes serão concedidos ou dos encargos que hajam de suportar. Daqui resulta que a idéia geral de segurança jurídica se analise — como o observam Lohlein e Jaenke — num conteúdo formal, que é a estabilidade do direito e num conteúdo material, que consiste na chamada "proteção da confiança" ... (*Vertrauensschutz*). (*Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação*. SP, RT, 1978, p. 45).

Na verdade, como sublinha SAINZ DE BUJANDA — inquestionavelmente líder do pensamento jurídico ibérico —, as concepções do Estado liberal visam "essencialmente à delimitação da esfera jurídica dos particulares frente ao Poder, tutelando assim a sua liberdade e a sua propriedade" (*Hacienda y Derecho*, v. 3, p. 313).

A isso agrega o luminoso ALBERTO XAVIER:

"Tais preocupações subsistiram, na verdade, quer por considerações mais amplas ligadas à segurança jurídica, em geral, quer pelo alcance que a certeza do direito, no terreno tributário,

assume no âmbito de um sistema econômico baseado na livre iniciativa” (op. cit., p. 47).

Este mesmo autor, logo depois enfatiza:

“O princípio da legalidade tributária, concebido como reserva absoluta de lei, decorre, como se viu, do relevo da segurança jurídica, na sua modalidade de proteção da confiança (Vertrauensschutz), e fundamenta-se, por um lado, nos valores da segurança jurídica em geral e, por outro, no papel específico que este desempenha num sistema fiscal de uma economia de mercado” (op. cit., p. 47).

Ora, ou a prática constitucional encerra uma sólida promessa de segurança jurídica — a ser observada pelo legislador e pela administração, e garantida pelo Judiciário —, ou torna-se ridículo e descabido falar-se em Constituição neste país.

f) Exclusão do arbítrio

13. A consagração de instituições republicanas tem por principal finalidade a exclusão do arbítrio, como expressão de poder. A segurança dos direitos e a fixação destes em leis impessoais e genéricas impede peremptoriamente o emprego caprichoso dos instrumentos do poder (v. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, p. 30). A experiência histórica da reincidência dos governantes em desvios despóticos e arrogâncias personalistas ensinou a civilização ocidental a ir engendrando instituições que buscassem pautar o exercício do poder de modo a traçar a nítida separação entre a pessoa do governante e suas funções. A partir da publicização do conceito de função, objetivamente considerada, vão-se engendrando meios e modos de prevenir o arbítrio e remediar os excessos e desvios, seja pela reparação prestada às vítimas, seja pelas sanções aplicadas aos agentes públicos, seja ainda pelos modos de evitação dos desvios (XAVIER e RAO). O mecanismo afinal esteticamente exposto por MONTESQUIEU, como necessária aplicação do princípio republicano, veio a erigir-se no mais perfeito sistema de eliminação do arbítrio. Daí o afirmar-se que a legalidade, tal como plasmada pelo nosso Texto Magno — na consonância dos postulados do moderno constitucionalismo —, é a mais alta e perfeita expressão do antiarbítrio, o que tecnicamente se obtém pela correta observância (pelo legislador e pelos aplicadores) do princípio da isonomia, como critério de legislação e de aplicação da lei. “O direito escrito, tendo a sua maior razão de ser na necessidade de excluir o arbítrio no desenvolvimento das relações sociais, pressupõe necessariamente limitação de atividades, segundo os seus textos. Onde há lei escrita não pode haver arbítrio” SEABRA FAGUNDES. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 5ª ed., p. 94).

Por isso HEINRICH W. KRUSE sublinha que “a discricionariedade é amplamente repelida mediante o reforço da legalidade pela tipicidade” da

lei tributária (**Derecho Tributário**. Madrid, Editorial de Derecho Financero, 1978, trad. espanhola, p. 99). E enfatiza o mestre da Universidade alemã do Bochum: "No direito tributário não há campo de atuação discricionária" (op. cit., p. 99). Esta concepção é irrestritamente encampada pelo direito constitucional brasileiro.

g) Legalidade

14. O evoluer das instituições publicísticas que informam a nossa civilização culmina com a consagração do princípio segundo o qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei" (§ 2º do art. 153) que, no nosso contexto sistemático, aparece como a conjugação do princípio da supremacia e da exclusividade da lei como forma inovadora e inaugural (**OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO**) da vontade estatal. Daí que só a lei obrigue, e nada além da lei o possa fazer. Em conseqüência, nenhuma expressão de vontade estatal será compulsória se não amparada em lei. Mas, a lei, no nosso sistema, não é só o ato formal do Poder Legislativo, assim batizado. Para ser válida, a lei brasileira há de ser abstrata, isonômica, impessoal, genérica e irretroativa (quando crie ou agrave encargos, ônus, múnus).

Aqui, também, as características da lei se confundem e se harmonizam. Ela é abstrata (isto é, abstrai dos casos concretos, para evitar o arbítrio, traduzido no favorecimento de pessoas determinadas ou no detrimento de outras pessoas também determinadas), porque deve ser impessoal; sendo impessoal, abrange gêneros de situações, categorias de pessoas e não casos isolados, "é geral quando apanha uma classe de sujeitos" (**CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO**, op. cit., p. 33); sendo igualitária (isonômica), não pode discriminar arbitrariamente, mas, suas discriminações têm que observar o requisito constitucional de correlação lógica concreta entre o fator de discrimen e a diferenciação conseqüente. Só isso autoriza abstrair a inserção das pessoas discriminadas em categorias gerais e impessoais. Sendo abstrata, a lei é necessariamente genérica, cobrindo os gêneros em todas as medidas descritas; sendo genérica, não pode excepcionar, salvo a presença de fatores objetivos, amparados por preceitos constitucionais inequívocos (**CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO**. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, p. 14). Por outro lado — e completando o quadro —, será irretroativa, no sentido de que só opera para o futuro (reforçando-se seu cunho de impessoalidade e abstração) quando agrave, aumente ou crie encargos, ônus ou múnus. A mais consistente demonstração dessas peculiaridades está em **PONTES DE MIRANDA**, quando cunha a vigorosa expressão "legalitariedade dos tributos" (*Comentários... E. C. 1/69*, t. 5, p. 614), como eminente expressão dessas características das leis (no caso, tributárias).

h) Relação de administração

15. Todo direito público republicano — e especialmente o direito administrativo —, no clima do constitucionalismo, informa-se pela relação de

administração, exposta por RUY CIRNE LIMA e didaticamente sintetizada por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. Este escreve:

“É sempre oportuno lembrar a magistral lição de CIRNE LIMA a propósito da relação de administração. Explica o ilustre mestre que esta é “a relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente”. Nela não há apenas um poder em relação a um objeto, mas, sobretudo, um dever, cingindo o administrador ao cumprimento da finalidade, que lhe serve de parâmetro. Na administração o dever e a finalidade são predominantes; no domínio, a vontade. Administração é a atividade do que não é senhor absoluto. O mestre gaúcho pondera acertadamente que a relação de administração somente se nos depara, no plano das relações jurídicas, quando a finalidade a que a atividade de administração se propõe, nos aparece defendida e protegida, pela ordem jurídica, contra o próprio agente e contra terceiros. Em suma, o necessário — parece-nos — é encarecer que na administração os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los, nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela” (**Elementos de Direito Administrativo**, SP, 1980, p. 11).

E, mais adiante:

“Daí a ensinança do notável publicista CIRNE LIMA: “O fim e não a vontade domina todas as formas de administração”, ou, “Administração é a atividade de quem não é senhor absoluto”; ou ainda: “A relação de administração é aquela que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente...” E, mais: “Na administração o dever e a finalidade são predominantes; no domínio, a vontade” (op. cit., p. 243).

16. Fecundas lições e diretrizes daí se extraem. O importante é salientar que, se a administração é serviente da lei, subordinando, sob esse aspecto, o administrador ao legislador, também este é sujeito ao constituinte. É de AGUSTIN GORDELLO a segura observação, segundo a qual

“El individuo aparece así protegido contra los avances injustos de los poderes públicos en una doble faz: por un lado, que la administración respete a la ley, y por el otro, que el legislador respete a la Constitución” (**Tratado de Derecho Administrativo**, v. 1, p. III, 21).

Ou seja, os preceitos fixados pelo Constituinte apontam nortes, consagram diretrizes e fixam regras que engendram para o legislador ordinário um estatuto similar ao da relação de administração, no sentido de que os fins constitucionalmente consagrados, e não a livre vontade do legisla-

dor, dominam as formas de legislação. O símile é procedente. Tanto assim, que AGUSTIN GORDILLO leciona:

“Ya no basta con que la administración esté sometida a la ley, sino que es también necesario que la ley esté sometida a la Constitución, que haya un orden jurídico superior al mismo legislador, superando así el dogma de la soberanía popular por la soberanía del pueblo en la Constitución” (op. cit. p. III-17).

Em suma, todas as construções técnicas de direito administrativo, em torno da classificação das competências em vinculadas e discricionárias (VITOR NUNES, SEABRA FAGUNDES, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO), são aplicáveis à competência legislativa. E o estudo do direito comparado permitirá valorizar adequadamente o alcance desta observação.

É que esse tipo de meditação nos mostrará que o legislador infraconstitucional, no Brasil, em matéria tributária, não dispõe da mesma ampla esfera de liberdade, de que desfruta nos Estados Unidos, Itália, França, Alemanha etc. (para mencionar países que têm proximidade cultural conosco e influência sobre nós). Daí o escasso proveito que se pode extrair da doutrina alienígena, elaborada à vista de um direito constitucional tributário sintético e ático, ao contrário do nosso, amplo, extenso, abrangente e minucioso (que se não circunscreve a colocar certos princípios básicos, mas os desdobram em subprincípios e a estes em regras, contendo inúmeras vezes preceitos minuciosos).

i) Previsibilidade da ação estatal

17. O quadro constitucional que adota os padrões do constitucionalismo do ideário francês e norte-americano, instalado no mundo ocidental nos fins do século XVIII, e principalmente a adoção de instituições republicanas, em inúmeros Estados, cria um sistema absolutamente incompatível com a surpresa. Pelo contrário, postula absoluta e completa previsibilidade da ação estatal, pelos cidadãos e administrados. É que o legislador atua representando o povo e expressando seus desígnios. Seu trabalho é necessariamente público e desenvolvido em clima de amplo debate. Os negócios do Estado são públicos (se fazem abertamente, à vista do público), salvo raras exceções expressamente previstas em lei. A imprensa livre — condição necessária ao funcionamento do sistema (como viabilizadora do direito à informação) — serve de veículo dos mecanismos de fiscalização do governo pelo povo. O Judiciário aplicará a lei, em processos contenciosos, sem discricção e na conformidade de padrões técnicos perfeitamente previsíveis. HEINZ PAULICK, da Universidade de Wurzburg, mostra como, em matéria tributária, a previsibilidade da ação estatal é consequência do prestígio da segurança jurídica. E mostra ser ele tão valorizado na Alemanha, que às suas exigências cedem os interesses de arrecadação e mesmo os da “realização de uma imposição igual” (La ordenanza tributaria da la República Federal de Alemania. **Ordenanza Tributaria Alemana**, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1980, trad. de CARLOS PALAO TABOADA, p. 43). Esse princípio, instrumento do similar “princípio da

proteção da confiança" — também cultivado pela doutrina germânica e prestigiado pela jurisprudência — traduz-se no postulado de "certeza pronta e definitiva sobre a quantia da dívida tributária" (op. cit., p. 43).

"A segurança do direito é instrumentada pelos subprincípios da generalidade, tipicidade e legalidade da imposição, sendo certo que o primeiro é também corolário da isonomia, já que se traduz no postulado segundo o qual o sacrifício econômico que cada um há de suportar a título de imposto deve ser igualmente gravoso para todos" (H. PAULICK, p. 47).

Por isso, no Brasil, PAULO BARROS CARVALHO, ALBERTO XAVIER, SACHA CALMON, ROQUE CARRAZA, AIRES BARRETO e outros, sustentam que o princípio da capacidade contributiva é a versão técnico-tributária do princípio constitucional da isonomia. Daí que H. PAULICK associe à idéia de igualdade tributária o "princípio da imposição em proporção aos haveres".

Não é de estranhar o pioneirismo dos alemães e a vasta autoridade que granjearam, especialmente no campo do direito tributário, dada a riqueza e fecundidade das elaborações que souberam desenvolver: cuidando da predeterminação objetiva das hipóteses de incidência, H. PAULICK sublinha que elas devem ser "tão determinadas que o contribuinte possa calcular com antecipação a carga tributária que vai recair sobre ele" (op. cit., p. 48). Este é nítido imperativo da nossa ordem constitucional também, requintadamente exigente no que atina à matéria tributária. Esses padrões foram por nós integralmente incorporados, dado que exprimem, de modo conspícuo, as naturais decorrências do tipo de Estado de direito republicano que quisemos implantar, a título de padrão institucional. **Ora, tudo isso engendra um clima radicalmente avesso à surpresa.** O Estado não surpreende seus cidadãos; não adota decisões inopinadas que os aflijam. A previsibilidade da ação estatal é magno desígnio que ressuma de todo o contexto de preceitos orgânicos e funcionais postos no âmago do sistema constitucional.

O legislador e — com maior razão — o administrador não surpreendem o povo. Isso está na consciência cívica intransigente e robusta do "taxpayer" americano, como no senso de responsabilidade do "public servant" inglês; é essência do espírito "administrativista" do servidor francês, como da alma de qualquer agente político ou administrativo alemão. Se os padrões culturais europeus criam clima mais favorável a esse tipo de responsabilidade política, é certo também que tais modelos foram entre nós sempre apresentados como paradigmáticos. Tanto é assim que nossa melhor doutrina os toma como exemplos: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e das mais autorizadas cortes do país os tem como protótipos e a legislação sempre se informou por esse espírito. As próprias noções de função pública, mandato e responsabilidade administrativa sempre tiveram por inspiração esses arquétipos, em coerência com aspirações contextuais que se repetem e se renovam em todas nossas manifestações culturais, desde nossos tempos de colônia e a despeito de todas as tentações, even-

tuais inclinações pessoais e esporádicas negaças de episódicos governantes. Por isso mesmo, sempre que aqui se rompeu a ordem institucional, fez-se sob o manifesto pretexto de que tal ruptura justificava-se pela necessidade de restauração de valores alegadamente feridos.

j) Lealdade informadora da ação pública

18. Sob a designação de "fair administration" a doutrina norte-americana desenvolve essa necessária implicação do princípio republicano (síntese da idéia de democracia representativa), que consiste na natural lealdade do Estado (Estado legislador e Estado administrador, para usar a fecunda elaboração do saudoso OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO) para com seus cidadãos. E o sabor da expressão não se limita ao nível administrativo, como, à primeira vista, pode parecer. É que a palavra "administrativo" é, no uso corrente do direito ianque, mais ampla e abrangente, colhendo os dois "branches" políticos do governo (legislatura e executivo). Tanto é assim, que usualmente costuma-se referir aos governos (nesse esquema tão tipicamente presidencial e, pois, referido ao seu líder) como "administração Roosevelt", "administração Kennedy" etc. A lealdade é tomada como traço fundamental legitimador da lei e dos atos administrativos. Mas, tal é o teor basilar de seu significado, que também o processo judicial se inquina de nulidade, se não atender às suas exigências. O "fair trial" é tão exigível quanto qualquer outra manifestação estatal (é impostergável decorrência da cláusula "due process of law", como exposta entre nós por ANTONIO ROBERTO SAMPAIO DORIA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e ROBERTO ROSAS).

O autorizado AUGUSTIN GORDILLO mostrou como ela é básica no condicionamento do processo administrativo. Mas, a própria fundamentação de suas portentosas concepções já revela a maior amplitude e abrangência do princípio. E nem poderia ser de outro modo, dados os postulados insuperáveis do princípio republicano. Com maior razão, em matéria tributária, a lealdade surge como incontornável exigência. Se, como ensina PONTES DE MIRANDA, é "o povo que se tributa a si mesmo", não há como aceitar qualquer ato implicante de deslealdade; que é despropositado o conceber-se que alguém seja desleal consigo mesmo.

Dá a justificada ênfase que a doutrina dos melhores autores alemães de direito tributário põem no princípio da proteção da confiança (PAULICK, H. KRUSEL).

l) Anterioridade e livre empresa

19. De tudo que aqui veio sendo longamente exposto, vê-se que as concepções dominantes — segundo as quais as leis que alteram as bases dos tributos são imediatamente aplicáveis — não só violam a letra e o espírito da Constituição na parte que fixa os direitos individuais, como também se põem em gritante contradição com princípios constitucionais fundamentais, indissolúvelmente ligados a nossos mais elementares padrões institu-

cionais. Após expor o significado da segurança jurídica, ALBERTO XAVIER escreve:

“Um e outro destes aspectos têm sido, porém, postos em causa por certas orientações, cujo traço comum está em reputarem tais fundamentos incompatíveis com as novas tarefas que ao Estado moderno cumpre prosseguir.

No que toca à certeza jurídica em geral, e em especial no terreno do direito público, importa referir a posição daqueles que — como Hesse e Forsthoff — vêem no princípio da proteção da confiança a pura expressão de uma idéia de segurança própria das concepções burguesas e liberais, elaboradas como instrumento de proteção e tutela da esfera de liberdade e propriedade dos cidadãos, mas tornadas já incompatíveis com as novas formas do Estado — o Estado-providência ou o Estado-social. Mais do que a tutela dos puros interesses dos particulares frente ao arbítrio da Administração, visar-se-ia a prossecução da justiça social e esta impõe um intenso intervencionismo, porventura até um dirigismo do poder, tendente à adaptação do direito a particularidades do caso concreto, mediante critérios de equidade e de oportunidade (op. cit. p. 48).

E prossegue descrevendo, com censura irônica, essa tétrica concepção apresentada sob linguagem aparentemente neutra:

“A segurança jurídica deveria assim ceder o passo a exigências mais fundas das sociedades modernas, como a justiça material, na sua forma de justiça social. A equitativa distribuição da renda suporia uma larga intervenção do poder público, o qual, sem uma ampla liberdade de apreciação e decisão — cerceadas pelos princípios da legalidade e da segurança jurídica — veria frustradas as suas funções mais essenciais” (op. cit., p. 48).

E refuta essa argumentação mostrando que o Estado liberal — inaugural do Estado de direito — cultivou certos ideais de segurança jurídica contra um sistema de governo fraco, se comparado com os poderes dos Estados atuais. **Com maior razão, sustenta XAVIER, essa segurança agora deve ser reforçada,** bem ao contrário do que propugnam epígonos das idéias de HESSE e FORSTHOFF. Prossegue, assim, o ilustre doutor pela Universidade de Lisboa:

“Com efeito, num sistema econômico que tenha como princípios ordenadores a livre iniciativa, a concorrência e a propriedade privada, torna-se indispensável eliminar, no maior grau possível, todos os fatores que possam traduzir-se em incertezas econômicas suscetíveis de prejudicar a expansão livre da empresa, designadamente a insegurança jurídica. E isto era o que inevitavelmente sucederia se ao domínio claro da lei se sucedesse o “voluntarismo” da Administração” (op. cit., p. 50).

20. Subseqüentemente, faz como que um depoimento sobre os ideais dos tecnoburocratas que se apoderaram dos instrumentos de governo, no mundo ocidental, pretendendo relegar a segurança jurídica dos cidadãos:

“Ora, os referidos objetivos de política econômica requere-riam que os responsáveis pela sua consecução tivessem ampla liberdade de movimentos, que lhes permitisse adaptarem-se às contínuas alterações que sofrem os mercados. A agilidade e a comodidade na manipulação dos instrumentos jurídicos da política econômica — entre os quais o imposto — dificilmente se harmonizaria com a sua rígida previsão em diplomas dotados de força de lei e que, por conterem em si a regulamentação substancial do tributo, retiram à Administração a flexibilidade imposta pelas rápidas variações da conjuntura. Uma ampla margem de livre apreciação e decisão, ou seja, um alargamento dos poderes discricionários em matéria fiscal seria assim exigido pelos princípios em que assentam a **fiscal policy** e as “finanças funcionais”: sacrificam-se, certo, a segurança jurídica e a certeza do direito, mas obter-se-iam, em contrapartida, resultados como o acréscimo do rendimento nacional, o pleno emprego e a estabilização das flutuações econômicas — que compensam largamente tal sacrificio” (op. cit. p. 51).

Essas linhas soam como denúncia (e bem localizada, no tempo e no espaço!). Efetivamente, entre nós — desgraçadamente com inadvertido abono dos tribunais — em nome da eficiência, versatilidade e dinamismo do Estado, vão-se derrubando todas as barreiras jurídicas ao arbítrio. Este vai, pouco a pouco, ficando mais desembaraçado, optando-se, nitidamente, pelo “valor talvez intangível da legitimidade sob o pragmatismo da eficácia” (J. MEDINA ECHEVERRIA. **Consideraciones Sociológicas sobre el Desarrollo Económico**. Buenos Aires, 1964, p. 129). Mas, prossegue ALBERTO XAVIER:

“Não se pode deixar de reconhecer que a aludida orientação teve certo acolhimento nos países ocidentais, sobretudo no período imediato à grande depressão dos anos 30, dando origem a violações, mais ou menos claramente reconhecidas, dos princípios tradicionais da legalidade e da segurança jurídica em matéria de tributos” (op. cit. p. 52).

A correta, exata e procedente observação é carapuça que serve, infelizmente, para muitos Estados ditos democráticos. No Brasil, no período ditatorial de 1937 a 1945, conhecemos bem tal mentalidade e seus deletérios efeitos depressivos sobre as instituições e o espírito cívico e empresarial. Infelizmente, não se pode ainda dizer que essa crise, no Brasil, tenha sido superada. O depoimento é de ALIOMAR BALEEIRO, insigne e saudoso “Chief Justice”. Escreve ele:

“Na Exposição de Motivos do Projeto relativo à Emenda nº 18, justificou essa alteração o Prof. Otávio G. Bulhões, minis-

tro da Fazenda, com as palavras seguintes: "Há juristas que consideram como "baluarte tradicional da democracia" a inclusão do imposto no Orçamento, para fins de sua cobrança. Foi o ponto de vista que prevaleceu na Constituição federal de 1946". Não creio que essa exigência constitucional venha a criar embargos ao legislador ordinário para lançar impostos de caráter monetário, desvinculando-os do Orçamento, uma vez que, por natureza, são instrumentos fiscais extraorçamentários. Todavia, não vejo muita lógica na proposição constitucional de subordinar a exigência tributária à inclusão no Orçamento, embora compreenda que na recomendação do constituinte houvesse o propósito de disciplinar a conduta financeira do administrador, em benefício do País e em respeito ao sacrifício do contribuinte. Mas se a Constituição prevê a possibilidade de aumento de despesas durante a execução orçamentária, é indispensável que admita, também, o aumento da receita de impostos. Se a Constituição pretende garantir o contribuinte contra qualquer acréscimo tributário durante a vigência de um exercício financeiro, deve, igualmente, vedar qualquer possibilidade de aumento de despesas durante esse período. Entretanto, ao permitir o acréscimo de despesas, como realisticamente o fez a Constituição de 1946, e, ao mesmo tempo, adotar terminante proibição de acréscimo de receita tributária, a Constituição imprime à execução orçamentária uma tendência inflacionária, que não pode deixar de ser corrigida" (*Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*, 5ª ed., p. 22).

Esse palavreado desrespeitoso das nossas mais caras e provectas tradições constitucionais — embora, surpreendentemente, de autoria de um pseudoliberal — mereceu de BALEEIRO o comentário: "As razões são de mero expediente sem qualquer atenção aos fundamentos políticos e jurídicos daquele dispositivo" (op. cit., p. 23). Supervenientemente, a Carta de 1967 restaurou, no § 29, 2ª parte, do art. 150, o princípio. Lamentável é que não tenha sido observado, provavelmente devido à vacilação com que a magistratura tem enfrentado essa questão.

21. Mas, como registra ALBERTO XAVIER, desde 1946 ressurgiu no mundo ocidental vigoroso movimento de idéias no sentido de restaurar, em sua plenitude, os ingredientes essenciais do Estado de direito, com a readoção e até aprimoramento dos instrumentos que o promovem e asseguram (sobre os expedientes jurídicos conciliadores do interesse dos governos — na flexibilidade dos instrumentos — e dos privados — na segurança [built-in-flexibility]) (v. *Política Orçamental e Economia de Mercado; a experiência americana do pós-guerra*, A. XAVIER, Lisboa, 1970. V. tb. *El derecho como instrumento de política econômica, defensa del principio de legalidad tributaria*, in *Hacienda y Derecho*, F. SAINZ BUJANDA, 1962, v. 2, p. 166).

Para que a liberdade de iniciativa (princípio da livre empresa) e o direito de trabalhar, produzir, empreender e atuar numa economia de

mercado não seja mera figura de retórica, sem nenhuma ressonância prática, é preciso que haja clima de segurança e previsibilidade acerca das decisões de governo. O empresário precisa fazer planos, estimar — com razoável margem de probabilidade de acerto — os desdobramentos próximos da conjuntura que vai cercar seu empreendimento. Precisa avaliar antecipadamente seus custos, bem como estimar os obstáculos e as dificuldades. Já conta com os imponderáveis do mercado. Não pode sustentar um governo que agrave, com suas surpresas e improvisações, as incertezas, preocupações e ônus normais da atividade empresarial. Isso é inconciliável com as instituições republicanas, como ressaltou ALBERTO XAVIER:

“Pelo contrário, um sistema alicerçado numa reserva absoluta de lei em matéria de impostos confere aos sujeitos econômicos a capacidade de prever objetivamente os seus encargos tributários, dando assim as indispensáveis garantias requeridas por uma iniciativa econômica livre e responsável” (op. cit., p. 54).

O clima de segurança, certeza, previsibilidade e igualdade (sem o qual não há livre concorrência) só na legalidade, generalidade e irretroatividade da lei tem realização. É inconvincente com a economia de mercado a interpretação que a Fazenda tem sustentado, traduzida na absurda pretensão de fazer leis inovadoras, tratando de base impositiva de tributo, aplicarem-se imediatamente a situação já consumada.

22. É importante ter presente que o perfeito atendimento às exigências constitucionais explícitas e implícitas — assim como a adaptação do imposto à capacidade contributiva, sua progressividade e generalidade, ao lado da necessidade de atender aos reclamos da justiça fiscal, traduzida em lei certa, ou a designios de extrafiscalidade — impõe requintados cuidados ao legislador, e, na mesma medida, ônus, empecos e entraves ao Estado. Isso é absolutamente natural no constitucionalismo. Tal regime impede que o Estado faça o que deseje, quando queira, de qualquer modo. Ao desempenhar suas competências, os órgãos do Estado — em respeito à Constituição — são peados quanto à forma, à substância e à oportunidade de seus atos; e são limitados, absoluta e peremptoriamente, pelo rol de direitos individuais, que, por isso mesmo, são universalmente reconhecidos como obstáculo intransponível à sua ação.

A propósito, ensina AGUSTIN GORDILLO:

“La Constitución se supone hecha por el pueblo y emanada del pueblo soberano, no para refrenarse a sí mismo, ni para poner límite a su propio poder soberano, sino para refrenar y limitar a sus delegatarios, que son los tres poderes que integran el gobierno nacional” (op. cit., p. III, 19).

Verdadeiramente, como enfatiza o Professor de Colônia GEORG BRUNER: os direitos fundamentais se dirigem contra o Estado e com “seus limites”; só serão verdadeiros quando se apliquem “contra a vontade do Estado” (*Die Grundrechte in Sowjet System*, Colônia, 1963, pp 105-106, apud. A. GORDILLO, op. cit.).

A nova divisão de funções governamentais

(a propósito do substitutivo Bornhausen)

TORQUATO JARDIM

Advogado. Professor na Universidade
de Brasília. Decano do Instituto de
Estudos Políticos

Dentre as tarefas de importância eventualmente histórica à espera do Congresso Nacional está a deliberação sobre as emendas parlamentaristas dos Deputados Herbert Levy e Victor Faccioni, condensadas no substitutivo do relator da Comissão Mista, o Senador Jorge Bornhausen (*).

A proposta, pela sua repercussão e, em particular, pelo que corajosamente inova, começa já a ser justamente comentada por parlamentares e pela crônica política.

(*) N.R.: Veja Parecer nº 67, de 1984-CN, da Comissão Mista do Congresso Nacional, incumbida de examinar e emitir parecer sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 17, de 1983. Relator: Senador Jorge Bornhausen (DCN — 26-9-84).

O substitutivo do Senador Bornhausen rompe com duas barreiras cruciais: o preconceito da “separação de poderes” e a submissão intelectual aos modelos estrangeiros prontos e acabados.

Consagrado constitucionalista afirma que “dentre todas as falácias modernas que obscureceram o ensino verdadeiro do direito constitucional, poucas são piores que a doutrina extremada da separação de poderes e o uso indiscriminado da expressão “freios e contrapesos”. (...) Para essa dissipação do poder governamental” — prossegue ele — “não encontro qualquer precedente adequado na história constitucional. Tal sistema só gerou desastres desde a sua adoção; além do que, não é ele fruto de qualquer experiência política anterior. (...) É apenas uma ficção da mente de *doctrinaires* do século XVIII (da Inglaterra)” (1).

A história constitucional inglesa, conclui o autor, revela que o governo é constituído de uma *iurisdictio*, “sob a proteção de tribunais independentes”, e de um *gubernaculum* “forte o bastante para desempenhar todas as tarefas essenciais e suficientemente óbvias, de sorte a garantir a plena responsabilidade para com o povo pela fidelidade da execução” (2).

Outro estudioso confirma essa análise quando observa que MONTESQUIEU “erroneamente apontou na Inglaterra uma divisão Executivo-Legislativo ao ver o rei e o parlamento em freqüente desacordo, não se apercebendo de que o ramo legislativo estava de fato intimamente ligado à *operacionalidade* do Executivo por intermédio do primeiro-ministro e do gabinete” (3).

A percepção da necessidade de mudança não escapa nem mesmo aos observadores da cena do presidencialismo freqüentemente tido como o mais bem sucedido, o norte-americano (4).

Assessores da Casa Branca e senadores propõem reformas para instauração de um regime quase-parlamentar, no qual um certo número

(1) McILWAIN, Charles H. *Constitutionalism — Ancient and Modern*. Ithaca, Cornell University Press, 1974 (ed. rev.) 1976 (4ª imp.), pp. 141-143.

(2) *Id.*, p. 144.

(3) PHILLIPS, Kevin P. *Post-conservative America*. New York, Random House, 1982, p. 210.

(4) Não se trata, contudo, de presidencialismo propriamente dito, em razão da permanente interação Executivo-Legislativo, a começar pelas centenas de cargos executivos e judiciários cujo preenchimento pede consentimento prévio do Senado. Essa operacionalidade integrada é que escapou totalmente à observação dos constituintes de 1891, quando pretenderam transplantar para o Brasil o sistema norte-americano.

de pastas administrativas sejam obrigatoriamente confiadas a membros do Congresso Nacional.

A separação de poderes — afirma um deles, “tornou-se uma estrutura que assegura mais a paralisia política” do que o acordo, para o que faz, dentre outras, estas três sugestões: a dissolução do Congresso quando do impasse, mandato único de seis anos para o Presidente da República e voto vinculado para Presidente, senador e deputado federal (5).

BORGES DE MEDEIROS, embora ele próprio exemplo notável do caudilhismo autoritário, pedia, já em 1933, um novo presidencialismo, “contanto que temperado pela mescla de elementos do parlamentarismo, e tendo por base *uma nova divisão de poderes*” (6).

A separação de poderes é uma “ilustração perfeita de um pensamento mecanicista” (7), embora ainda adotada por muitas nações “que não se deram conta de sua superação e de seu alheamento da realidade do século XX” (8). A simples observação de que a forma mais corrente de governo é a parlamentarista “já deveria ter convencido os constitucionalistas de que o Legislativo e o Executivo não estão separados nem quanto às pessoas, nem quanto às funções” (9).

É importante ter presente que o princípio da necessária separação das funções estatais “não é essencial ao exercício do poder político, nem representa verdade evidente e válida para todas as épocas”, e que sua invenção foi determinada pelo tempo e pelas circunstâncias como “um protesto ideológico do liberalismo político contra o absolutismo monolítico da monarquia nos séculos XVII e XVIII” (10).

(5) Supra, nota 3, p. 211. O autor se refere, no caso, a Lloyd Cutler, assessor do Presidente Carter. No mesmo sentido a proposta de Stuart Eizenstat. (PHILLIPS, p. 208). Não é diversa a sugestão de emenda constitucional ou, alternativamente, de reforma não-constitucional da estrutura do ministério feita pelo Senador Daniel P. Moynihan, democrata de New York. (PHILLIPS, p. 211). Curiosamente, estudos soviéticos chegados ao Ocidente revelam a satisfação dos observadores russos com as “tensões que surgem cada vez com maior frequência no mecanismo governamental burguês” (PHILLIPS, p. 213).

(6) BORGES DE MEDEIROS. *O Poder Moderador na República Presidencial*. Porto Alegre, 1933, p. 64.

(7) LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Ariel, p. 54.

(8) Id., p. 55.

(9) Id., *ibid.*

(10) Id., p. 56.

Desmontado o Leviatã, submetido o poder estatal às formas modernas de representatividade popular mediante assembleias eletivas, e condicionado o processo político pelas máquinas eleitorais dos partidos políticos e, mais recentemente, pelos meios de comunicação em massa, “a tarefa do governo deixou de estar limitada — se é que algum dia esteve — a executar a vontade popular tal como formulada pelas leis votadas pelas assembleias” (11). A doutrina da separação de poderes, desarte, decisivo embora seu papel histórico, ficou superada pelo tempo.

Mais adequado é falar de uma harmonização de três funções básicas: a decisão política fundamental, a execução dessa decisão e seu controle político.

Ainda que por força de inércia se faça uso das expressões oitocentistas, essencial é a percepção de que a gestão da coisa pública nas democracias de hoje impôs às diferentes manifestações do poder estatal uma acomodação permanente de fins e de meios, mediante um processo de criação de políticas e de normas no qual a decisão política fundamental — a sua concepção, execução e controle — flui do poder estatal mesmo, e não de uma de suas manifestações. Não há que se falar, assim, de independência dos poderes — expressão oitocentista —, mas, ao contrário, de harmonia das manifestações políticas e administrativas do poder estatal.

Essa harmonia dos fins e dos meios, a que são levados os representantes eleitos para as assembleias, os agentes administrativos e a magistratura — enquanto manifestações do poder estatal, é a *nova divisão de funções governamentais*.

O substitutivo Bornhausen inova também quando, rompendo preconceitos intelectuais, concebe forma de governo de preponderância parlamentar, a qual, por fidelidade às categorias científicas, não pode, propriamente, ser classificada de parlamentarista, pois que sem paralelo com as que, na doutrina e na prática, recebem esta denominação. A não-dissolução do Congresso, ou de uma de suas Casas, é o exemplo mais flagrante dessa conformação necessária à cena brasileira.

— III —

O substitutivo faz uso da expressão parlamentarismo à falta de outra que exprima o espírito da nova divisão de funções governamentais, razão por que começa apontando sete traços delineadores da forma de governo que propõe.

(11) Id., p. 61.

1) Os membros do governo devem ser, ao menos, na sua maioria, membros do Congresso Nacional, isto é, da instituição representativa eleita diretamente pelo povo, em cujo nome se exerce o poder. Desse ramo do poder estatal é que surge o Chefe de Governo ou Primeiro-Ministro.

2) O governo é constituído pelos líderes do Partido majoritário ou dos Partidos que, em coalizão, formem a maioria do Congresso.

3) O governo tem uma estrutura hierarquizada, com um primeiro-ministro como chefe e líder, mantendo, dentro do grupo de governo, uma situação de supremacia sobre seus colegas de ministério. O poder governamental está concentrado na pessoa do primeiro-ministro.

4) O governo permanecerá no poder enquanto conte com o apoio da maioria dos membros do Congresso. Perderá a legitimidade para governar sempre que essa maioria lhe negue seu apoio ou quando, em face de eleições, altere-se a composição majoritária no Congresso.

5) Fundamentalmente, a função de determinar a decisão política está distribuída entre o governo e o Congresso, em colaboração estreita e necessária à sua execução plena mediante atos administrativos e atos legislativos, colaboração que deve ser permanente, e na qual se confunda, tanto quanto possível, a própria autoria da iniciativa, de sorte a refletir uma ação coletiva.

6) A pedra de toque desta forma de governo está no controle político, e ela só será verdadeira quando os dois detentores do poder — governo e parlamento — funcionem com possibilidade e faculdade de controle recíproco de utilização permanente e real, de sorte que, de um lado, o Congresso exija responsabilidade política do governo, e, de outro, o governo pressione o Congresso a assumir posições políticas explícitas mediante aprovação de medidas legislativas que concretizem o ideário programático da maioria da sociedade civil nele representada.

7) O parlamentarismo representa a realização maior do ideal de que a democracia é um estado de Partidos. Todo seu processo político tende a consolidar os Partidos Políticos e a lhes acrescer legitimidade mediante a co-participação no ministério votado e aprovado pelo Congresso, seja pela negociação de programa de governo, que antecede à escolha dos membros do Executivo, seja pela fiscalização que o Legislativo impõe à administração. Os Partidos Políticos são, assim, projetados no interior do governo, porque são eles que, por esta forma de governo, formam o Executivo. Há, dessarte, uma transposição direta do programa partidário, consagrado pela maioria do povo nas eleições, para a administração do governo.

Resumidamente, são estes os pontos principais do substitutivo posto ao exame do Congresso Nacional.

a) O Presidente da República

O Presidente da República, como Chefe de Estado, será o símbolo da Nação, da unidade, da integridade e da independência do Brasil. Sua principal função, vital para a estabilidade da vida política, será arbitrar e moderar o funcionamento regular das instituições e garantir a harmonia.

Eleito pelo voto direto e universal da maioria absoluta do povo, sua autoridade derivará diretamente dos detentores últimos do poder, primado que é essencial à democracia. Daí por que lhe competem decisões fundamentais na condução do interesse geral, dentre as quais se destacam:

- escolha do Primeiro-Ministro, em harmonia com o Congresso Nacional;
- o comando supremo das forças armadas, por intermédio do Primeiro-Ministro;
- sancionar ou vetar os projetos de lei, para o que, sempre que julgar conveniente, poderá representar ao Supremo Tribunal Federal, moderando, assim, a disputa política;
- determinar medidas de emergência e decretar o estado de sítio e o estado de emergência, recursos últimos para garantia da ordem e da execução das leis.

b) O Conselho de Ministros

O Conselho de Ministros, direção coletiva emanada da confiança do Chefe de Estado e do Congresso Nacional, conduz a política geral do Governo, exerce a direção suprema da administração federal, e é responsável perante o Congresso Nacional.

Sua presidência é exclusiva de membros do Congresso Nacional — marca essencial do parlamentarismo. O Primeiro-Ministro, indicado pelo Presidente da República, é submetido à confiança do Congresso Nacional. Na eventualidade da recusa de duas mensagens do Presidente da República, a responsabilidade da indicação e da aprovação de confiança

passa ao Senado Federal, órgão representativo da Federação, onde o dissenso deve ser mais fortemente submetido aos interesses de estabilidade da União Federal e de sua estrutura de governo do que aos condicionamentos da disputa partidária, ainda que democrática.

A competência do Primeiro-Ministro é claramente estabelecida nos seus traços mais importantes:

- exercer a orientação, coordenação e supervisão política da administração federal;
- manter relações com Estados estrangeiros e orientar a política externa, celebrando tratados e compromissos internacionais *ad referendum* do Congresso Nacional, o que determina mais estreita colaboração entre os dois poderes;
- baixar decretos-leis, nos limites tornados mais estreitos pelo substitutivo;
- exercer o poder regulamentador mediante decretos e instruções para a execução das leis, competência implementadora dos atos legislativos surgidos da decisão política comum do Governo e do Congresso;
- elaborar o projeto de lei de orçamento.

Equilíbrio delicado é estabelecido no *quorum* de dois terços para aprovação da moção de desconfiança. Firmada a não-dissolubilidade do Congresso Nacional, o que para muitos é incompatível com esta forma de governo, teve de estabelecer a emenda mecanismo igualmente, ou quase igualmente, forte, de estabilidade do Executivo. O controle político recíproco, fundamental a esta forma de governo, que no estrangeiro tem no voto de desconfiança e na dissolubilidade do parlamento seus pólos de equilíbrio, passa, aqui, a se apoiar na possibilidade de se negar confiança a um único membro do Ministério, favorecendo acomodações de interesses partidários e programáticos, e servindo de provocação de reformas parciais de Governo, transformação que, para a vida política brasileira, será significativamente menos traumática e desestabilizadora.

Este controle político recíproco e fundamental completa-se com o processo legislativo, pela manutenção da norma do decurso de prazo, como se comenta mais adiante.

c) O Congresso Nacional

A par dessas — aprovação do Primeiro-Ministro e do Ministério, o voto de desconfiança e a não-dissolubilidade — outra inovação impor-

tante é feita no Congresso Nacional: no tocante às inelegibilidades, a ressalva, em favor do parlamentar membro do Ministério, de não se desincompatibilizar para concorrer a cargo eletivo. A lisura de seu comportamento, enquanto candidato e membro do Executivo, será fiscalizada por seus próprios pares naqueles dois ramos do poder.

Ao Senado Federal devolve-se a competência de aprovar previamente a escolha do Procurador-Geral da República, conforme a Constituição de 1946, e a de aprovar, igualmente, todos os juizes do Tribunal Federal de Recursos, como acontecia antes da reforma de abril de 1977. No mesmo sentido, retorna-se ao sistema da Constituição de 1946 para exigir aprovação prévia do Senado para a nomeação, pelo Primeiro-Ministro, dos Administradores-Gerais do Distrito Federal e dos Territórios.

d) O processo legislativo

Aqui se mantêm o decurso de prazo e os decretos-leis, estes contidos em seu escopo pela exclusão das normas tributárias.

Com a forma de governo estabelecida pelo projeto, pela qual não se dissolve o Congresso Nacional, ou uma de suas Casas, com o que se afasta um dos pólos de equilíbrio político, cumpria fixar um procedimento alternativo que impedisse a uma das manifestações do poder estatal paralisar, ao seu alvitre, a ação das demais. A negociação política se passa, assim, com prazo certo.

A prática institucional é que determinará, pela avaliação da série histórica dos eventos concretos, o curso político de um governo que faça uso constante desse meio procedimental.

Os decretos-leis, limitados à *segurança nacional* — poder de que dispõe o chefe de governo de qualquer país, ao *direito financeiro* —, receita e despesa públicas, seu orçamento e controle, e à *criação de cargos públicos e fixação de vencimentos*, iniciativa exclusiva de que dispõem o Legislativo e o Judiciário, excluídas, como dito, as normas de direito tributário, deixam de ser a fonte de controvérsia que hoje representam, em razão da interpretação lata que se lhes confere.

e) O Supremo Tribunal Federal

1. Todo Estado federal pressupõe uma corte suprema que garanta a harmonia das diferentes órbitas jurídico-normativas; a *nacional*, que tem a ver com os interesses do todo da sociedade civil e do Estado; a *federal*, limitada às necessidades do governo central da União; a *esta-*

dual, circunscrita à administração do ente federado autônomo; e, no caso brasileiro, a *municipal*, no que tenha a ver com a administração própria de seus interesses peculiares. Essa harmonia implica, primeiro, em hierarquia das normas, da nacional até a municipal, e, segundo, assentada nessa harmonia hierarquizada, na convivência cooperativa dos entes federados.

2. A adoção de Constituição escrita implica na existência de uma autoridade que garanta a supremacia do pacto constitucional. Só se pode admitir que aqueles que adotaram uma Constituição escrita como consolidação da organização estatal a tenham concebido para ser observada como a lei suprema do Estado. Assim, também neste caso, pressupõe-se a existência de uma corte maior de justiça como árbitro final e irrecorível do que significa e do que impõe a Constituição.

3. Em ambos os casos, tem-se na *judicial review* — ou revisão dos atos lesivos de interesse individual e dos atos administrativos pelo Poder Judiciário — o mecanismo de controle da prevalência dos princípios fundamentais plasmados na carta constitucional.

4. Consentâneo com esses primados consagrados na história do constitucionalismo moderno de todas as democracias estáveis, e que sempre estiveram presentes em nosso direito constitucional, é que a emenda estende a competência do Supremo Tribunal Federal, reforçando a sua projeção inegável de ente político ativo e, mais, integrando-o, irretorquivelmente, no processo político de moderação e arbitramento dos eventuais conflitos entre o Executivo e o Legislativo, sempre que essas disputas possam ser solucionadas pelo processo de decisão judicial.

Assim, a representação por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual (controle *a posteriori*) deixa de ser exclusivo do Procurador-Geral da República, e passa também a ser do Presidente da República, principalmente quando a Procuradoria-Geral da República, no parlamentarismo, é órgão da Chefia de Governo, e não da Chefia de Estado.

De igual sorte, a representação do Presidente da República para interpretação de projeto de lei submetido a sua sanção (controle *a priori*), mecanismo que estimula a cooperação das manifestações do poder do Estado, a par de reforçar o exercício do poder moderador pelo Chefe de Estado. No mesmo sentido a representação de governador de Estado, de presidente de Tribunal de Justiça e de presidente de Partido Político por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, o que acelera a harmonização e acresce estabilidade à ordem jurídica brasileira, naturalmente tornada mais complexa pelo princípio federalista.

O Supremo Tribunal Federal torna-se, dessarte, parte do poder moderador e arbitrador da dissidência política, em colaboração marcadamente estreita com o Legislativo e com o Executivo.

f) A adoção pelos Estados

Os Estados têm opção plena de adotarem ou não o parlamentarismo, que não se torna, assim, princípio federal extensivo ou necessário, daqueles que obrigam o ente federado. A autonomia constitucional do Estado-Membro, sem a qual não há que se falar em federalismo, deve permitir que cada qual, sopesadas as peculiaridades, decida sobre o melhor modo de organizar sua estrutura de governo.

A disputa sobre ser compatível com a federação a convivência de duas formas de governo dividiu no passado, e continuará a dividir no futuro, os doutrinadores e os teóricos do direito e da ciência política (12). Não se pode pretender solucionar o debate, salvo pelo estabelecimento de norma explícita e de indisputável significado. A opção é de natureza política, e não adota, necessariamente, os argumentos da corrente que sempre a sufragou.

— V —

Pode-se concluir, ainda desta feita com BORGES DE MEDEIROS, que “uma verdadeira Constituição é a que logra plasmar com fidelidade a que se vem elaborando, lenta e confusamente, nos espíritos, sentimentos e crenças do povo. Ela não deve ser a improvisação do idealismo e da razão pura” (13).

O debate no Congresso Nacional, por certo refletido e substantivo, revelará se o projeto, no que traz de mais responsabilidade para os representantes eleitos, no que projeta a vontade e o controle popular na administração pública, no que consolida o Judiciário como árbitro político, no que inova e moderniza a mecânica do exercício do poder em nome do povo, plasma ou não o que claramente anseia a alma nacional: instituições políticas fortes e responsáveis, a um só tempo geradoras e caudatárias de previsibilidade política e estabilidade social.

(12) Estude-se, a propósito, o acórdão do Supremo Tribunal Federal na Representação nº 94, do Rio Grande do Sul, no qual foram declarados inconstitucionais os dispositivos que instituíam o parlamentarismo naquele Estado. (EDGARD COSTA. *Os Grandes Julgamentos do STF*. 2º v., Rio, Civilização Brasileira, 1964, pp. 136-184). O acórdão revela todo o preconceito racionalista e mecanicista da teoria da separação de poderes. Seu argumento central é que a submissão do plano de governo e do secretariado à aprovação prévia da Assembléia e a sua eventual queda pelo voto de desconfiança do Legislativo cerceavam a capacidade de livre escolha do governador e, portanto, feriam o princípio da independência dos poderes.

(13) *Supra*, nota 6, p. 9.

Pressupostos do mandado de segurança

JOSAPHAT MARINHO

Professor Titular da Universidade de
Brasília

SUMARIO

- Hierarquia das normas
- Garantias constitucionais: amplitude
- Mandado de segurança e seus pressupostos
- Sujeito ativo e sujeito passivo
- Direito liquido e certo
- Ilegalidade e abuso de poder
- Tradição e renovação

1. O exame dos pressupostos do mandado de segurança, para que possa sugerir proposições compatíveis com a grandeza jurídica e política do instituto, há de partir da escala de valores dos múltiplos postulados integrantes do sistema positivo de direito. É imperioso distinguir as normas, de início, por sua projeção no quadro jurídico.

Hierarquia das normas

2. As Constituições, assim como as grandes leis de direito público e de direito privado, sejam leis complementares ou orgânicas, ou apenas diplomas especiais, contêm cláusulas básicas ou fundamentais e normas secundárias. Por participarem da natureza do contexto em que se inserem, os preceitos sistematizados não adquirem a mesma importância normativa. Há uma hierarquia no complexo das disposições integrantes de um instrumento legislativo. Uma, por sua dimensão política ou jurídica, consubstancia princípios essenciais; outras, procedimentais ou indicativas de desdobramento da idéia nuclear, são regras vinculadas, de alcance menor. As primeiras representam **comandos superiores** na interpretação e na aplicação das leis, constitucionais ou ordinárias. As segundas têm perfil de **prescrições subordinadas**, que não podem constringir nem ultrapassar o teor daquelas.

3. Este entendimento não configura simples opção doutrinária. É hoje diretriz na legislação de povos de regimes de filosofias diferentes. Alguns exemplos ilustram esta afirmativa. A Constituição da República Federal Alemã, de 1949, estabelece, no art. 1º, que os “direitos fundamentais” nela enumerados “vinculam a legislação, o Poder Executivo e o Judicial como direito imediatamente válido” (II); no art. 19 determina que “em nenhum caso um direito fundamental pode ser atingido no seu conteúdo substancial” (II). A Constituição da Espanha, de 1978, além de esclarecer que “as normas relativas aos direitos fundamentais e à liberdade deverão ser interpretadas segundo a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os Tratados ratificados” (art. 10, nº 2), prescreve, no art. 53, que essas prerrogativas “são vinculantes para todos os poderes públicos”, podendo a lei, respeitado o “conteúdo essencial” delas, “regular-lhes o exercício”, sob a tutela do art. 161, I, a, vale dizer, ressalvada a jurisdição do Tribunal Constitucional. A Constituição da Iugoslávia de 1974, enunciando, numa “parte introdutória”, os “princípios fundamentais da sociedade socialista de autogestão”, proclama que estes cânones representam “base e orientação para interpretar” o texto maior “e as leis e o trabalho de todos e de cada um” (X).

4. Assim, e visto ser notória, também, a tese de supremacia da Constituição sobre todo o direito interno — o que é ressaltado, apesar disso, por diversos constituintes: Constituição do Império do Japão, de 1946, art. 98; Constituição da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, de 1977, art. 173; Constituição do Reino de Espanha, de 1978, art. 9º, inciso 3º —, há uma gradação *intra legem* e uma hierarquia *inter legem*, ambas de irrecusável importância na consideração dos distintos mandamentos positivos.

5. No Brasil, pelo menos em dois momentos singulares, esse problema foi largamente discutido. Na Primeira República, a falta de enunciação

dos princípios constitucionais da União gerou abusos extremamente condenáveis, sobretudo quanto à intervenção federal nos Estados e no tocante ao regime de autonomia destes. A revisão constitucional de 1926 corrigiu a lacuna, enumerando os princípios delimitadores do poder da União e da competência autônoma dos Estados-Membros. A respeito da controvérsia então desenvolvida, SAMPAIO DÓRIA escreveu interessante monografia, em que conceitua os princípios constitucionais como bússolas que orientam a exegese dos mandamentos complementares, ou de menor relevo. Assim, além de proclamar que, “em direito constitucional, princípios são as bases orgânicas do Estado”, distinguiu entre as “generalidades do direito público”, frisando: “Princípios há mais altos, que sumariam outros princípios, e que, para nós, constituem as vigas mestras da estrutura constitucional” (1).

Vigente a Constituição de 1946, a elaboração das Cartas estaduais originou várias representações de inconstitucionalidade, denunciadoras de violação da hierarquia própria do sistema federativo, sob forma de República presidencial. Das representações formuladas pelo Procurador-Geral da República, nessa época, ganhou relevo preponderante a referente ao Projeto de Constituição do Rio Grande do Sul, que estruturava o governo no molde parlamentar. Embora a Constituição federal não arrolasse o modelo presidencial entre os princípios medulares, o Supremo Tribunal fulminou o Projeto em nome da unidade do regime político na federação e do respeito à regra da separação de poderes (2).

6. Não importa indagar, no momento, em que pontos foi acertada ou exagerada a orientação da Corte. É relevante ver que em todos os casos ajuizados a questão foi suscitada à luz da supremacia do Estatuto federal e de seus princípios essenciais. Em verdade, há de ser inquirido sempre em que contornos deve prevalecer o **princípio de superlegalidade**, tendo em vista que o direito não se esgota nos extremos da lei escrita. “Mesmo sem adesão ao formalismo, porém — conforme nota NELSON SALDANHA —, é corrente tomar-se a supremacia da Constituição como um ponto de referência **dentro** do ordenamento, e tomar-se o próprio ordenamento como algo cuja “vida” **depende** da Constituição: da consolidação que dela provém para as demais normas, das atribuições de competências que ela contém com vistas ao funcionamento dos “poderes” do Estado, e da produção de “normalidade” geral que surge da aplicação ao menos tácita de seus dispositivos (3).

Garantias constitucionais

7. Neste instante, útil verificar é que entre os princípios basilares da ordem jurídica estão os que materializam as garantias constitucionais. Desti-

(1) SAMPAIO DÓRIA. *Princípios Constitucionais*. S. Paulo Editora Ltda., 1926, pp. 17-18 e 132.

(2) Ac. STF na Rep. n.º 94, Rel. Min. CASTRO NUNES; in EDGARD COSTA, *Os Grandes Julgamentos do Supremo Tribunal Federal*. Civ. Brasileira, 1964, 2.º v., pp. 136-184.

(3) NELSON SALDANHA. *Formação da Teoria Constitucional*. Forense, 1983, pp. 134-135.

nadas a proteger certos direitos, considerados fundamentais ou indestrutíveis, essas garantias devem ter amplitude correspondente aos bens que amparam. Como “condição de segurança, política ou judicial”, de tais direitos, ou “solenidades tutelares” deles, na linguagem de RUI (4), as garantias constitucionais não de ser interpretadas em função de seu papel saneador de abuso de poder. Por procedimento preventivo ou corretivo, obstam ou desfazem práticas ilegais de autoridades maiores ou menores.

No regime brasileiro, afastados os equívocos das fases de exceção, as garantias instituídas tanto mais justificam concepção ampla porque as Constituições, tradicionalmente, ao lado dos “direitos e garantias expressos”, sempre admitiram “outros”, os implícitos e os resultantes dos estabelecidos (Const. fed., art. 153, § 36). Já em 1918, ao comentar a Carta de 1891, CARLOS MAXIMILIANO observou que “a Constituição é a ossatura de um sistema de governo, um esqueleto de idéias e princípios gerais”, acrescentando: “. . . não é constitucional apenas o que está escrito no estatuto básico, e, sim, o que se deduz do sistema por ele estabelecido, bem como o conjunto de franquias dos indivíduos e dos povos universalmente consagrados” (5). Hoje, sobretudo, com o fortalecimento da consciência social, os direitos e suas garantias não podem ser submetidos, sem resistência, a interpretações restritivas.

Mandado de segurança e seus pressupostos

8. O mandado de segurança, quer por sua índole constitucional, quer por suas origens, vinculadas à expansão do **habeas corpus**, tem perspectiva ampla. Criado como sucedâneo do **habeas corpus**, para resguardo dos direitos que este não pudesse tutelar, deu-se-lhe sempre conteúdo extenso, irredutível por motivações formais ou outras menos relevantes. Daí a inferência lógica de que os pressupostos do instituto não devem ser interpretados no sentido de restringir-lhe as fronteiras, mas no de conservá-las extensas e flexíveis, para que alcancem sempre, e reprimam, as múltiplas e crescentes modalidades de excesso ou de desvio de poder.

Sujeito ativo e sujeito passivo

9. A fórmula originária, proposta por JOÃO MANGABEIRA na “Comissão do Itamaraty”, que elaborou o Anteprojeto da Constituição de 1934, já

(4) RUI BARBOSA. *Coms. à Const. Fed. Brasileira*. Col. e Ord. por HOMERO PIRES, Liv. Acadêmica, 1934, v. 5.º, p. 178.

(5) CARLOS MAXIMILIANO. *Comentários — Constituição Brasileira*. Rio, Jacinto Ribeiro dos Santos, 1918, pp. 776-777.

refletia essa tendência liberalizante da garantia. “Toda pessoa — declarava o texto inovador — que tiver um direito incontestável, ameaçado ou violado por um ato manifestamente ilegal do Poder Executivo, poderá requerer ao Poder Judiciário que a ampare com um mandado de segurança”. Note-se a cautela, nessa sugestão pioneira, de atribuir a titularidade do direito à “pessoa” e não ao indivíduo. Se mantido, de princípio, este critério, ter-se-ia evitado a dúvida, que surgiu, sobre se a pessoa jurídica poderia pleitear mandado de segurança, e que somente foi superada pela construção da jurisprudência, até que a Emenda nº 1, à atual Constituição, suprimiu o adjetivo “individual” (art. 153, § 21).

10. A diversificação dos fatos e das relações jurídicas, inclusive por efeito da criação de diferentes órgãos, vinculados direta ou indiretamente à Administração Pública, ou que exercem funções a ela inerentes, alargou a qualificação do sujeito ativo do mandado de segurança. Por interpretação extensiva do texto constitucional e da Lei nº 1.533, de 1951, estendeu-se o reconhecimento de sujeito ativo a entidades diversas. Como resume CRETELLA JUNIOR depois de referir múltiplas hipóteses, “tem **legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança todo e qualquer titular de direito líquido e certo ameaçado ou violado por ilegalidade ou abuso de poder, a saber, as “pessoas físicas”, sejam naturais ou estrangeiras, residentes no País ou não; as pessoas jurídicas de direito privado; as “pessoas jurídicas de direito público”; as “entidades com capacidade processual”, embora destituídas de personalidade jurídica, tais como, as heranças jacentes, as massas falidas, os consórcios, os condomínios em edifícios, as câmaras municipais, os tribunais de contas, as Assembléias Legislativas, o Senado, os órgãos estatais de qualquer natureza, os sindicatos, os partidos políticos, as associações de classe” (6).**

11. Decerto, lavra dúvida ou controvérsia sobre algumas dessas situações, cabendo o esclarecimento no exame de cada caso. A tendência, porém, é de ampliar o quadro da titularidade para pleitear mandado de segurança. Assim, em 1983, a 1ª Seção do Tribunal Federal de Recursos decidiu que “pode o Ministério Público Federal impetrar mandado de segurança contra ato judicial irritó a direito interestatal, com base na competência que lhe é atribuída no art. 1º e ao Procurador-Geral da República no art. 30, I, da Lei nº 1.341, de 1951. O remédio visa a tutela do direito-dever da União de assegurar aos representantes dos países acreditantes a vigência e a eficácia dos Tratados e Convenções a que o país aderiu” (7).

12. Por iguais razões de multiplicação de entidades e de novas relações, cresce, também, o círculo abrangente da figura do sujeito passivo, conside-

(6) CRETELLA JUNIOR. *Do Mandado de Segurança*. São Paulo, Bushatsky, 1974, pp. 126-127.

(7) Ac. 1ª Seção do TFR no MS n.º 101.267, Rel. Min. CARLOS MADEIRA, 1983.

radas as particularidades das hipóteses ajuizadas. Em 1975, o Tribunal Federal de Recursos firmou que, “embora seja o Sindicato pessoa jurídica de direito privado e os atos de sua direção, em princípio, não devam ser considerados como atos de autoridade”, no caso apreciado tratava-se de procedimento relativo a eleições, das quais foi excluído o nome do postulante, “em decorrência de impugnação da Delegacia Regional do Trabalho”. “O ato da Junta Governativa, em tais circunstâncias — concluiu o Acórdão — há de ser considerado como ato de autoridade, no exercício de função delegada federal e passível de ser submetido ao controle da Justiça Federal pela via do mandado de segurança” (8).

Direito líquido e certo

13. Nesse quadro de interpretação extensiva, e por vezes construtiva, a noção de direito líquido e certo e a de ato ilegal se enriquecem continuamente, ao contato da realidade, sempre renovada. Não há nesse campo conceitos absolutos, nem delineamentos definitivos e inalteráveis. Se a vida jurídica é caracterizada, em tese, por formulações relativas, tanto mais não de ser no domínio em que direitos e liberdades entestam o exercício do poder político e administrativo.

No que concerne à configuração do direito protegido pelo *mandamus*, a variedade de conceitos e mesmo a aparente limpidez de algumas proposições não impediram, nem impedirão, que a controvérsia em torno de **liquidez** e **certeza** se renove em cada caso. A fluidez dessas expressões, ainda quando se lhes aditasse o caráter de incontestabilidade da Constituição de 1934, abriria margem sempre, como o faz, à discussão provocada pela inconformidade das partes. CASTRO NUNES observou, e a advertência é própria hoje, que não há “fórmula exata de definição. Qualquer esforço nesse sentido será perdido porque a noção de **direito certo e incontestável** será sempre a conceituação mesma do direito reclamado, em espécie” (9). A conclusão diversa não conduzem os estudos mais recentes, em que o vocábulo **incontestável** é substituído, em harmonia com as normas positivas, pela palavra **líquido**. Certo e incontestável ou líquido e certo, de qualquer forma, o direito só se caracteriza, objetivamente, no cadinho da discussão judicial. Os conceitos elaborados pela doutrina servem de elementos informativos ao juiz, mas, em realidade, o que se chama liquidez e certeza do direito emerge da prova ou do esclarecimento no processo instaurado. Cumpre não esquecer, porém, a fonte constitucional do mandado e do direito que este ampara, para que rigores processuais não mutilem o perfil da garantia.

(8) Ac. TFR, 3ª T., 1975, na AMS 76.516, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO, Rev. TFR, n.º 55, p. 197.

(9) CASTRO NUNES. *Do Mandado de Segurança*. 7ª ed., Forense, 1967, p. 76.

14. Por isso, quando CELSO AGRÍCOLA BARBI, na última edição, deste ano, de seu livro **Do Mandado de Segurança**, assevera que “o conceito de direito líquido e certo é tipicamente **processual**, pois atende ao modo de ser de um direito subjetivo no **processo**, e alude à sua “**caracterização**” de “**forma incontestável**”⁽¹⁰⁾, a afirmativa requer prudente ressalva. Se o processo é o meio de retratar-se a liquidez e certeza do direito, a origem constitucional e a natureza de procedimento sumário do mandado de segurança pedem que as formas de prova estabelecidas não anulem a liberdade de apreciação do julgador. Para resguardar efetivamente o direito “**não amparado por habeas corpus**”, o mandado de segurança deve ser processado de modo que se mantenha um espaço ao poder crítico e de percepção do juiz, a fim de obstar os movimentos tentaculares da Administração abusiva. Demais, se, em tese, todo direito é suscetível de controvérsia, exigir que a caracterização da liquidez e certeza equivalha a incontestabilidade, e depois que a Constituição eliminou este requisito, significa prejudicar a dimensão da garantia.

15. Legítima e suficiente é a fórmula constante de Acórdão do Supremo Tribunal Federal, no RE nº 80.444, segundo a qual “o mandado de segurança labora em torno de fatos certos e como tais se entendem aqueles cuja existência resulta de prova documental inequívoca”⁽¹¹⁾. O inequívoco pode ser contestado, mas por sua evidência resiste à impugnação e qualifica a liquidez e certeza do direito.

16. Como os ritos regulares decorrem de normas positivas, o que PONTES DE MIRANDA arguiu em defesa dos “direitos não patrimoniais”, abrangidos pela proteção do mandado de segurança, é extensivo aos outros direitos, ou seja, “as leis ordinárias nada podem fazer no sentido de pré-excluir a tutela jurídica constitucional em relação a algum, ou a alguns, ou a todos. Até aí não chega o poder de legiferar”⁽¹²⁾.

17. Em suma: há um campo em que opera a função criadora da jurisprudência. Veja-se este caso de “automóvel estrangeiro regularmente importado” e apreendido “anos após por tratar-se de veículo cujas características não permitiriam sua entrada no País”. O Supremo Tribunal manteve a concessão da segurança, “uma vez que a Fazenda não poderia invocar desídia da autoridade administrativa em prejuízo do comprador de boa fé”⁽¹³⁾. A percepção crítica fulminou o artifício da Administração.

(10) CELSO AGRÍCOLA BARBI. *Do Mandado de Segurança*. 4ª ed., Forense, 1984, p. 85.

(11) Ac. STF, 1977, no RE 80.444, Rel. Min. SOARES MUÑOZ, *Ementário STF* n.º 1.080.

(12) PONTES DE MIRANDA. *Coms. à Const. de 1967 com a Em. n.º 1, de 1969*. RT, t. V, 2ª ed., 1971, p. 341.

(13) Ac. STF no Ag. 45.577, de 1969, *Ementário STF* n.º 772.

Ilegalidade ou abuso de poder

18. Nessa linha de compreensão larga da garantia constitucional, também a ilegalidade deve ser examinada com vista ao restabelecimento da ordem jurídica, e não sob restrições prejudiciais à pesquisa da verdade. Respeitada a índole sumária do processo, assim como a natureza da prova, o juiz é livre para descobrir a ofensa ao direito. Se o texto consagrador da garantia na Constituição de 1934 (art. 113, nº 33) adotou a exigência de que a ilegalidade fosse manifesta, a prática demonstrou a inconveniência dessa condição, pois há atos exorbitantes dissimulados, e até invocando preceitos normativos. Desta sorte, e se a atual Carta (art. 153, § 21), seguindo, no particular o estilo da de 1946 (art. 141, § 24), cogita, apenas, de “ilegalidade ou abuso de poder”, a qualificação é descabida. Direta ou disfarçada, manifesta ou “oculta nas dobras da lei” para relembrar a feliz expressão de OROZIMBO NONATO, a ofensa é igualmente lesiva do direito subjetivo. A essência do problema não está na forma da ilegalidade, mas na efetividade da lesão.

19. Daí a jurisprudência vir flexibilizando ou desdobrando critérios, para a descoberta e a condenação da ilegalidade ou do abuso de poder. Significativo dessa orientação é o Acórdão do Supremo Tribunal no Mandado de Segurança nº 20.273, provocado pela punição de um Procurador da República, em sindicância sigilosa, com desprezo de formalidades essenciais à defesa. Informa a ementa do aresto que o dispositivo constitucional sobre o mandado de segurança “vem conduzindo a doutrina e a jurisprudência a uma exegese mais ampla do art. 5º, inciso III, da Lei nº 1.533/51”, e acentua: “Somente os atos discricionários, em seus aspectos de conveniência e oportunidade, estão isentos do controle do Poder Judiciário; não participando a penalidade disciplinar dessa natureza, está o ato que a cominou sujeito a esse controle”. E conclusivamente: “No caso **sub judice**, o ato punitivo divorciou-se da lei, pois fundou-se exclusivamente nas afirmações da pretensa vítima, sem respaldo em quaisquer outros elementos de prova que pudessem justificar a penalidade” (14).

20. O Tribunal Federal de Recursos, aliás, “tem propendido para admitir o mandado de segurança contra ato disciplinar, sem as restrições da Lei nº 1.533/51, art. 5º, III”. É o que ressalta a ementa do Acórdão, de 1980, no Mandado de Segurança nº 90.245, em que o assunto foi longamente debatido (15). E o critério merece reflexão, desde que a Constituição, excluindo o ato disciplinar da incidência do **habeas corpus**, não o fez quanto ao mandado de segurança.

21. A propósito, também, das limitações ao mandado de segurança no caso de atos judiciais, é notória a atenuação do rigor que prevalecia. Embora

(14) Acórdão STF, Pleno, de 1981, no MS 20.273, Rel. Min. CUNHA PEIXOTO.

(15) Ac. TFR, Pleno, 1980, no MS 90.245, Rel. Min. JOSÉ FERNANDES DANTAS.

continue em vigor o disposto no art. 5º, II, da Lei nº 1.533, excludente do mandado de segurança contra ato judicial de que caiba recurso ou correção, a jurisprudência, sob a pressão de inconveniências sociais graves, conveio em admiti-lo para evitar “dano irreparável”. Já não é necessário citar decisões em comprovação desse entendimento. É oportuno assinalar, porém, que o Supremo Tribunal, para decidir assim, “tem abrandado a rigidez da Súmula nº 267”⁽¹⁶⁾ — o que indica que a jurisprudência consolidada não deve superpor-se à realidade nascente, nem reprimir a evolução do direito.

22. Julgado importante, por sua repercussão no mecanismo institucional, especialmente no processo legislativo, é o que foi proferido pela Corte Suprema no Mandado de Segurança nº 20.257, em 1980. Requerido por dois Senadores, contra a Mesa do Congresso Nacional, o pedido visava a impedir a tramitação de emenda constitucional que prorroga mandatos de Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores no País, e era tendente a abolir a República, segundo os impetrantes. Conquanto denegasse o mandado, o voto preva-lente do Ministro MOREIRA ALVES o julgava cabível, nestes termos resu-midos na ementa da decisão: “Cabimento do mandado de segurança em hi-póteses em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamen-to da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (como é o caso previsto no parágrafo único do art. 57) ou a sua deliberação (como na espécie). Nesses casos, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer — em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas — que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, se ocor-rente, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desres-peita, frontalmente, a Constituição”⁽¹⁷⁾. A correta diferenciação feita pelo aresto é de inegável valor na consideração dos pressupostos do mandado, e em favor de sua admissibilidade em ângulo político relevante.

Tradição e renovação

23. Nem sempre, porém, a jurisprudência tem desenvolvido, a contento, a função interpretativa ampla ou criadora, refletida nas decisões citadas. Há uma tendência conservadora forte, que mantém, quanto pode, a regra dos precedentes, ou impede a adoção de um pensamento inovador. A preocupa-ção de estabilidade, que comumente domina o espírito do jurista, concorre para a resistência à mudança ou à aceitação de sentenças geradoras de riscos. No campo do mandado de segurança, é pena que em duas situações

(16) Ac. STF, 1982, no RE nº 92.107, Rel. Min. OSCAR CORRÊA, *Ementário STF* nº 1.270-2.

(17) Ac. STF, 1980, no MS nº 20.257, Rel. para o Ac. Min. MOREIRA ALVES, *RTJ*, vol. 99, p. 1.031.

históricas questões prejudiciais hajam obstado o desate dos problemas constitucionais suscitados: no caso da declaração de impedimento do Presidente Café Filho, em 1955, e no relativo à competência para presidir às sessões do Congresso Nacional, logo depois de promulgada a Carta de 1967, quando o Presidente do Senado a reclamou, em contrariedade ao Vice-Presidente da República.

24. Também não se deu ainda a flexão aconselhável ao princípio de que não cabe mandado de segurança contra a lei em tese. Não basta autorizá-lo contra a "lei de efeitos concretos". Sem dúvida, de plano, "não pode o mandado de segurança, que não serve a substituir a ação declaratória, ser utilizado como autêntica representação de inconstitucionalidade de ato normativo", segundo já advertiu o Supremo Tribunal⁽¹⁸⁾. Contudo, se a Corte reconhece ao Procurador-Geral da República a iniciativa de encaminhamento da representação de inconstitucionalidade, podendo arquivá-la⁽¹⁹⁾, é justo atenuar a rigidez da vedação de ataque à lei em tese, para proporcionar a pessoas físicas e jurídicas o uso da ação rápida, em hipóteses em que o procedimento ordinário não tem a eficácia reclamada.

25. Mas, não obstante as vacilações ocorrentes, a perspectiva do mandado de segurança se tem alargado, semelhantemente ao que se apurou com o *habeas corpus*, no regime de 1891. Numa visão mais ampla, pode dizer-se que a evolução do mandado de segurança, por seu dilatado alcance, inclusive em benefício da pessoa jurídica, é equiparável à da 14ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos. Salienta GEORGE JAFFIN que, "embora a 14ª Emenda, aparentemente, se destinasse a proteger as pessoas naturais, as entidades abstratas, como as corporações, puderam também encontrar abrigo na interpretação extensiva de seus termos. Assim ficaram a coberto de privação de sua propriedade sem *due process of law*"⁽²⁰⁾.

26. Manter, rever ou ampliar as conquistas incorporadas ao perfil do mandado de segurança é esforço atribuído ao jurista e à sociedade beneficiária. Enquanto não for possível ou não couber a introdução de outras alterações, impõe-se não ceder terreno a incursões perigosas. Seria temerária, por exemplo, e prejudicial ao uso do mandado de segurança, a usurpação de competência do Judiciário para um contencioso administrativo com decisões revestindo-se do caráter de coisa julgada, como previa a Proposta de Emenda Constitucional nº 11/84⁽²¹⁾. No domínio do direito, pior do que não reivindicar, tendo legitimidade para fazê-lo, é perder o patrimônio adquirido.

(18) Ac. STF, 1982, no MS n.º 20.286, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, Ementário STF n.º 1.247-1.

(19) Ac. STF, na Recl. n.º 849, Rel. Min. ADALICIO NOGUEIRA, RTJ v. 59, p. 333.

(20) GEORGE JAFFIN, "Evolução do Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis nos Estados Unidos", Sep. da *Revista Forense*, Rio, 1941, p. 4.

(21) Art. 2.º, com referência ao art. 153, § 4.º, e art. 3.º, modificativo dos arts. 203 e 204 da Proposta de Emenda à Constituição apresentada pelo Poder Executivo, com a Mensagem de 1984, que tomou o n.º 35 no Congresso Nacional.

Concepção ampla do “habeas corpus” antecipa o mandado de segurança

RUBEM NOGUEIRA

Do Instituto dos Advogados Brasileiros.
Do Instituto dos Advogados da Bahia.

“Importa, pois, que não roube a negociação o que se deve ao merecimento; que se desenterrem os talentos escondidos, que sepultou a fortuna ou a sem-razão; que não haja benemérito que não seja bem afortunado; que se corte a língua à fama, se for injusta; que se qualifiquem papéis, que se examinem certidões, que nem todas são verdadeiras” (PADRE ANTÔNIO VIEIRA — 1º Sermão da Visitação de Nossa Senhora, pregado no Hospital da Misericórdia da Bahia, em julho de 1638).

“O mandado de segurança foi instituído na Constituição, com evidente paralelismo com o *habeas corpus*, para suprir suas limitações, como resulta da leitura conjunta dos §§ 23 e 24 do art. 141, isto é, para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*” (Do voto do Ministro ELOY DA ROCHA, em 6 de dezembro de 1963, no RE nº 69.974-RJ, in RTJ 72/743).

1. Considerações gerais

Sabe-se que no sistema brasileiro os dois principais institutos jurídicos protetores dos direitos fundamentais do indivíduo são o *habeas corpus* e o mandado de segurança. No estudo da evolução de um e da gênese do outro, defrontamo-nos inevitavelmente com o vulto histórico de RUI BARBOSA, que foi a um tempo renovador do primeiro e precursor do segundo, nisto residindo uma das razões de sua presença na memória nacional.

Sem ele o *habeas corpus* entre nós teria jazido nos arquivos forenses ou nas páginas de inexpressivos praxistas, despojado de toda grandeza. Sem ele ninguém talvez se preocupasse hoje com o *habeas corpus* nem este teria franqueado a rota para a criação afortunada do mandado de segurança. Rui é que lhe revelou toda a dimensão tutelar que a primitiva fórmula constitucional inspirava. Foi na sua interpretação que os juízes colheram os elementos suficientes para torná-lo, durante muitos anos, a garantia por excelência dos direitos constitucionalmente definidos, cujo sacrifício, efetivo ou iminente, pode tornar a vida uma carga insuportável.

O instituto tinha ingressado em nosso sistema jurídico pela discreta porta de uma lei ordinária, o Código de Processo Criminal de 29 de novembro de 1832. Dele não cuidara o projeto de Constituição feito pela malograda Constituinte de 1823, nem tampouco a Carta outorgada por D. Pedro I a 25 de março de 1824.

As idéias políticas e jurídicas então dominantes eram primordialmente de procedência francesa. E os modelos que haviam guiado os nossos constituintes, os das Constituições de França e Cadiz, ignoravam o *habeas corpus* (1).

Já estava em vigor, havia muito, a Constituição dos Estados Unidos da América, conhecida de políticos brasileiros (2), tanto quanto o eram as instituições jurídicas inglesas. Mas as idéias da Europa continental predominavam então entre os constituintes, na maioria diplomados em Coimbra, Paris, Montpellier, e nenhum país europeu, salvo a Inglaterra, tinha incorporado o *habeas corpus* à sua legislação. Na própria França dos nossos dias, o grande escritor católico DANIEL ROPS, ali pelos anos 50, em artigo de jornal intitulado "Habeas Corpus", salientava o fato, então corriqueiro em seu país, de *detenções ilegais*, de *detenções abusivas*, defendendo a necessidade de opor-se a tais costumes franceses os da Inglaterra, "infinitamente mais respeitadora da liberdade individual e das exigências da estrita justiça".

2. Bases da doutrina brasileira do "habeas corpus"

Enfim o *habeas corpus* veio a figurar em nosso regime jurídico-processual do Império e nele permaneceria sem relevo até o advento da República.

A Constituição de 24 de fevereiro de 1891 é que lhe deu amplitude excepcional, através de uma forma verbal que o distanciava extraordinariamente do seu homônimo anglo-americano, e graças à qual teve aqui riquíssima experiência judiciária, de modo a converter-se, durante pelo menos duas décadas, numa fonte de poder defensivo dos direitos individuais hoje protegidos pelo mandado de segurança.

(1) O art. 7º do Projeto de Constituição apresentado à Assembléa Geral Constituinte e Legislativa do Império no 1º de setembro de 1823 inscrevia, entre os direitos individuais, a *liberdade pessoal*, mas não indicava, em parte alguma, um recurso judicial apto a assegurá-la.

O Deputado MIGUEL CALMON, durante os debates em torno da inclusão da lei (portuguesa) de 14 de setembro de 1822, entre as que deviam ser por nós adotadas, referiu-se à *segurança das pessoas*, a qual (acrescentou) *vulgarmente se chama o "habeas corpus"*. E nada mais disse a tal respeito até a dissolução daquela Assembléa.

(2) Exemplos da *Declaração de Direitos* e da *Constituição dos Estados Unidos*, em 1788, circularam pelo Rio de Janeiro e interior de Minas Gerais, em mãos de adeptos das novas idéias de independência nacional que já inflamavam alguns brasileiros. Um destes, o alferes Joaquim José da Silva Xavier, muito conversou com o jovem bacharel José Alvares Maciel, acabado de chegar da Universidade de Coimbra, que lhe ofereceu brochuras da Constituição americana traduzida para o francês. Tiradentes daí em diante expunha por onde andava os princípios dela, a fim de influenciar pessoas para a conspiração que chefiava, conforme conta AUGUSTO DE LIMA JUNIOR em sua interessantíssima *História da Inconfidência de Minas Gerais* — 3ª ed., Belo Horizonte, Editora Itatiaia, 1968, especialmente o Capítulo XI.

Identificado desde moço com o sistema jurídico anglo-americano, conhecendo-lhe a variedade de recursos enérgicos criados ao longo de séculos para a proteção de direitos pessoais contra atos ilegais da autoridade, Rui teve o cuidado de alargar o alcance do único dentre tais meios existentes no Brasil — o *habeas corpus* —, de maneira a torná-lo apto a exercer aqui uma ação tutelar semelhante à de outros *writs* dos países de *common law*, a fim de preencher um grande vazio do nosso regime jurídico. Daí os termos abrangentes com que na Constituição republicana foi adotado o velho instituto.

A fórmula nova era esta: “Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder” (art. 72, § 22).

3. A República Federativa em sua Constituição rígida tinha-nos dado a novidade do *controle de constitucionalidade* das leis e dos atos do Poder Público pelo Judiciário, expressamente através dos arts. 59, § 1º, alíneas *a* e *b*, e 60, alínea *a*.

Mas, por um lado, mal se inaugurava o regime, tivemos duas sucessivas ditaduras: a de Deodoro, com a dissolução arbitrária do Congresso Nacional — o que o levou, premido pelas circunstâncias, a renunciar vinte dias depois — e a de Floriano. Este decretou o primeiro estado de sítio do novo regime, com base no qual prendeu parlamentares e altas patentes do Exército e da Marinha, reformou militares, demitiu professores vitalícios, desterrou prisioneiros para regiões inóspitas do extremo Norte do País — praticando, assim, atos despóticos sem antecedentes em nossa história política.

Por outro lado, até então não dispúnhamos de recurso legal instântâneo para conter os excessos do Poder Público e preservar de lesões injustas direitos individuais constitucionalmente definidos.

Como evitar ou corrigir, de modo simples, sem as delongas inelutáveis das ações comuns, os efeitos prejudiciais decorrentes da ação célere, mas tantas vezes ilegítima, das autoridades administrativas?

RUI BARBOSA, inovando os estilos forenses da época, fez isso, utilizando principalmente o *habeas corpus*, cuja fórmula ele mesmo redigira, numa espécie de premonição da conduta *fora da lei* que por largos anos distinguiria o Poder Executivo no Brasil.

4. O Código de Processo Criminal do Império, adotando o *habeas corpus* segundo sua natureza tradicional, isto é, como remédio jurídico protetor exclusivamente da liberdade de locomoção, dispunha:

“Art. 340 — Todo o cidadão que entender que ele ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento ilegal, em sua liberdade, tem o direito de pedir uma ordem de *habeas corpus* em seu favor.”

O projeto da Comissão de Juristas nomeada pelo Decreto n.º 29, de 3-12-1889, não previu o *habeas corpus* no Capítulo da Declaração de Direitos. No substitutivo de seu punho, Rui não só o introduziu como garantia, mas firmou a idéia fundamental de sua nova concepção nos

seguintes termos: *Dar-se-á o "habeas corpus" sempre que o indivíduo sofrer violência, ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder.* Da discussão entre os Ministros surgiu esta fórmula: "Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder, ou sentir-se vexado pela iminência evidente desse perigo". Daí resultou o texto do art. 72, § 22, promulgado pela Assembléa Nacional Constituinte, consagrando o *habeas corpus* remediativo e premonitório (3).

Não mais a simples tutela da liberdade física do indivíduo contra prisão ou constrangimento ilegal. Daí em diante haveria um meio privilegiado capaz de garantir a incolumidade *dos direitos em geral*. Era um rompimento aberto com a concepção anterior do *habeas corpus*, segundo a inteligência que dava o regime anglo-americano. Explicava Rui:

"Não se fala em prisão, não se fala em constrangimento corporal. Fala-se amplamente, indeterminadamente, absolutamente, em coação e violência; de modo que, onde quer que surja, onde quer que se manifeste a violência ou a coação, por um desses meios, aí está estabelecido o caso constitucional do *habeas corpus*. Quais são os meios indicados? Quais são as origens da coação e da violência, que devem concorrer para que se estabeleça o caso legítimo de *habeas corpus*? Ilegalidade ou abuso de poder. Se de um lado existe a coação ou a violência e de outro lado a ilegalidade ou o abuso de poder, qualquer que seja a violência, qualquer que seja a coação, desde que resulte do abuso de poder, seja qual ele for, ou de ilegalidade, qualquer que ela seja, é inegável o recurso do *habeas corpus*. (...) Logo, o *habeas corpus* hoje não está circunscrito aos casos de constrangimento corporal; o *habeas corpus* hoje se estende a todos os casos em que um direito nosso, qualquer direito, estiver ameaçado, manietado, impossibilitado no seu exercício pela intervenção de um abuso de poder ou de uma ilegalidade. Desde que a Constituição, Srs. Senadores, não particularizou os direitos que, com o *habeas corpus*, queria proteger contra a coação ou contra a violência, claro está que o seu propósito era escudar contra a violência e a coação todo e qualquer direito que elas poderiam tolher e lesar nas suas manifestações" (Discurso em sessão do Senado de 22 de janeiro de 1915).

Graças a essa "transformação ampliativa que recebeu com o novo regime", o *habeas corpus*, depois de vencida a tendência inicial do Supremo Tribunal Federal para uma exegese restritiva do texto, durante pelo menos duas décadas foi aplicado com flexibilidade ("flexibilidade dionisíaca", segundo a qualificação de um sociólogo), protegendo, além da liberdade de ir e vir, *imunidades parlamentares, mandatos e cargos*

(3) O substitutivo é do punho de Rui, conforme respectivo original publicado no v. 17, t. 1º, de suas *Obras Completas*. Na Constituinte, não lhe foi oferecida emenda alguma em plenário, o que prova ter surgido a forma definitiva já na fase de *redação final*.

eletivos, a inviolabilidade do domicílio, o direito de reunião e de associação, a liberdade de trabalho, de pensamento e de crença, o direito de exercício de cargos etc..

Lembremos aqui, de passagem, que em 1915 o STF concedeu *habeas corpus* preventivo aos desembargadores do Tribunal de Justiça amazense, que se consideravam ameaçados no exercício de seus cargos por uma reforma de Constituição estadual. E em 5 de abril de 1919, deferiu, por unanimidade (Relator o Ministro Edmundo Lins), o *habeas corpus* preventivo nº 4.781 que pelo seu advogado, Dr. Artur Pinto da Rocha, RUI BARBOSA requereu em seu favor e dos Srs. Miguel Calmon, Pedro Lago, Simões Filho, Medeiros Neto, João Mangabeira e outros, a fim de poderem exercer na capital do Estado da Bahia e em qualquer parte dele “o direito de reunião e usar, publicamente, da palavra nas praças, ruas, teatros e quaisquer recintos, sem obstáculo de natureza alguma, e com segurança de suas vidas e pessoas, realizando os comícios que entenderem necessários e convenientes à propaganda da candidatura do impetrante à sucessão do Presidente da República, sem a censura nem impedimento de qualquer autoridade local ou da União” (RSTF, v. 24, fasc. 1º, pp. 15 e seguintes).

Desempenhou, assim, um papel de extraordinário alcance na vida brasileira, enquanto manteve a forma pela qual fora inicialmente modelado no sistema jurídico de 24 de fevereiro de 1891.

Semelhantes desenvolvimentos, segundo CARLOS MAXIMILIANO, dilataram a eficácia e sublimaram o valor do instituto, sem o desnaturarem.

A Emenda Constitucional de 1926, obtida do Congresso pelo Presidente Arthur Bernardes, causou-lhe um retrocesso de graves consequências, pois o art. 72, § 22, da Constituição, passou a ter a seguinte redação:

“Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção” (grifamos).

Findava aí a existência da chamada *teoria brasileira do habeas corpus* e este voltava a tutelar somente a *liberdade de ir e vir*. Os mais direitos, todos os direitos, em suma, cuja *liquidez* e *certeza* reclamavam uma garantia imediata e eficaz contra atos ilegais ou abusos de poder, garantia esta que até então vinha sendo dada pelo *habeas corpus*, ficavam subitamente desamparados. A reforma constitucional abria um grande vácuo na ordem jurídica, privando o País de um recurso jurídico da maior utilidade social.

E assim desprotegidos permaneceram até que, oito anos depois, veio a ser introduzido na legislação brasileira, também pela via de uma nova Constituição e com apelido proposto por um seguidor das doutrinas de RUI BARBOSA (Deputado João Mangabeira) — o *mandado de segurança*. Os direitos “líquidos e incontestáveis”, que tiveram no *habeas corpus* da primeira fase republicana a sua plena guarda, recuperavam então

amparo privilegiado. Um nascia do outro ou foi por este inspirado, a fim de desempenhar idêntica função defensiva (4).

6. *Luta pela proteção de direitos fundamentais*

Com o *habeas corpus*, Rui tinha levado o Supremo Tribunal Federal a encontrar a “direção do progresso” e algumas vezes até a tomá-la impavidamente (5), como, p. ex., quando, em pleno estado de sítio de 1914, lhe impetrou ordem para a publicação, na imprensa brasileira, de seus próprios discursos parlamentares que o Governo só admitia fossem divulgados no *Diário Oficial* (6).

- (4) O art. 113, nº 33, da Constituição, de 15 de julho de 1934, regulou o mandado de segurança com a seguinte redação: “Dar-se-á mandado de segurança para a defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes”. A Carta de 1937 não o contemplou. Na Constituição de 1946 figurou assim: “Para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder” (art. 141, § 24). O art. 153 da Constituição de 1967 com a Emenda nº 1/69, por sua vez, dispõe: “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”.
- (5) A luta inicial foi duríssima, em parte porque o Governo não aceitava a idéia de submeter-se ao Judiciário, quando em jogo medidas restritivas da liberdade pessoal ditadas em nome da preservação da ordem pública e segurança do Estado; e, em parte, porque o Judiciário ainda não se havia apercebido bem de suas novas atribuições constitucionais. Um episódio ocorrido a 22 de setembro de 1894, sob os poderes de FLORIANO, define essa situação. O Presidente do Supremo Tribunal Federal comunicou, então, ao Ministro da Guerra haver sido dada ordem de soltura, mediante deferimento de *habeas corpus*, ao Capitão-Tenente Huet Bacelar Pinto Guedes e ao Segundo-Tenente Domingos Jesuino de Oliveira, presos sob acusação de prática de crime militar. Recebida a comunicação, o Ministro da Guerra, por ofício de 25 de setembro, respondeu declarando ao Supremo Tribunal, *de ordem do Marechal Vice-Presidente da República* (título que Floriano invariavelmente usou, em vez do de Presidente), o seguinte: *Que não pode o Governo dar execução àquelas decisões a esses dois oficiais, por contrárias a todas as leis e imemorais estilos militares* (cfr. *O Direito*, revista de doutrina, legislação e jurisprudência, fundada por João José do Monte, ano de 1894, v. 65, p. 283). Era o Governo pretendendo corrigir — ou intimidar — o Judiciário.
- (6) Nesse pedido de *habeas corpus* (nº 3.536) o argumento fundamental do impetrante foi que proibir a publicação dos debates do Congresso Nacional atentava contra os direitos do Poder Legislativo e dos mandatários do povo, atacando, nestes, a sua “inviolabilidade no exercício dos atos do mandato”, assegurada pela Constituição. Logo — dizia — “se a redução da publicação ataca esse mandato nos seus elementos essenciais levantando uma verdadeira muralha entre o mandante e o seu mandatário, entre a Nação e o seu representante, claro está que essa medida absurda ataca no representante um dos direitos, que a Constituição abroquelou com a égide suprema da inviolabilidade”. E isso não se continha na competência, dada ao Poder Executivo, para usar o estado de sítio. Tratava-se simplesmente de uma “insolência policial”, de uma “monstruosidade administrativa” que, atingindo a regra da subsistência das imunidades parlamentares durante o estado de sítio, lesava a Constituição. Esse caso configurava mais uma hipótese típica da natureza privilegiada do remédio jurídico do *habeas corpus*, segundo o primitivo texto constitucional de 1891. O que se queria garantir era um direito derivado, imediata e diretamente, da Constituição, direito que hoje o mandado de segurança garantiria. Nesse tempo — como se lembrou no discurso de sustentação oral da impetração — “as reivindicações constitucionais” tinham o seu escudo no *habeas corpus*.

Mediante *habeas corpus* o STF reconheceu, em 1898, a legitimidade do princípio de que uma vez expirado o prazo de duração do estado de sítio, cessavam, *ipso facto*, os efeitos das medidas restritivas da liberdade pessoal no seu período decretadas, assim como que o estado de sítio não alcançava as imunidades parlamentares. O STF, “ainda incôncio de seu poder ou dele assustado”, por dez votos contra um, antes recusara-se a proclamar a verdade disso, quando Rui pediu *habeas corpus* em favor de onze parlamentares (Senadores e Deputados) mantidos presos e deterrados, ainda *depois de expirado o estado de sítio* de abril de 1892.

Em março de 1898, reproduzindo-se, sob o governo do Presidente Prudene de Moraes, quadro idêntico de inconstitucionalidade, com a prisão e o desterro, para Fernando de Noronha, do senador João Cordeiro e dos Deputados Alcindo Guanabara e Alexandre José Barbosa Lima, o patrono da legalidade bateu novamente à porta do STF, fundado nas mesmas razões jurídicas de 1892, afirmando ser o acórdão negativo de 27 de abril daquele ano um grave erro judiciário que toldava a transparência do direito, e assim não podia ser mantida agora a jurisprudência então iniciada.

A sessão de julgamento desse histórico *Habeas Corpus* (nº 1.063), a 26 de março de 1898, durou oito horas, duas das quais consumidas na sustentação oral do pedido. Mas o Supremo Tribunal Federal, sob a presidência do Ministro Aquino e Castro, repetindo o erro de 23 de abril de 1892, de que “só ao Congresso compete o exame das providências tomadas pelo Chefe do Poder Executivo, durante o estado de sítio”, repeliu, uma por uma, as teses do requerente e negou a ordem impetrada, por cinco votos (Bernardino Ferreira, Relator; Ribeiro de Almeida, André Calvacanti, Augusto Olinto, Pindaíba de Matos) a quatro (Manuel Martinho, Macedo Soares, Hermínio do Espírito Santo, Ferreira Franco).

Mas *vinete dias depois*, julgando o *Habeas Corpus* nº 1.073, pedido por outro advogado (o ex-Ministro do STF, Dr. Joaquim da Costa Barradas), em favor dos mesmos pacientes, o STF voltou atrás, acolheu os princípios anteriormente defendidos acerca dos efeitos do estado de sítio e sua influência sobre as imunidades parlamentares — e concedeu a ordem por oito votos, entre estes o de João Barbalho, pouco depois comentador da Constituição de 1891. Era uma vitória indireta de Rui. Analisando a lição desses dois acórdãos, diria ele:

“... O acórdão de 16 de abril, fruto de seis anos de campanha liberal, teve o brilho, a solidez e a força dos grandes acertos, que valem mais para a liberdade dos povos do que as Constituições escritas” (cfr. *O Direito*, v. 76, pp. 406-426, Rio de Janeiro, 1898).

O entendimento do caráter especial impresso ao *habeas corpus* pela Constituição permitiu que *direitos pessoais* de variados tipos passassem a ser por ele protegidos. Governadores de Estado e Prefeitos Municipais tiveram *eleição e reconhecimento de poderes* assegurados e se *empessaram nos seus cargos*; Mesas de Casas Legislativas puderam *reunir-se e funcionar*; Senadores, Deputados, Vereadores conseguiram *exercer seus*

mandatos, em ocasiões difíceis da vida brasileira, e funcionários públicos lograram *exercer seus cargos e receber vencimentos*, munidos de ordens de *habeas corpus* que o Supremo Tribunal concedeu.

Até a vitaliciedade de Juizes (como no caso a seguir indicado dos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Amazonas) foi preservada por *habeas corpus*, com o qual se mantiveram *no exercício de suas funções legais e constitucionais*.

Em 1913 o Congresso estadual amazonense (como se sabe, na chamada Primeira República as Unidades da Federação em geral tinham Câmara e Senado) fez uma reforma constitucional por via da qual ao Chefe do Poder Executivo foi conferida a ampla faculdade de considerar avulsos em disponibilidade ou aposentar os magistrados de primeira e segunda instância. Ficava assim por um fio a *vitaliciedade* dos juizes que a Constituição federal lhes reconhecia.

O atentado estava prestes a receber lei regulamentadora que habilitaria o governador a praticar atos administrativos de execução da subversiva reforma. Como resguardar o direito líquido e incontestável dos magistrados, a sua *liberdade política de continuarem a exercer as atribuições dos seus cargos*, nos quais estavam legalmente investidos? Qual a garantia acauteladora, de desenlace expedito e eficiente, contra provável lesão causada por ato ilegal do governador?

A exemplo do que fizera em anteriores situações semelhantes, RUI BARBOSA requereu em favor de todos os Desembargadores do Tribunal de Justiça do Amazonas um *habeas corpus* preventivo (de nº 3.205), cuja sustentação oral perante o Supremo Tribunal ocorreu em sessões de 20 e 23 de agosto de 1913, quando foi concedido por unanimidade.

Hoje aí teríamos um caso por excelência de mandado de segurança, sucedâneo do *habeas corpus* originalíssimo das três primeiras décadas republicanas.

Governadores depostos — como o do Amazonas — também recuperaram o *exercício de suas funções públicas* mediante ordem de *habeas corpus*. No tumultuoso caso Franco Rabelo, presidente do Ceará, o Supremo Tribunal, conquanto julgasse prejudicado o pedido (HC nº 3.514), considerou *incontestável a propriedade do “habeas corpus” para garantir a funcionários, eletivos ou não, no legítimo exercício de seus cargos contra abuso de poder* (Acórdão de 1º de abril de 1915).

Na maioria dos casos o advogado impetrante não era RUI, mas as razões de pedir ou de julgar coincidiam com as que ele vinha sustentando na exegese do *habeas corpus*, desde o início de sua nova fase judiciária.

8. Para o bom sucesso daquela penosa campanha de *resistência constitucional* muito concorreu, a partir de certa altura, o espírito liberal de alguns grandes juizes, entre os quais avulta PEDRO LESSA, que em 1907 havia passado diretamente da cátedra paulista de Filosofia do Direito para o Supremo Tribunal Federal.

Segundo o seu modo de ver sustentado em numerosos casos, o *habeas corpus* protegia todo direito líquido e juridicamente indiscutível por ele apelidado *direito escopo* — para cujo exercício a liberdade de locomoção fosse uma condição, um meio, um caminho. “Desde que” — dizia — “esteja apurada a posição jurídica inquestionável, a situação legal bem manifesta, de quem é vítima de uma coação, que constitui o único obstáculo ao exercício de um direito líquido, não é lícito negar o *habeas corpus*. Pouco importa a espécie de direitos que o paciente precisa ou deseja exercer. Seja-lhe necessária a liberdade de locomoção para pôr em prática um direito de ordem civil, ou de ordem comercial, ou de ordem administrativa, deve ser-lhe concedido o *habeas corpus* sob a exclusiva cláusula de ser juridicamente indiscutível este último direito, o direito escopo” (Do seu voto no HC nº 3.539, que RUI impetrou, mas foi indeferido, para a livre circulação de órgãos da imprensa carioca, sob o estado de sítio de maio de 1914). PEDRO LESSA declarou ao assinar o acórdão: *Vencido, em tudo*.

Sem embargo desse modo de pensar — que não se harmonizava com o texto constitucional, sendo apenas coerente com a concepção tradicional e anglo-americana do instituto — PEDRO LESSA concedeu várias ordens de *habeas corpus* em que a liberdade de locomoção não era invocada nem figurava como condição de exercício do direito violado (7).

LESSA considerava os pacientes (diretores, redatores, revisores, compositores, impressores e vendedores dos jornais e revistas cariocas sob

(7) Haja vista a de n.º 3.604 (recurso de ofício, originário do Paraná), deferida pelo juiz seccional para excluir do estado efetivo da Escola de Aprendizes Marinheiros de Paranaguá um menor sob pátrio poder, que nela se havia matriculado contra a vontade de sua mãe. Por acórdão unânime de 26 de agosto de 1914 o STF confirmou a sentença recorrida. No HC nº 3.618 (recurso originário de São Paulo) o STF, por acórdão unânime de 9 de setembro de 1914, confirmou a sentença do juiz seccional que dera a ordem pedida para o fim de desligar do serviço militar o paciente menor de 21 anos que tinha assentado praça sem o consentimento paterno. Também aí o direito-escopo não dependia necessariamente da liberdade pessoal para ser exercido. Em 23 de dezembro de 1918, PEDRO LESSA foi voto vencido no acórdão que cassou a ordem de *Habeas Corpus* nº 4.708, outro caso em que a liberdade física não estava em jogo, não era condição do exercício do direito alegado. Acontecera que uma lei paraense havia anulado os diplomas de alguns membros do Conselho Municipal da cidade de Cachoeira. Estes, invocando unicamente lesão à autonomia do Município, a cujo Conselho, segundo o direito vigente, competia verificar os poderes de seus vereadores, pediram e obtiveram ordem de *habeas corpus*. Mas o STF, revendo a sentença do Juiz federal, cassou a ordem, pelo fundamento de não se conter, necessariamente, na autonomia do Município, assegurada pelo art. 88 da Constituição de 1891, a verificação dos eleitos pelos próprios Conselhos Municipais. PEDRO LESSA assinou vencido esse acórdão, com o seguinte voto: “É mais que evidente que, confiada ao Poder Legislativo, poder essencialmente político, a função de em grau de recurso declarar quais são os cidadãos eleitos intendentes ou vereadores, ou, sob qualquer denominação, membros de um conselho municipal, ou chefes ou representantes do Poder Executivo de um Município, está extinta a autonomia municipal” (grifou-se). E para assegurar essa autonomia foi que ele concedeu a ordem impetrada. Onde entrava aí a liberdade de locomoção? Nos casos citados acima — que não foram os únicos — o grande juiz dava ao *habeas corpus* a aplicação que RUI BARBOSA reivindicava, a saber, *remedium iuris* apto a proteger, segundo a fórmula constitucional em que estava concebido, quaisquer direitos derivados da Constituição (direitos que hoje o Mandado de Segurança protege).

censura) ameaçados de prisão, sem terem cometido crime algum, nem ato ilegal, e assim o *habeas corpus* não lhes podia ser negado. Mas, acrescentava (e aí o seu pensamento corroborava a tese de RUI sobre o assunto), “se se entender que os pacientes estão impedidos unicamente de exercer a liberdade de imprensa” (como alegava o impetrante), “ainda o caso é de *habeas corpus*, visto como a posição legal dos pacientes é indiscutível”. O único obstáculo a esse exercício — explicou — “é o ato inconstitucional do Presidente da República que decretou em estado de sítio uma parte do território nacional”. E concluiu: “Uma só questão poderia ser suscitada: é permitido ao Supremo Tribunal Federal declarar inconstitucional a decretação do estado de sítio pelo Poder Executivo, e *garantir direitos individuais lesados por um estado de sítio assim inconstitucionalmente decretado?* Ao contrário do que afirma um dos considerandos do acórdão, em face da doutrina e da jurisprudência da Nação que nos deve servir de modelo na prática do direito público federal, *sem dúvida nenhuma que sim*” (grifamos).

Não foi outra coisa que RUI demonstrou ao Supremo Tribunal Federal nos pedidos de 18 de abril de 1892 e 16 de março de 1898.

Também no *Habeas Corpus* nº 3.528, impetrado por Leônidas Rezende em favor próprio, por ter sido preso durante o estado de sítio, o relator PEDRO LESSA foi o único voto pela concessão da ordem (sessão de 25 de abril de 1914), baseado na *inconstitucionalidade do sítio decretado*. O seu argumento fundamental, nesse caso, coincide com o de RUI BARBOSA, quanto ao poder dado ao Supremo Tribunal Federal de, em processo de *habeas corpus*, examinar a legitimidade constitucional da conduta do Poder Executivo durante sítio, cuja execução ferisse direitos individuais.

Outro caso significativo foi o do Senador Nilo Peçanha, decidido em 16 de dezembro de 1914. Eleito presidente do Estado do Rio, e receoso do propósito governamental de prestigiar a posse de seu competidor, que também se considerava eleito, Nilo Peçanha, por seu patrono Astolfo Rezende, pediu ao Supremo Tribunal Federal *habeas corpus* preventivo (nº 3.697) *para se empossar no cargo de presidente do Estado do Rio de Janeiro e exercê-lo durante o período*. A ordem foi deferida.

PEDRO LESSA, relator, não conheceu do pedido, mas pelo argumento de não reputar *líquido e certo* o direito do paciente, à vista da dualidade de candidatos eleitos para o mesmo cargo. “Uma só questão” — disse no seu longo voto vencido — “pode ser discutida nestes autos. Não se tratando de paciente preso ou ameaçado de prisão, mas de uma pessoa a quem se pretende tolher a liberdade individual necessária para o exercício das funções de certo cargo político, o que importa é averiguar se o paciente tem o incontestável direito de tomar posse do cargo e exercer as funções de presidente do Estado do Rio.” E concluiu: “Sem resolver a questão da dualidade, não é possível conceder ou negar o *habeas corpus*. Sem julgarmos primeiramente que o paciente é o presidente legal, não podemos conceder a ordem impetrada.”

Ele não questionava que o recurso adequado para garantir a Nilo Peçanha *posse e exercício no cargo político* fosse o *habeas corpus*. Tanto

que teria concedido a ordem, se provada a *liquidez* e *certeza* do direito alegado. O *habeas corpus* não era, isto sim, o meio próprio para dirimir a questão de saber quem efetivamente estava eleito, e a prova suficiente desse fato é que inexistia nos autos. “Ninguém, no Tribunal (afirmou), poderá saber qual o candidato realmente eleito”. (H.C. nº 3.697 — in *Revista do STF* — v. 3º — Primeira Parte — Rio, 1915 — pp. 95-138). Por isso não conheceu do pedido (8).

Os direitos, cuja garantia, segundo RUI, residia no *habeas corpus*, eram todos inquestionavelmente *líquidos e certos*, atenta a sua origem constitucional (direito dos militares às suas patentes, direito ao exercício de cargos vitalícios, direito às imunidades parlamentares e à liberdade de pensamento, entre outros da mesma natureza).

9. Nessa grande fase da jurisprudência brasileira, que se não teria iniciado sem o concurso de RUI BARBOSA e que finalmente desembocaria na criação do MANDADO DE SEGURANÇA — o último dos *habeas corpus* mais tamosos foi talvez o de nº 8.584, pedido pelo Dr. José Joaquim Seabra, em 1922, “para que ante a liquidez de sua situação de eleito, comprovada pelas conclusões decorrentes da apuração completa, fosse admitido a, no período de 15 de novembro de 1922 a 15 de novembro de 1926, exercer as funções de Vice-Presidente da República, para que fora eleito, presidir o Senado Federal e praticar todos os atos inerentes ao seu mandato” — conforme constava das alegações do seu advogado, Dr. Arlindo Leoni.

(8) No episódio da sucessão governamental fluminense de 1914 o Supremo Tribunal deferiu nada menos de três *habeas corpus* sucessivos para assegurar o exercício de *direitos políticos*, a posse de *mandatos eletivos*, em harmonia com a extensão conferida ao instituto pela Constituição. Com o primeiro ficou decidido ser competente para presidir aos trabalhos da convocação extraordinária da Assembléia Legislativa a Mesa legalmente eleita na anterior sessão legislativa ordinária. O segundo acórdão (n.º 3.584), deferido em sessão de 25 de julho de 1914, garantiu o funcionamento da Assembléia no edifício designado pela sua Mesa e aos pacientes assegurou o exercício ali de suas funções decorrentes da qualidade de deputados eleitos e reconhecidos. Finalmente, o terceiro *habeas corpus* da série (n.º 3.597) garantiu a posse de Nilo Peçanha, presidente eleito do Estado, e sua manutenção no cargo durante o quadriênio para que fora designado (sessão de 16-12-1914). O relator do primeiro caso (HC nº 3.554, julgado em sessão de 6 de junho de 1914) foi o Ministro Enéas Galvão, cujo voto começava relembrando que o rumo da jurisprudência brasileira vinha sendo até ali no sentido do *amplo conceito do habeas corpus*, sem o cuidado de amparar a livre locomoção, mas sim de dar à liberdade individual uma garantia tão plena que a personalidade moral pudesse exercer, sem peias, a sua atividade, a função, o mandato, libertando os pacientes de qualquer ameaça ou constrangimento ou coação no exercício de um direito reconhecido incontestado, acima de todas as dúvidas (Ver *Revista do Supremo Tribunal Federal*, v. 1.º, primeira parte, pp. 43 e seguintes). A *ementa* desse acórdão dizia: “Dos termos amplos do parágrafo 22 do art. 72 da Constituição depreende-se, facilmente, que o *habeas corpus* garante a liberdade individual qualquer que seja a forma por que se possa manifestar dentro da lei. Coerentemente, o Supremo Tribunal Federal, acatando o princípio constitucional e verificada a legitimidade de exercício das funções dos pacientes, de acordo com a jurisprudência em hipóteses idênticas, concedeu-lhes o *habeas corpus* para que naquele exercício permaneçam até que o poder competente, que é a Assembléia estadual, os substitua, observando o seu regimento.

Seabra, como se sabe, fora companheiro de chapa de Nilo Peçanha, e obtivera 330.520 votos. Seu competidor, Urbano Santos, morrera antes de iniciada a apuração do pleito pelo Congresso Nacional, e assim Seabra se julgava com o direito de ocupar a Vice-Presidência da República, em vez de se proceder a uma nova eleição para o cargo. Questão esta de reconhecimento de *direito político*, sem vínculo de espécie alguma com a liberdade de locomoção.

O Juiz Federal da 2ª Vara do Distrito Federal, Dr. Otávio Kelly, concedeu a ordem, houve recurso para o Supremo Tribunal Federal a que este, em agitada sessão de 3 de julho de 1922, deu provimento para cassar a ordem. O julgamento durou oito horas — e o acórdão respectivo ocupa oitenta e cinco páginas da *Revista do Supremo Tribunal Federal*, (v. 42, pp. 135-221).

Houve quem dissesse ter havido manobras para evitar que o Ministro Hermínio do Espírito Santo, então afastado da presidência por motivo de saúde, reassumisse o seu posto no dia do julgamento, pois assim André Cavalcanti (tido como contrário à pretensão de Seabra), indo presidir à sessão sem direito a voto, causaria empate na votação, conforme cálculo dos seabristas. Se tal sucedesse, o *habeas corpus* seria concedido pelo voto de Minerva (9).

Mas o Ministro H. do Espírito Santo compareceu ao julgamento e, contra os votos dos Ministros Pedro Mibielli, Sebastião Lacerda, Guimarães Natal, Leoni Ramos e Hermenegildo de Barros, negou-se a ordem. A matéria do pedido, segundo a maioria, era *eminentemente política* (eleição e verificação de poderes do Vice-Presidente da República), cabia só na competência do Congresso Nacional.

10. A utilização do instituto com o alcance dado pela Constituição atingia o máximo do seu desenvolvimento. Para tanto, fora decisiva a hermenêutica de RUI BARBOSA, o pioneiro da luta pela aceitação do *habeas corpus* como remédio jurídico protetor de direitos. Ele é que lhe desvendou a verdadeira índole e conduziu o Supremo Tribunal Federal a construir uma jurisprudência de tal modo contrária aos planos políticos do Poder Executivo, que este, por fim, estrangulou o instituto, e o fez retrogradar a 1832.

A reação da consciência jurídica do País, no entanto, não tardou. Os direitos *líquidos e certos* que o *habeas corpus* vinha amparando e com a reforma constitucional de 1926 subitamente ficaram desprovidos de tutela jurídica eficaz, recuperaram a sua plena garantia com a criação do MANDADO DE SEGURANÇA.

Defesa de direito líquido e certo pelos interdictos possessórios

11. Outro instrumento de que se valeu RUI BARBOSA — na luta judicial contra atos ilegais da Administração — foi o *interdictio retinendae pos-*

(9) O livro *Arthur Bernardes — Estadista da República* (Coleção Documentos Brasileiros, Rio, J. Olympio, 1962), de BRUNO DE ALMEIDA MAGALHAES, refere-se ao episódio. Mas BRIGIDO TINOCO, em *A vida de Nilo Peçanha* (Coleção Documentos Brasileiros, v. 114, Rio, J. Olympio, 1962), não toca, nem de leve, no caso do *habeas corpus* impetrado por Seabra.

sessionis, o mandado de manutenção de posse, que a seu ver protegia também a posse dos *direitos pessoais*, em situações semelhantes às que hoje encontram pleno amparo no mandado de segurança.

A tal respeito ficou célebre a sentença do Juiz federal do Rio de Janeiro, Dr. Aureliano Campos, deferindo *mandado liminar* na ação possessória proposta pelos Professores Paulo de Frontin, Vieira Souto, Carlos Sampaio, Paula Freitas e outros, todos catedráticos da Escola Politécnica do Rio de Janeiro, os quais tinham sido suspensos por três meses do exercício de seus empregos vitalícios, com privação dos respectivos vencimentos, por simples decreto do Presidente Prudente de Moraes (16 de julho de 1896).

Não fosse a impetração de medida judicial de rápido desfecho — manutenção possessória *initio litis* — teriam aqueles professores de percorrer por tempo indefinido as vias do processo ordinário, que lhes não dariam atendimento imediato ao direito *liquido e certo* à posse dos cargos e à percepção dos vencimentos correspondentes.

O governo ficou meio perplexo com a inesperada estratégia do patrono dos lentes, que lhe desmontava o projeto perseguidor, enfureceu-se e quis até forçar o Procurador da República (futuro romancista de Canaã) a processar o juiz, mas Graça Aranha preferiu demitir-se a servir de instrumento de punições arbitrárias. A União agravou da sentença, mas o Supremo Tribunal Federal menos de um mês depois confirmou-a, não conhecendo do recurso (acórdão de 29 de agosto de 1896).

Esse aresto e os julgamentos de inúmeros *habeas corpus* pleiteados em defesa de *direitos pessoais líquidos e certos*, mesmo de natureza política, figuram com relevo na história da longa gênese do mandado de segurança. São os seus antecedentes imediatos os genuínos causadores de seu advento. Em 10 de setembro de 1921, num acórdão da lavra do Ministro Edmundo Lins, o Supremo Tribunal Federal voltaria a confirmar a tese de RUI BARBOSA, quando assentou:

“O interdito proibitório não protege somente a posse dos direitos *reais*, aplica-se também à dos direitos *pessoais*; pois a lei, quando a ele se refere, fala simplesmente em *direito*, e onde a lei não distingue, a ninguém é lícito distinguir” (10).

(10) RUI utilizou-se um dia da ação de manutenção de posse por uma razão pragmática — é que com ela podia obter mandado *initio litis* e assim assegurar prontamente o direito pleiteado. O mandado liminar — conforme explicou em carta ao *Jornal do Comércio* (2 de agosto de 1896), respondendo a um juriconsulto que fizera comentários à ação proposta no caso dos professores da Escola Politécnica — “tem efeitos imediatos, de natureza transitória, os quais não se confundem com o império da sentença que põe termo à ação. Esta pode ser contrária àquele e, nesse caso, as conseqüências legais da presunção jurídica inerentes à posse cessam em resultado da discussão e da prova, quando uma e outra mostrarem a inexistência da posse, que o interdito se destina a assegurar”. Isso precisamente ocorre no mandado de segurança (com a diferença de que sua prova é pré-constituída): a liminar pode ser revogada depois pela sentença denegatória. RUI BARBOSA invocava o direito anglo-americano que tinha no “*urit of mandamus*” o meio rápido de corrigir a turbação possessória, equivalente ao nosso mandado de manu-

12. Por tudo isso, repercutiu no Congresso Nacional, três anos depois da morte de RUI, a controvertida teoria jurídica da proteção da posse dos direitos pessoais. Tramitava então na Câmara o Projeto Gudesteu Pires, criando o “mandado de proteção” e o “mandado de restauração”, para, respectivamente, evitar ou desconstituir os efeitos de atos governamentais lesivos de direitos *líquidos e certos*.

O Deputado Afrânio de Melo Franco, por volta de julho de 1927, veio a oferecer-lhe substitutivo, cujo art. 1º prescrevia:

“Art. 1º — Todo aquele que for ilegalmente privado do exercício de um direito pessoal, turbado no mesmo exercício, ou sob ameaça de o ser, por ato ou decisão de autoridade administrativa, poderá requerer à justiça um mandado de reintegração, de manutenção, ou proibitório.”

Era uma forma de restaurar a homogeneidade da ordem jurídica atingida pelo retrocesso operado no *habeas corpus* e também uma virtual consagração da doutrina acerca da proteção jurídica dos direitos pessoais pelos interditos clássicos.

Como ressalta o biógrafo Melo Franco, o substitutivo deste só não venceu por ter sobrevivido, com a Constituição de 1934, a idéia de João Mangabeira, criando o atual mandado de segurança (11).

O discípulo de RUI vingava o Mestre, ao contribuir para o preenchimento do vazio deixado, na esfera de defesa dos direitos fundamentais do homem, pela Emenda Constitucional de 1926. Um sem-número de direitos individuais *líquidos e certos* tinham ficado expostos ao arbítrio da autoridade, por falta de um simples e pronto meio de proteção. Assim, o mandado de segurança, surpreendendo talvez as expectativas do Poder Executivo, assumiu o lugar do *habeas corpus* instituído em 1891 para servir de âncora àqueles direitos, e tornou dispensáveis os *interditos possessórios* para a tutela desses mesmos direitos.

Razão por que não podemos deixar de associar o advento desse egrégio instituto jurídico, de tanto alcance social, ao nome de RUI BARBOSA, seu autêntico precursor. Quanto a isto, conferimos-lhe as *certidões*, como recomenda o pregador jesuíta, cujas palavras foram aqui tomadas por epígrafe, e vimos que *todas são verdadeiras*.

Continuação da Nota 10

tenção. O emprego do funcionário indemissível, como o dos lentes suspensos irregularmente, dava-lhe um direito igual ao denominado *direito líquido e certo* de hoje e por isto era objeto incontestável de posse civil. Daí por que — dizia — a jurisprudência americana assegurava os remédios usuais da posse em auxílio do empregado arbitrariamente exonerado ou removido. Esse argumento, não fundado imediatamente em texto constitucional, era por certo de mais difícil assimilação pelos nossos tribunais da época, o que talvez explique haver RUI BARBOSA preferido o remédio jurídico do *habeas corpus* nos demais casos de ofensa a direitos constitucionais.

(11) Ver, de AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, *Um Estadista da República — Afrânio de Melo Franco e sua época* (Rio, J. Olympio, Coleção Documentos Brasileiros, 1955, v. 3º, pp. 1.287-1.291).

Prazo do mandado de segurança — prescrição ou decadência ?

GELSON AMARO DE SOUZA
Advogado — Procurador do Estado de
São Paulo

SUMÁRIO

- 1 — Introdução
- 2 — Decadência — Conceito
- 3 — Prescrição — Conceito
- 4 — Distinção entre decadência e prescrição
- 5 — Decurso de prazo no mandado de segurança
- 6 — Conclusão

1 — Introdução

Neste breve trabalho, pretende-se buscar a natureza jurídica da perda da ação de mandado de segurança em razão do decurso do prazo assinalado no artigo 18 da Lei nº 1.533/51. Contudo, sabemos de antemão que tal não é fácil. Os institutos da prescrição e decadência às vezes se colocam tão próximos e dificultam ao estudioso descobrir ao certo quando ocorre uma e outra. No mandado de segurança, por exemplo, a dificuldade vem à tona toda a vez que se procura saber se se trata de prescrição ou de decadência o transcurso do prazo para a utilização do remédio heróico.

No afã de se conseguir subsídios para afinal esboçarmos um ponto de vista, vamos traçar uma ligeira digressão sobre os dois institutos. Procuraremos demonstrar o que é e quais os efeitos principais de um e outro e qual, no nosso modesto ponto de vista, se verifica no caso da perda de prazo para a ação de mandado de segurança.

2 — Decadência — Conceito

O conceito de decadência pode ser buscado nas abalizadas lições encontradas na doutrina, que em linhas gerais não são destoantes, como segue:

“decadência é a extinção do direito pela inércia de seu titular” (1);

(1) CÂMARA LEAL, A. L. Da Prescrição e da Decadência. Forense, 1978, p. 101.

“a decadência se traduz na perda de um direito” (2);

“a decadência faz perecer o próprio direito não afirmado pelo exercício” (3);

“a decadência pressupõe um direito que se pode adquirir, agindo em tempo, que, transcorrido inteiramente, impede a aquisição do direito” (4).

Decadência, a nosso ver, é a queda ou perecimento do direito pela falta de seu exercício no interregno assinalado por lei. A decadência impede que o direito, potencialmente assegurado, se reafirme pela falta de seu exercício. A decadência faz perecer o próprio direito não afirmado pelo exercício.

Enfim, a decadência ou caducidade atinge o direito, matando-o no seu nascedouro, ou, em outras palavras, impedindo o seu nascimento. Somente pode-se falar em decadência antes do uso ou afloramento do direito. Toda vez que o direito foi usado, não se pode mais falar em decadência. O mesmo ocorre quando o direito for violado ou ameaçado; isto porque, somente ocorre violação ou ameaça, quando este direito está sendo usado. Não havendo o uso do direito, não há, por certo, violação ou ameaça a este direito, que nem mesmo sequer foi constituído. Muito embora exista confusão entre a decadência e a prescrição, a diferença entre uma e outra às vezes se torna palpável, como mais tarde será demonstrado.

3 — Prescrição — Conceito

“A prescrição é a perda do direito de ação” (5);

“Prescrição é a extinção de uma ação ajuizável, em virtude da inércia de seu titular durante certo lapso de tempo” (6).

Para CLÓVIS BEVILAQUA, prescrição é a perda da ação atribuída a um direito e de toda sua capacidade defensiva, em consequência do não uso dela, durante um determinado espaço de tempo” (7).

Segundo o mesmo entendimento, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO assinala que “a prescrição pressupõe a inércia do titular, que não se utiliza da ação existente para defesa de seu direito, no prazo marcado pela lei” (8).

“Prescrição, segundo a define CARVALHO SANTOS, é um modo de extinguir os direitos pela perda da ação que os assegurava, devido a inércia do credor durante um decurso de tempo determinado pela lei” (9).

Sem dúvida, a prescrição atinge pura e tão-somente o direito de ação, deixando a salvo o direito material que o lastreia.

(2) FANUCCHI, Fábio. *A Decadência e a Prescrição em Direito Tributário*. Res. Tributária, 1975, p. 2.

(3) DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. Forense, 1966, v. 2, p. 478.

(4) VENZI, apud Miranda Valverde. *Com. à Lei de Falência*. V. 1/306.

(5) FANUCCHI, Fábio. *Op. e loc. cit.*

(6) CÂMARA LEAL, A. L. *Op. cit.*, p. 12.

(7) RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Saraiva, 1976, v. 1, p. 312.

(8) MONTEIRO, W. de Barros. *Curso de Dir. Civil*. I, p. 313.

(9) Apud LEVENHAGEM. *Cód. Civil Comentado*. I, p. 217.

4 — Distinção entre decadência e prescrição

Como já foi aduzido, a decadência elimina o direito material, enquanto que a prescrição fulmina o direito de ação.

Pensamos que a decadência é figura de direito material, porquanto a prescrição é de direito processual. O direito material estabelece o direito, sua aquisição, modificação e extinção (decadência) e o direito processual estabelece a forma de proteção do direito através do exercício da ação.

Lembra FÁBIO FANUCCHI que “a decadência se traduz na perda de um direito e, a prescrição, na perda do direito de ação capaz de dar sustentação ao direito” (10). Prosseguindo, afirma o mestre:

“A decadência produz seus efeitos exclusivamente no seio do direito material; a prescrição produz seus efeitos no seio do direito formal, sem reflexos prejudiciais no direito material” (11).

A decadência impede o nascimento do direito, enquanto que a prescrição pressupõe a existência de um direito anterior; revela-se, propriamente, a inércia na defesa desse direito pelo seu titular, dentro do prazo estabelecido.

Não é outra a lição de DE PLACIDO E SILVA, que assim explica:

“A decadência faz perecer o próprio direito não afirmado pelo exercício; a prescrição faz perecer a ação para defender o direito já firmado, em virtude de importunação alheia.

Na prescrição, o direito já é efetivo, não depende de exercício para integrar-se ao patrimônio do titular. O direito de agir para defendê-lo, se ameaçado ou violado, é que prescreve, desde que não tenha sido a ação intentada no prazo regulamentar, a contar da data em que a ameaça ou a violação ocorreu” (12).

“A prescrição extingue apenas a ação para cujo exercício foi estabelecida, podendo o direito ser pleiteado por outra ação se houver, não atingida pela prescrição; a decadência prejudica todas as ações que se fundaram no direito por ela extinto, impedindo de modo absoluto que seu titular o invoque como fundamento de qualquer pretensão em juízo” (13).

“A prescrição diz respeito ao exercício da ação, enquanto a decadência refere-se ao exercício do direito” (14).

A decadência não se interrompe e nem se suspende, enquanto que a prescrição pode ser interrompida. A decadência corre para todos sem distinção, e a prescrição não corre para determinadas pessoas (cf. arts. 168 e 169 do CC).

(10) FANUCCHI, Fábio. Op. cit., p. 2.

(11) *Idem*, op. cit., p. 3.

(12) DE PLACIDO E SILVA. Op. cit., p. 478.

(13) CAHALI, Yussef Said. Enciclopédia Saraiva de Direito. V. 22, p. 365; e Aspectos Processuais da Prescrição e da Decadência. Rev. Tribunais, 1978, p. 27.

(14) LEVENHAGEM, A. J. de Souza. Op. cit., 218.

“A decadência começa a correr como prazo extintivo desde o momento em que o direito nasce; a prescrição não tem o seu início com o nascimento do direito, mas só começa a correr desde o momento em que o direito é violado, ameaçado ou desrespeitado, porque nesse momento é que nasce a ação, contra a qual a prescrição se dirige” (15).

A diferença entre uma e outra é marcante, enquanto, na decadência, o que extingue é o direito, na prescrição o que extingue é a ação, permanecendo o direito que poderá ser exercido por outros meios.

5 — Decurso de prazo no Mandado de Segurança

Tanto a doutrina como a jurisprudência têm entendido que a perda do prazo pelo decurso dos 120 dias, previstos no artigo 18 da Lei nº 1.533, de 1951, corresponde à decadência (16).

Entendíamos também assim, mas de há um certo tempo, começamos a pôr em dúvida o nosso entendimento. Isto porque a Constituição federal, em seu art. 153, parágrafo 21, dispõe: “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”, e a Lei nº 1.533/51, em seu artigo primeiro, acrescenta: “... sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade...”

As duas normas falam em direito líquido e certo e violação ou justo receio de violação do direito. Como susomencionado, a decadência é a perda do direito por ausência de atuação ou inércia do titular deste direito. A perda ou a efetivação do direito depende única e exclusivamente do interessado em atuar ou não atuar, e jamais de terceiro.

Estando o interessado no uso de seu direito, não se pode mais falar em decadência. Não estando em uso do direito, não se pode falar em violação ou ameaça por parte de terceiro, já que somente é possível ser violado um direito exercido por alguém.

Logo, quando as leis falam em violação ou justo receio de violação, estão a afirmar que o direito está sendo exercido por seu titular. Sem o exercício do direito pelo titular não seria possível falar-se em violação ou receio de violação do direito.

Em sendo o exercício que vai dar substância ao direito, sem o exercício não haverá o direito, e em não havendo este, não há o que se violar. Somente se viola ou ameaça de violação o que existe e é fluente. Inexistisse o direito fluente, não haveria violação.

(15) CAMARA LEAL, A. L. *Op. cit.*, pp. 100-101.

(16) Doutrina: MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2.ª ed., Rev. Tribunais, 1966, p. 564; e *Mandado de Segurança e Ação Popular*. 8ª ed., Rev. Tribunais, 1982, p. 22.
MONTEIRO, W. de Barros. *Op. cit.*, p. 313.
OLIVEIRA, Lauro Laertes. *Mandado de Segurança — Prática — Processo e Jurisprudência*. 4ª ed., Juruá, 1977, v. 3, p. 42.
JURISPRUDÊNCIA: RTJ 62/93, 74/835 e RT 474/70, 473/128, 524/252, RF 251/236, entre outras.

A Constituição federal e a Lei nº 1.533/51 exigem mais que um simples direito para justificar a ação de mandado de segurança. Exigem, além do direito, que este seja líquido e certo e vão mais longe, exigindo ainda que este há de sofrer violação ou ameaça. Quem não está no exercício do direito, não o tem, e por maior razão, não haveria os requisitos de liquidez e certeza e muito menos violação ou ameaça.

Ficou assentado que a decadência extingue o direito, e a prescrição extingue a ação.

Fosse caso de decadência em mandado de segurança, o direito seria extinto. Mas isso não ocorre. O que se perde com o decurso do prazo é apenas o direito à ação especial de mandado de segurança, mas o direito em si continua. Tanto isso é verdade que, decorrido o prazo prescricional de 120 dias, poderá o interessado defender o seu direito, através de ação ordinária, enquanto esta não prescrever.

Até mesmo LAURO LAERTES DE OLIVEIRA, após admitir como de decadência o decurso do prazo de 120 dias, acaba por afirmar:

“Observa-se que a decadência é do direito ao uso do mandado de segurança, o que, portanto, não impede que o direito do interessado seja reivindicado por outras medidas judiciais cabíveis” (17).

Em seguida, afirma o mestre:

“Quando, porém, admitir o recurso com efeito suspensivo, contar-se-á do encerramento do prazo para interposição do mesmo (se este não for interposto) ou da intimação do julgamento do recurso (se este foi interposto)” (18).

Das transcrições acima, duas observações merecem atenção: **a)** afirmar que a decadência é do uso da ação de mandado de segurança parece-nos corresponder ou ser o mesmo se disséssemos que ocorre decadência da ação de execução nos títulos de crédito, salvo o direito pela via ordinária. Ocorre que, nos títulos de crédito, é pacífico que se trata de prescrição; **b)** ficou exposto que o prazo de decadência não se interrompe e nem se suspende, e que começa a correr da data do acontecimento que enseja o direito. Fosse decadência no mandado de segurança, logo, não poderia sofrer as interrupções acima, em razão de recurso na esfera administrativa, como afirma o mestre citado.

Quando a legislação pertinente fala em direito líquido e certo e que este há de ser violado ou ameaçado, está falando em direito preexistente, pois, conforme frisado, não se pode violar ou ameaçar o que não existe. Portanto, há de existir um direito preexistente e que este possa ser violado ou ameaçado.

SÍLVIO RODRIGUES observa que, “se o direito preexiste à ação, que só aparece com a violação daquele, o prazo é de prescrição” (19). Exatamente isso é o que ocorre com o prazo no mandado de segurança, pois o legislador

(17) OLIVEIRA, Lauro Laertes. *Op. cit.*, p. 42.

(18) *Idem*, *op. e loc. cit.*

(19) RODRIGUES, Sílvio. *Op. cit.*, p. 319.

exige o direito preexistente e violação, concedendo a ação especial apenas para proteger esse direito.

Também P. R. TAVARES PAES expõe entendimento de que, “na prescrição, ainda, o prazo começa a correr a partir do momento em que o direito é violado ou ameaçado” (20).

Ainda é FÁBIO FANUCCHI quem proclama: “a prescrição não importa a um direito a ser criado, mas a um direito a ser defendido, porque violado” (21).

No mesmo sentido assevera YUSSEF SAID CAHALI, *in verbis*:

“... a prescrição supõe direito já exercido pelo titular, existente, efetivamente, em ato, mas cujo exercício sofreu obstáculo pela violação de terceiro” (22).

A doutrina entende que a figura da prescrição aparece quando há um direito preexistente e cujo exercício tenha sido obstado por comportamento de terceiro. Já a figura da decadência não comporta falar-se em violação do direito, vez que este tem origem exatamente com a ação, e portanto não pode ser violado antes do seu nascimento. Bastante sugestiva é a lição de YUSSEF CAHALI, como segue: “a prescrição supõe uma ação cuja origem seria distinta da origem do direito, tendo, por isto, nascimento posterior ao nascimento do direito; a decadência supõe uma ação cuja origem é idêntica à origem do direito, sendo, por isto, simultâneo o nascimento de ambos; ... na prescrição o exercício da ação não se confunde com o exercício do direito...”; na decadência, o exercício da ação e o exercício do direito se identificam (23).

6 — Conclusão

Como, em mandado de segurança, a ação e o direito não se identificam, tanto assim que a legislação pertinente fala em proteger direito violado ou ameaçado, e se violado ou ameaçado, porque preexistente, já que não se pode violar ou ameaçar o que não existe, logo, forçoso é concluir que estamos diante da figura da prescrição e não de decadência.

Outra circunstância que nos parece vir a confirmar tratar-se de prescrição é a de que, decorrido o prazo do artigo 18 da Lei nº 1.533/51, o interessado ainda poderá, pelas vias ordinárias, buscar proteção ao seu direito. Quer isto dizer que o direito não nasce com a ação de mandado de segurança e nem desaparece sem essa, continuando a existir mesmo depois do decurso do prazo estipulado no dispositivo supra, tanto que pode ser reclamado pelas vias ordinárias.

Concluindo, o que se perde com o transcurso do prazo citado é a ação especial de mandado de segurança, e não o direito que por ela pode ser protegido. Parece-nos tratar-se de prescrição, com a devida vênias das opiniões em contrário.

(20) TAVARES PAES, P. R. *Enc. Seravia de Direito*. V. 60, pp. 245-6.

(21) FANUCCHI, Fábio. *Op. cit.*, p. 3.

(22) CAHALI, Yussef Said. *Aspectos Processuais da Prescrição e da Decadência*. Revista dos Tribunais, 1970, p. 25.

(23) *Idem*, *ibidem*, pp. 25-26.

Honorários advocatícios em mandado de segurança

JUSTINO ADRIANO F. DA SILVA

Advogado no RS. Professor de Direito das Coisas na Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Do Instituto dos Advogados do RS. Da Associação Brasileira de Direito Marítimo

SUMÁRIO

- 1 — *Introdução ao tema*
- 2 — *Natureza jurídica do "Mandamus"*
- 3 — *A verba honorária*
- 4 — *Iniciativas legislativas*
- 5 — *Conclusão*

1 — *Introdução ao tema*

Sobre o instituto dos honorários advocatícios, a tutela legal está no artigo 20 e seus parágrafos do Código de Processo Civil pátrio. O legislador processual de 73, baseado em outros ordenamentos jurídicos (v.g., Código de Processo Civil austríaco, § 41; Código de Processo Civil germânico, § 91 etc.), regulou a matéria como um verdadeiro ônus que se deve atribuir ao litigante que não tinha razão de tal comportamento. O princípio norteador do regramento moderno é o da sucumbência, entendendo-se como tal que, na demanda, o direito a ser garantido deve ser em sua totalidade, isto é, procurando, no máximo possível, eliminar os prejuízos que o vencedor teve com a demanda. O germe do princípio não é mais a culpa, mas o risco. De fato, quem litiga assume o risco de perder a demanda e, portanto, ter de assumir os ônus de sua conduta. É, de certa forma, a idéia que atualmente impera na responsabilidade civil.

O direito vigente entre nós, portanto, não se filia mais na doutrina do dolo ou da culpa. Não há mais o que se falar também, modernamente, na teoria da pena de Hennemann.

No direito pretérito, quando vigorava a letra dos artigos 63 e 64, a doutrina orientadora era a que justificava a incidência da honorária

em virtude de dolo ou de culpa do vencido. Mas esse critério, como salienta ARRUDA ALVIM, era profundamente errado (*Código de Processo Civil Comentado*, Ed. Rev. dos Tribunais, 1975, v. 2, p. 189).

Já em 1943 PAULO CARNEIRO MAIA, em artigo sobre o tema para a *Revista Forense*, invocando a lição de ORAZIO SECHI, mostrava que a condenação em honorários constitui-se em encargo e não em pena. Ainda se estava no regime processual de 1939. A inclinação já era para o âmbito do direito processual, para a teoria da sucumbência preconizada por CHIOVENDA, afastando-se dos princípios gerais de direito civil. Mas esses reclamos da doutrina só se fizeram direito formal com a Lei Meneses Cortes (Lei nº 4.632, de 18-5-65), que alterava a redação do artigo 64 daquele código, excluindo o dolo e a culpa como requisitos da incidência da condenação honorária.

Tratando-se de mandado de segurança, entendia-se quase por unanimidade que eram devidos honorários advocatícios ao patrono do impetrante, havendo sentença concessiva do *writ*. Depois, surpreendentemente, em 1969 foi baixada pelo Supremo Tribunal Federal a Súmula nº 512, dizendo que “não cabem honorários de advogado na ação de mandado de segurança”.

Com o surgimento do novo Código de Processo Civil em 1973, pareceu que a regra sumulada não teria mais sentido algum, contudo muitos tribunais continuaram a aplicá-la, ao lado, inclusive, do próprio Supremo.

PONTES DE MIRANDA, com a sabedoria que lhe é peculiar, comentando o artigo 20 do atual Diploma Processual, diz que hoje “não há qualquer especialização de ações para que incida o art. 20. Não importa se a ação é declaratória, constitutiva, positiva ou negativa, condenatória, mandamental ou executiva. Não mais se limita a sanção às ações do ato ilícito absoluto ou relativo. Pressuposto necessário é um só: ter havido perda da causa, pelo autor, ou pelo réu, ou quem quer que seja perdente” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, v. 1, p. 416). A lição é bem clara, contudo ainda não foi recebida pelo nosso Mais Alto Tribunal do País.

2 — Natureza jurídica do “*mandamus*”

No que tange a natureza jurídica do mandado de segurança, não paira atualmente mais nenhuma dúvida de que se trata de uma verdadeira ação. Ação no sentido corrente na doutrina processualística. A doutrina mais abalizada e que tem predominância atualmente inclina-se totalmente nesse sentido. Assim, *verbi gratia*, ROGÉRIO LAURIA TUCCI, em seu verbete intitulado *Ação de Mandado de Segurança*, publicado na *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 2, pp. 496-504, afirma categoricamente: “Quanto ao primeiro ponto focado, ou seja, relativamente à concepção do *mandado de segurança* como *ação*, bem é de ver que, embora não se afirmem, em princípio, os critérios do tema oferecem, na excelência de suas diversificadas proposições, elementos seguros para uma afirmação em tal sentido”. E depois de colocar suas razões, remata

categoricamente: “Em suma, é o *mandado de segurança ação* pela qual, originada a instauração de um processo do mesmo nome, exteriorizado em procedimento sumaríssimo, se visa à proteção de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, e violado ou ameaçado de violação por ato de autoridade, eivado de ilegalidade ou abuso de poder”.

Seu ponto de vista é repetido no verbete sobre o tema do v. 51, p. 139, quando afirma: “Apresenta-se, assim, o *mandamus* como *ação* (v. a respeito, J. M. OTHON SIDOU. *As Garantias Ativas dos Direitos Coletivos: “habeas corpus”, ação popular, mandado de segurança*. Rio de Janeiro, 1977, pp. 253-4, nº 66; CELSO RIBEIRO BASTOS. *Do Mandado de Segurança*. São Paulo, 1978, pp. 5 e ss.), tomado o vocábulo em acepção estritamente processual, ou seja, de *ação judiciária*, com suas raízes assentadas na Constituição federal e regulamentado por legislação ordinária (a mencionada Lei nº 1.533, de 1951, e outras complementares e modificativas), em que estatuídas, também, as “regras procedimentais adequadas à disciplina do seu processamento”. E JOSÉ DA SILVA PACHECO, em longo e brilhante verbete, logo em seguida, ao tratar do tema “o mandado de segurança como ação”, afirma: “Assim, diante daquela violação de direito subjetivo, há ação de direito material, no círculo que lhe é próprio, inclusive no campo administrativo, e ação judicial, remédio jurídico processual, pela forma adequada que for prevista pela lei processual”.

JOSÉ CRETTELLA JÚNIOR, um dos mais proeminentes administrativistas do Brasil, comentando a lei do mandado de segurança, resolve de vez a questão com aquela positividade que lhe é peculiar: “A natureza jurídica do mandado de segurança, portanto, no direito brasileiro, é inequívoca e indiscutível. Trata-se de *ação*, seja o vocábulo tomado no sentido antigo, seja tomado no sentido tradicional, quer na acepção subjetiva, quer na acepção objetiva” (*Comentários às Leis do Mandado de Segurança*. 2ª ed., Saraiva, 1980, p. 26).

Não se trata de uma resposta impensada do autor. Depois de discorrer longamente sobre a origem e evolução do instituto em nosso ordenamento jurídico, pode posicionar-se com absoluta convicção.

Sempre tivemos a mesma impressão.

3 — *A verba honorária*

Já se vão longe os tempos em que os advogados não recebiam recompensas pecuniárias pelo seu trabalho em atenção ao alto mister que desempenhavam. A profissão entre os romanos conferia honrarias a quem a exercia, mas em princípio não tinha fim lucrativo, já que a lei Cincia proibia o recebimento de recompensas, por parte dos advogados, no exercício de suas atividades. Contudo, nenhuma sanção era imposta em caso de transgressão da norma. A recompensa se dava em honrarias (daí hoje *honorários* = recompensa por um bem prestado). Como salienta JOÃO MONTEIRO, na antiga Roma o forum era chamado o viveiro

das honras: *Est corpus advocatorum seminarium dignitatum*. Cícero fez a confissão de que não entrara naquela laureada carreira senão por ambição e que, se ainda lhe suportava os labores, era para melhor salvaguardar, pelo favor que tal carreira proporcionava, as altas dignidades que nela adquiria (apud SEBASTIÃO DE SOUZA. *Honorários de Advogado*. Rio de Janeiro, Livraria Jacintho, 1941, p. 69).

Hoje os tempos mudaram e a profissão de advogado é uma como qualquer outra, isto é, não visa tão-somente defender os direitos violados dos cidadãos, mas também garantir o sustento econômico do profissional do direito. As recompensas e honorarias que antigamente não se traduziam em estima pecuniária, hoje são representadas pela verba monetária. Ninguém, no estágio de evolução (ou involução) que atingimos, pode atuar se não receber uma recompensa monetária pelo seu labor. É o fruto do capitalismo moderno e da sociedade de consumo que está presente. O advogado precisa estar atualizado, precisa especializar-se, necessita manter uma infra-estrutura organizada que lhe dê condições de defender os interesses de seus constituintes, o que só consegue se receber adequadamente numerários para manter esse estado de coisas.

Não é remota a época em que os tribunais admitiam pacificamente a incidência da verba honorária em mandado de segurança. É de 1963 a seguinte afirmação do eminente Ministro que foi LUIZ GALLOTTI: "Honorários de advogado. Não há por que excluir a condenação neles, quando o mandado de segurança é concedido. A concessão da segurança importa existência de ilegalidade patente, que se pode reconhecer de plano. Razão a mais para que os honorários sejam concedidos" (Rec. Extraordinário nº 51.309 in *D.J.U.*, de 25-7-63, p. 399). Nada mais era do que a consagração da lição do grande RUI BARBOSA, segundo a qual, na jurisprudência brasileira imperava o princípio da responsabilidade da Administração, pelos atos de seus empregados.

Inobstante isto, surpreendentemente, surge, em 3-12-1969, a Súmula nº 512, pregando justamente o contrário, isto é, que "não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança".

Mas esta Súmula é de 1969. Mais de uma década já se passou. O direito não é estanque, pelo contrário, é dinâmico e mutável, acompanhando os anseios da sociedade e as novas alterações que se passam na ordem econômico-social. Vários são os fatos que se sucederam e que por si só justificam sua revogação e adoção de nova orientação. Exemplo típico é o surgimento do Código de Processo Civil de 1973, em que novos princípios orientam o instituto da sucumbência. Agora, por força de seu artigo 20, a sentença sempre condenará o vencido na verba honorária, fixando-se a mesma à luz dos critérios que rodelam o desenrolar do feito.

Autores de escol já se manifestaram pela incidência de honorários no mandado de segurança. Entre outros, destaca-se HELY LOPES MEI-

RELES (*Mandado de Segurança e Ação Popular*. 5ª ed., Revista dos Tribunais, 1978, p. 51); CELSO AGRÍCOLA BARBI (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Forense, v. 1, t. I, pp. 227-9) e BARBOSA MOREIRA, que, com a precisão costumeira, acentua *sub verbo signanter* que “se esse processo especial se rege subsidiariamente pelas mesmas regras codificadas; se nele existe ação e, *a fortiori*, causa; se há partes e, por conseguinte, parte vencedora e parte vencida e ambas representadas por advogados — então é insustentável a proposição segundo a qual descabe, aí, a condenação em honorários” (*Direito Processual Civil*. Borsoi, 1971, p. 246).

Esse mesmo autor, em seu *Do Mandado de Segurança* (1960, p. 95), diz que “é pacífico, hoje, que a inicial do mandado deve ser subscrita por pessoa que tenha o *jus postulandi*, isto é, a capacidade de requerer em Juízo, a qual, entre nós, é atribuída aos advogados inscritos na Ordem dos Advogados”. Ora, se assim é verdadeira, correta está a lição de PAULO POLLI NEPOMUCENO quando assevera: “O que se evidencia, *prima facie*, é que, se tem o paciente da violação necessidade de constituir advogado, presumidamente remunerado, justo será que se lhe reembolse o dispêndio sofrido, quando inteiramente descabida a violência, palpável ao primeiro exame e evidenciada como ato de perversidade no uso do poder ou menoscabo pelo direito alheio” (*A Integral Reparação do Dano*. Rio de Janeiro, 1972, p. 283).

Sic, communis opinio magistrorum.

Mas não é só a doutrina que se tem manifestado nesse sentido. A jurisprudência, inobstante a existência da malsinada Súmula nº 512, sempre rente aos fatos e com o advento do diploma processual de 1973, tem concedido a verba honorária nas ações de mandado de segurança. Assim, *exempli gratia*, o Tribunal de Justiça da Guanabara, que através de sua 6ª Câmara, em julgamento levado a efeito em 6 de maio de 1975, acentuou: “São devidos honorários advocatícios em mandado de segurança, tendo em vista os termos amplos e abrangentes do art. 20 do Código de Processo Civil” (*Revista de Processo*, v. 2, p. 353).

Em 14-6-77, a 7ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em votação unânime, ao apreciar a Apelação nº 3.856, relatada pelo Des. Fonseca Ramos, afirmou *sub verbo signanter*: “Cabe a condenação em honorários advocatícios ao sucumbente do mandado de segurança”. Destacamos os argumentos do Relator, dado a sua importância para a compreensão e para uma orientação segura sobre o assunto: “Como sustenta o eminente Prof. BARBOSA MOREIRA, em insuperável estudo (*Mandado de segurança e condenação em honorários de advogado*, in *Direito Processual Civil*, pp. 238-247), nada há que justifique, *data venia*, o tratamento concedido à matéria como o fez o E. Pretório Excelso, ao inscrever, na Súmula nº 512, que “não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança”. Logo adiante afirma: “A sua configuração específica não afasta a principal, revelada na pró-

pria súmula, isto é, mandado de segurança é uma ação. Desse fato nascem as demais conseqüências, para inscrevê-lo na regra geral das ações". Mais: "A súmula em tela tem, principalmente, na decisão do RE nº 61.097, os pontos principais que encaminharam a nossa mais Alta Corte ao entendimento cristalizado. O ilustre Min. Eloy da Rocha, que foi um dos principais defensores da tese, sustenta que o princípio do sucumbimento adotado pelo art. 64 do CPC "não se aplica às ações não reguladas por este Código, salvo remissão na lei especial. Não se encontra, na Lei nº 1.533, tal remissão (*Referências da Súmula do Supremo Tribunal Federal*, JARDEL NORONHA e ODALÉA MARTINS).

Esse argumento foi decisivo, no desenvolvimento da tese do Egrégio Supremo Tribunal Federal, dividido por maioria. Entretanto a objeção perdeu toda a significação, em face de dois princípios legais do novo Código de Processo Civil: o art. 271, que estabelece que se aplica "a todas as causas procedimento *comum*, salvo disposição em contrário deste Código ou de *lei especial*", e o artigo 273 acrescenta que "o procedimento *especial* e o procedimento sumaríssimo regem-se pelas disposições que lhe são próprias, *aplicando-se-lhes, subsidiariamente, as disposições gerais do procedimento ordinário*".

Como adverte o eminente J. J. CALMON DE PASSOS, "subsidiariamente, portanto, as disposições do procedimento ordinário aplicam-se a todos os procedimentos, o que vale dizer: em tudo quanto não estiver expressamente disciplinado pelas disposições peculiares dos procedimentos especiais, ou do procedimento sumaríssimo, aplicam-se as disposições do procedimento ordinário. Isso deixa de ocorrer apenas quando, não sendo expressa, no particular, a disciplina do procedimento especial, ou sumaríssimo, o preceito do procedimento ordinário a ser aplicado é incompatível com o expressamente preceituado para aqueles procedimentos" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, v. 3, p. 13).

Ora, os princípios que regem a matéria de honorários advocatícios encontram-se entre as regras do processo de conhecimento, e o Código, embora impropriamente chamando-as de disposições gerais (art. 273), a elas se refere.

Da conjunção desses dois princípios legais mencionados conclui-se que envelheceu, *data venia*, a Súmula nº 512 do Egrégio STF. Os doutos saberão, com o seu conhecimento, desenvolver o tema ora esboçado. Os outros argumentos expendidos contra a incidência da condenação em honorários advocatícios no mandado de segurança são brilhantemente rechaçados pelo notável trabalho do Prof. BARBOSA MOREIRA acima mencionado, e cuja repetição, por ociosa, deixa-se de apresentar.

Portanto, em face da nova sistemática processual civil, cabe ao nosso Mais Alto Tribunal de Justiça, *venia permissa*, rever a sua posição doutrinária, atingida que foi pelos citados dispositivos legais do Código Processual.

Como se verifica, não há razão para que sejam negados honorários advocatícios em mandado de segurança. Trata-se de uma verdadeira

ação, como já tivemos a oportunidade de mostrar, invocando os mais conspícuos doutrinadores, e, como tal, sujeita à incidência do disposto no art. 20 do diploma processual brasileiro.

De acordo com a orientação do nosso direito processual civil, cabe ao vencido, seja quem for, particular ou o próprio Estado, arcar com todas as despesas da causa, inclusive honorários de advogado, já que atribui ao vencedor o direito subjetivo ao reembolso das custas que efetuou. Esta é a lição do já referenciado JOSÉ CRETTELLA JÚNIOR em seu notável comentário já citado (p. 250).

Além do mais, como se apreende da lição de CELSO AGRÍCOLA BARBI, em “uma conceituação genérica, despesas do processo devem abranger todos os gastos feitos como conseqüências dele, tais como custas, indenização de viagem, diária a testemunhas, honorários de advogado, remuneração de assistente-técnico de perito” etc. (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Forense, 1975, v. 1, t. I, p. 187).

Ad extremum, registre-se a opinião insuspeita do grande YUSSEF SAID CAHALI, nome que atualmente impõe-se nas letras jurídicas do País:

“A simples insistência com que nossos Tribunais têm sido continuamente provocados pela manifestação a respeito dos honorários de advogado em mandado de segurança já revela, por si, a ânsia revisionista projetada pela insatisfação do critério que tem prevalecido”. Depois de arrolar inúmeras decisões em amparo ao que vimos sustentando, diz esse autor que ainda que algumas delas tenham sido cassadas em grau de recurso extraordinário, seus argumentos e fundamentos reclamam uma melhor meditação: “não importa seja omissa a respeito a Lei nº 1.533, de 1951, porque, ao tempo de sua promulgação, vigia o princípio da culpa e do dolo processual. A lei nova, de caráter geral (Código de Processo de 1939 e reforma de 1965, para a adoção do princípio da sucumbência e Código de Processo de 1973), não abriu nenhuma exceção. A Lei nº 1.533 também nada dispõe sobre as custas, e, quanto a elas, sempre se deu aplicação aos dispositivos do Código de Processo. O mandado de segurança é ação, embora de natureza especial, pois toda ação é meio de defesa de direito, seja para assegurar-lo *in natura*, seja para lhe dar equivalência econômica, sob a forma de ressarcimento. A sentença, concessiva ou denegatória da segurança, decide a *causa*, produzindo os efeitos próprios dos feitos contenciosos. Que há partes, e não parte no processo de segurança, di-lo a própria Lei nº 1.533, de 1951, em seu art. 12, assegurando-lhes o recurso e o direito de sustentação oral. E não importa que seja especial o rito desta causa, pois, nas demais ações especiais, o princípio da sucumbência tem sido aplicado sem restrições” (*Honorários Advocatícios*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1978, p. 487).

4 — Iniciativas legislativas

Em 1981, o Dep. Juarez Furtado, tentando concretizar os anseios dos advogados do País, apresentou na Câmara federal o Projeto de Lei nº 5.756, pelo qual se introduzia mais um parágrafo no artigo 20 do Código de Processo Civil, resolvendo de vez a problemática dos honorários em mandado de segurança. A inclusão seria a seguinte:

“Nas ações de mandado de segurança, em que o impetrante seja vencedor, os honorários serão pagos pela pessoa jurídica a que estiver vinculada a autoridade coatora, cabendo ação regressiva contra esta se agiu com culpa ou dolo” (*Diário do Congresso Nacional*, Seção I, 11-12-81, p. 14.853).

Para justificar seu projeto, trazia ponderações do Dr. João José Ramos Schaefer (ex-presidente da OAB-SC) apresentadas na III Conferência Estadual de Advogados, realizada em Lages, naquele Estado. Corroborando, trazia também a lição de SÉRGIO SAHIONE FADEL em seu *Teoria e Prática do Mandado de Segurança*, segundo a qual “se, ao revés, vencido que seja o Estado, indubitável será a sua condenação em honorários de advogado ao vencedor; e isso como reembolso ao impetrante, ou desoneração da obrigação de pagar honorários a seu advogado”.

Mas não é só este projeto que existe no sentido de resolver definitivamente o problema. Já em 1980, havia sido apresentado outro com a mesma finalidade, o de nº 4.196/80. Tal projeto, hoje com nova redação dada pela Comissão de Constituição e Justiça, aprovado por unanimidade perante a Turma “B”, em 28 de abril de 1982, para segunda discussão (*Diário do Congresso Nacional*, Seção I, de 9 de junho de 1982, nº 76, p. 4.543), está vazado nos seguintes termos:

“Art. 20 — A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Os honorários serão devidos, também, em ação de mandado de segurança e nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.”

Colocar-se-ão, destarte, os pingos nos is.

5 — Conclusão

Urge, portanto, que, de vez, se revise o velho e defasado preceito contido na Súmula nº 512 do Supremo, e para isto é necessário que os tribunais, ao lado da doutrina, manifestem-se, também, nesse sentido.

Nunca é demais lembrar que súmula não é lei, e mesmo que fosse, a lei é fonte secundária do direito. O direito não resulta da pena do legislador, mas sim, dos fatos sociais, dos anseios e reclamos da sociedade. Os fatos não resultam das leis, mas estas é que derivam da evolução dos mesmos, daí por que, direito contra os fatos, nada mais é do que um contra-senso.

A infidelidade partidária e o Colégio Eleitoral

PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA

Professor da Faculdade de Direito da UFMG. Juiz do TRT da 3ª Região, aposentado. Advogado em Belo Horizonte

1. Da infidelidade partidária

1.1. Um dos problemas agudos da infidelidade partidária consiste no seu equacionamento ou como versão política ou como versão jurídica, entendendo-se a configuração da posição política em apreço a linhas predominantemente teleológicas, ligadas à formulação de um sistema político e à da posição jurídica tipificadora revelada na estrutura normativa de um ordenamento jurídico, cuja apreensão se buscará principalmente nas próprias linhas organizativas desse ordenamento (cf. o estudo de NELSON DE SOUSA SAMPAIO "Perda de mandato por infidelidade partidária?" *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Subsecretaria de Ed. Técnicas do Senado Federal, a. 19, n. 76, out./dez. 1982, pp. 135 e esp. 144-147).

É evidente que nos regimes totalitários — sobretudo nos unipartidários — a concepção cerrada e unicelular da representação partidária absorve qualquer forma de atomismo representativo ou do "procedimento de acordo com as convicções e a consciência" do parlamentar, para objetivar-se, linearmente, no chamado "mandato imperativo".

Em uma organização político-jurídica dúbia e prospectiva como a brasileira, sob o crivo, sobretudo, da Constituição federal de 1967, com a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, a busca de luzes em torno da configuração da "infidelidade partidária" demanda exame atento e multiforme captação de dados, que afastam colocações genéricas e simplesmente axiomáticas em torno de suas fontes de manifestação.

A nível político, é de fácil percepção estrutural e de não menos fácil conhecimento público que o Brasil, nestes meados de 1984, se encontra

no vértice da linha de transição, entre o regime político autocrático e o regime político democrático, em perspectiva.

Como que exprimindo o ponto agudo dessa passagem, as eleições presidenciais de 1985, se partem de certos supostos explicadores do regime autocrático, assentam-se, em suas linhas teleológicas, em princípios dinâmicos orientadores da democracia plural e representativa ampla.

Aqui, arrima-se o exame da infidelidade partidária em seunexo fundamental, qual seja, a participação de parlamentares no processo de eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República.

1.2 A pergunta que se propõe é a seguinte: incorre em infidelidade partidária o parlamentar filiado a um Partido Político, que, como membro do Colégio Eleitoral, vota, para Presidente e Vice-Presidente da República, em candidatos de outro Partido?

O desenvolvimento e o equacionamento do tema impõe que se parta a sua análise de dois pontos basicamente distintos e que deles se evolua para, em seu encontro, se definirem as relações entre eles existentes, se de mera coordenação, se de subordinação.

De um lado, tem-se o exame, a natureza, a finalidade e a posição jurídicopública do Colégio Eleitoral; do outro, a posição, a qualificação e a vinculação de cada um dos componentes do Colégio Eleitoral.

É o que, à luz do direito público brasileiro, se verá.

2. Do Colégio Eleitoral

Em sua aceção global e em sua finalidade específica, o Colégio Eleitoral instituiu-se, desde os arts. 76 e 77 e seus parágrafos, da Constituição federal de 1967, até às normas vigorantes dos arts. 74 e 75 e seus parágrafos, modificadas pelas Emendas Constitucionais nºs 8, de 1977, e 22, de 1982, como um órgão autônomo, com função eletiva exclusiva de eleger o Presidente e o Vice-Presidente da República. Evidentemente, sua ação é periódica.

A sua personificação, como centro próprio de competência, ganha fisionomia peculiar, não apenas em razão da alta e específica função que desempenha, como, também, e precisamente, pela imediata e inconfundível qualificação de que se investem seus componentes, os quais com aquele não se confundem e que perdem, de imediato, qualquer nexocom a sua qualificação anterior, seja como “membros do Congresso Nacional” seja como “Delegados das Assembléias Legislativas dos Estados” (Const., art. 74, § 1º).

Ao investirem-se da qualidade de “membros” do Colégio Eleitoral, o Senador, o Deputado e/ou o Delegado das Assembléias Legislativas pas-

sam a integrar um corpo distinto de formação e de expressão de vontade política, em plano superior, unitário e diverso daquele originária e permanentemente em atuação no exercício permanente do mandato parlamentar.

Cabe advertir, inicialmente, que, se se toma a condição de Deputado (seja federal, seja estadual) ou a de Senador como pressuposto de formação do Colégio Eleitoral, desde o instante em que este é instalado, seus membros adquirem um **status specialis**, o de partes de um órgão colegiado estrito, “membros do Colégio Eleitoral”, de **feição suprapartidária**. O titular do órgão goza de legitimação, de competência e de inviolabilidade jurídica específicas (cf. NAWIASKY, Hans. **Teoría general del derecho**. Madrid, Rialp, 1962. pp. 256 e segs., esp. 259, nº 9).

Desde logo, o Colégio Eleitoral é um órgão constitucional, cuja norma, depois de fixar os pressupostos básicos de sua formação, comete a lei de grau inferior a competência para regular-lhe a “composição e o funcionamento”. Esta competência é estrita, o mais está retido na Constituição, sobretudo no que diz com a sua estrutura básica, a sua finalidade e a sua natureza unitária e inconfundível, que o distingue de qualquer outro órgão constitucional, como, v. gr., os Partidos Políticos (Constituição federal, art. 152). Embora discutível seja a sua natureza jurídica, regulam-se eles pela lei (art. 152, **caput**), compõem manifestação de vontade política nacional, mas há retenções constitucionais quanto a eles, como se vê dos §§ 1º, I a III, 2º, I a V, 3º e 5º e que são **estritas**.

Atente-se que a chamada “fidelidade partidária” incrusta-se e se exaure no Capítulo III, Título II, da Constituição federal, que dispõe sobre a organização e a ação partidária, ou seja, o exercício da atividade partidária. Dirige-se a essas e não se comunica a outro órgão político constitucional, a começar pela exegese estrita dos dispositivos imperativos e sancionadores constitucionais (cf. MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979, pp. 305, nºs 360, 313, nºs 375 e 377, em que, a par da exegese **estrita**, se sobressai o elemento **teleológico**).

Ora, como incisivamente ressalta JELLINEK, em obra clássica, a organização estatal significa instrumento estatal, organizar significa distribuir funções planificadamente (cf. JELLINEK, Georg. **System der subjektiven Öffentlichen Recht**. 2. Auf. Aalen, Scientia Verlag, 1964. S. 37), o que faz supor caracteres próprios de cada órgão, como centro de imputação jurídica e como instrumento de realização de fins específicos, o que joga, aliás, com o princípio da interpretação teleológica sustentada por CARLOS MAXIMILIANO.

É o que deflui da natureza jurídica do Colégio Eleitoral, como órgão constitucional, cuja heterogênea composição se transmuda em um centro homogêneo de manifestação de vontade, dentro do qual perdem características anteriores seus membros componentes, atendidos os pressupostos

nomeados para a sua formação (cf. PALLIERI, Giorgio Balladore. **A doutrina do Estado**. Coimbra, Coimbra Editora Ltda., 1969, v. 2º, pp. 189 e segs.)

Órgão de atuação intermitente, à ocasião da eleição de Presidente e Vice-Presidente da República, o Colégio Eleitoral situa-se no ápice da organização estatal, como instrumento da mais alta significação política, que é escolha dos primeiros mandatários da Nação e como tal gozam seus membros componentes de posição jurídico-pública inassimilável à dos membros de outros órgãos estatais, mesmo os constitucionais, pois, como expende ALEXANDRE GROPALI — e a lição persevera —

“... São caracteres fundamentais dos órgãos constitucionais o pleno poder de exercer a soberania; absoluta independência frente aos outros órgãos estatais e sua idoneidade para caracterizar a forma de governo do Estado” (cf. **Doutrina do Estado**, p. 206).

Somente da realidade constitucional é que se pode descer à realidade executadora das normas de hierarquia inferior (na estrutura escalonada e de validade do ordenamento jurídico, iniciada com MERKEL e sistematizada por KELSEN) e no que estancou a lei fundamental (em acepção de lei constitucional) ou no que não limitou esta não o pode qualquer lei subordinada, sob pena de limitação, encurtamento ou desvio das garantias asseguradas no preceito básico. Anote-se o conciso, mas preciso tópico de WALTHER BURKHARDT:

“Uma ordem jurídica é possível, porque sua constituição está estabelecida. O estabelecimento de uma organização estatal, de acordo com o plano desta ou daquela Constituição, é o pressuposto lógico de todo o restante direito — *ist die LOGISCHE Voraussetzung alles übrigen Rechts* (cf. **Method und System des Rechts**. Zurich, Polygraphischer Verlag A.G. 1971, S. 166).

Do que, até aqui, se expôs, é indispensável se façam as seguintes colocações, a nível de conclusões:

1ª — o Colégio Eleitoral, como órgão estatal constitucional, não se confunde com o Partido político, pessoa jurídica de natureza controvertida (entre o público e o privado);

2ª — embora as estruturas básicas de ambos tenham evidentemente suas raízes na Constituição, elas não se comunicam e informam institutos jurídicos diversos;

3ª — a regra sancionadora do § 5º do art. 152 da Constituição, que prevê pena para Senadores, Deputados federais, estaduais e Vereadores, está inserida no quadro da disciplina partidária e sua fonte constitucional nesta se esgota, tomando-se o parlamentar ou edil em sua condição partidária, como membro do Partido.

Tal regra, de natureza penal, não comporta aplicação extensiva ou análogica, razão pela qual seu campo de aplicação constitucional se exaure no instituto da organização dos Partidos políticos e tem eficácia sancionadora a membros do Partido no exercício de sua atividade estatal em que se acha pressuposta a representação partidária ou por Partidos: Senado Federal, Câmara dos Deputados, Assembléias Legislativas e Câmara de Vereadores;

4ª — o Colégio Eleitoral é anódino, compõe-se não por Partidos, mas de parlamentares e Delegados, como tais, sem consideração a cor política ou partidária.

Os arts. 74 e 75, da Constituição, que regulam basicamente o instituto do Colégio Eleitoral, não prevêm qualquer sanção fundada em disciplina partidária nem contêm regra captadora do disposto seja no art. 152, em geral, seja em seu § 5º

A condição para ser-se membro, ou para participar do Colégio Eleitoral, é a de ser Senador, Deputado ou Delegado indicado por Assembléias Legislativas (para ser-se órgão diretor de uma sociedade, v. gr., requer-se a condição de sócio, mas a assembléia, como órgão, não se confunde com a diretoria ou a gerência, com regras específicas de conduta e específicas de sanções);

5ª — o que a Constituição comete a norma de grau inferior (lei complementar) é a “composição e o funcionamento do Colégio Eleitoral”. Se não prevê pena de qualquer natureza, não será dado a norma inferior criá-la, sob pena de limitar o exercício dos poderes constitucionais ali conferidos aos seus membros.

A “infidelidade partidária” é instituto fundado na Constituição e seu campo de compreensão comporta regulamentação e até casuísmos em norma de natureza **convencional**, isto é, “estabelecida pelos órgãos de direção partidária”.

A Lei Orgânica dos Partidos Políticos (basicamente as Leis nºs 5.682, de 20-7-1971, e 5.697, de 27-8-1971, com modificações ulteriores), quando prevê e regula a “perda do mandato por infidelidade partidária”, arts. 72 e segs., não encontra legitimidade constitucional — pois a lei não é norma “estabelecida pelos órgãos de direção partidária” (que seriam os Estatutos).

Para a parte final do § 5º do art. 152 da Constituição — “ou deixar o Partido sob cuja legenda foi eleito” — cabe advertir que se trata de regra com tipicidade completa em seus pressupostos e em sua sanção, é auto-aplicável, portanto, dispensando regulamentação por outra norma.

Todavia, ainda que assim não se entenda, cabe ressaltar que as normas inferiores, relativas à infidelidade partidária, seja a lei, sejam os

Estatutos dos Partidos, guardam filiação direta, e, pois, legitimidade, no estrito preceito constitucional do § 5º do art. 152 citado, em linha direta de regulamentação da atividade partidária em si, o que afasta qualquer espécie de legitimação ascendente no art. 75 da Constituição: verticalmente, este não prevê regulamentação; horizontalmente, não contém captação ao art. 152, § 5º;

6ª — legitimado pelo § 3º do art. 74 da Constituição, o parágrafo único do art. 10 da Lei Complementar nº 15, de 13 de agosto de 1973 — que regula a composição e o funcionamento do Colégio Eleitoral —, não identifica o Partido em que possa registrar-se o candidato, no Colégio Eleitoral, e o seu art. 14, ao recorrer à “maioria absoluta dos membros do Colégio Eleitoral” (*verbis*), enuncia regra computadora estranha a quadro partidário, com referência direta e específica a “membros do Colégio”.

A anodinia é evidente;

7ª — a Convenção partidária — Leis nºs 5.682/71 e 5.697, arts. 54 a 58 — é instituto que se contém no estrito campo da organização e da atividade partidária e não se confunde, por sua vez, com o Colégio Eleitoral, **órgão estatal**, com função específica e que, exercida a sua função, se recolhe e/ou se dissolve, apenas periodicamente reunindo-se.

Doutro lado, o Colégio Eleitoral não é órgão homologador de deliberações ou de escolhas da Convenção partidária. Seria, no caso, inútil e ocioso, e os candidatos a Presidente e Vice-Presidente da República seriam eleitos com a só escolha das Convenções partidárias;

8ª — levando-se, mais, o argumento à sua **ultima ratio**, não se entende que se possa aplicar regra de disciplina partidária a membro do Colégio Eleitoral (originariamente de um partido), porque tenha votado em candidato que não coincida com o registro em seu Partido originário, pois se estaria aplicando pena pela prática de um ato que alcança todos os efeitos de legitimidade: a eleição. Se em sua substância e em sua finalidade o ato não se anula (o voto é apurado, contado e válido), não se entende seja apenado o seu proferidor, por desvio formal. O absurdo jurídico é patente;

9ª — ainda que se admitissem a transmigração de regras jurídicas e a subversão do ordenamento jurídico — com extrapolação e irreverência, no que toca ao art. 75 da Constituição —, o ato da eleição ou a prática desse ato, em si, não está previsto no art. 92 da Lei Orgânica dos Partidos, e a tipicidade de norma penal não permite que se qualifiquem como delito político ato ou fato não expressa e nitidamente previstos na norma.

Entende-se que não há, no direito público brasileiro, norma impondo, no Colégio Eleitoral, a disciplina partidária nem a votação em candidato diverso daquele do Partido originário do membro votante.

O Ministério Público na organização constitucional brasileira

INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO

Doutor em Direito. Professor Titular
da UnB. Procurador-Geral da
República

“Não se pode dar aos guardiães da liberdade num Estado direito mais útil e necessário do que o de poder acusar, perante o povo, ou diante de um magistrado ou tribunal, os cidadãos que tenham atentado contra esta liberdade; é útil e necessário que as leis da república concedam à massa um meio legítimo de manifestar a cólera que lhe possa inspirar um cidadão; quando este meio regular é inexistente, ela recorre a meios extraordinários: e não há dúvida de que estes últimos produzem males maiores do que os que se poderia imputar aos primeiros. De fato, se um cidadão é punido por meios legais, ainda que injustamente, isto pouca ou nenhuma desordem causa na república, por ter ocorrido a punição sem recurso à força particular, ou de estrangeiros, causas ordinárias da ruína da liberdade. É uma punição baseada apenas na força da lei e da ordem pública, cujos limites são conhecidos, e cuja ação nunca é violenta o bastante para subverter a república” (MAQUIAVEL. Comentários sobre a Primeira Década de Tito Lívio. Capítulo Sétimo).

I — *A instituição do Ministério Público: origens e traços fundamentais*

Em que pese à opinião de doutrinadores de grande nomeada, no sentido de que as raízes do Ministério Público remontam à Antigüidade,

Conferência proferida na Escola Superior de Guerra, em 22-10-84.

nas figuras dos *tesmoteti*, da Grécia, ou do *Praefectus urbi*, de Roma, parece mais seguro afirmar-se que a Instituição, em seus contornos mais precisos, tem suas origens diretas na França dos fins do século XVIII e início do XIX, nas pessoas dos *comissários do rei*, que são as primeiras figuras do Ministério Público encontradas nos textos constitucionais (OCTACÍLIO PAULA SILVA. *Ministério Público*. São Paulo, Sugestões Literárias, 1981, pp. 5/6).

No mesmo sentido é a opinião do saudoso Ministro RODRIGUES DE ALCKMIN, do Supremo Tribunal Federal, para quem é de mais segura crença para o Ministério Público admitir essa origem francesa e recente, do que ufanar-se de possuir paternidade diversa, cuja investigação talvez não identificasse sequer os traços fisionômicos do pretendido ascendente ("A Instituição do Ministério Público", Revista *Justitia*, v. 80, São Paulo, 1973).

Por isso, outro estudioso do tema, o ilustre PAULO SALVADOR FRONTINI, afirma que é inútil repisar velhas considerações sobre as origens legislativas da Instituição, porque o esforço dos pesquisadores, investigando as conexões entre o Ministério Público e os procuradores do rei, embora respeitável, não oferece contribuição satisfatória para as dúvidas do momento, antes podendo contribuir para aumentá-las ao invés de dissipá-las ("Ministério Público, Estado e Constituição". Revista *Justitia*, v. 90, São Paulo, 1975).

Em razão dessa premissa e da postura ideológica sob a qual entende deva ser estudada a temática da Instituição, prefere o ilustre jurista encarar o Ministério Público dentro de um contexto mais abrangente, que apreenda e compreenda os dados sociais e políticos que, mesmo situados fora da Instituição, não podem deixar de influenciá-la.

Nessa perspectiva, entende que o Ministério Público é filho da democracia clássica e do Estado de Direito, nascidos da Revolução francesa de 1789, que, abolindo o Estado autoritário do *Ancien Régime*, instituiu uma nova ordem, baseada no respeito à lei, como expressão da vontade geral.

Abstração feita da ênfase ideológica posta nessa abordagem sobre as origens da Instituição, cremos não haver dúvida quanto à vinculação essencial e indissociável entre o Ministério Público e o primado da lei, dado que sua função precípua, enquanto órgão da sociedade, é, precisamente, a de fiscal da lei e da sua execução.

Como essa fiscalização se exerce, inclusive, no plano constitucional, dado que compete ao Ministério Público velar pelo respeito à Lei Fundamental, reconhece a melhor doutrina ao Ministério Público a condição de *órgão essencial do Estado*, porque as tarefas a seu cargo são daquelas essenciais à própria conceituação do Estado enquanto nação politicamente organizada.

Em nosso ordenamento jurídico, por exemplo, a titularidade da ação direta de declaração de inconstitucionalidade, a cargo do Procurador-Geral da República (Constituição — art. 119, I, l) e a da ação penal pública (Constituição — art. 153, §§ 15 e 16; Código de Processo Penal — art. 24), põem em evidência a importância do Ministério Público como órgão que *encarna* o Estado, e, assim, com ele se confunde, como observa, ainda, o mesmo PAULO SALVADOR FRONTINI (*op. cit.*, p. 253).

Não é por outra razão que o consagrado SEABRA FAGUNDES (“O Ministério Público e a preservação da ordem jurídica no interesse coletivo”. *Justitia*, v. 35, São Paulo, 1961), ao analisar o Ministério Público sob essa perspectiva, diz que ele surge, no conjunto dos órgãos estatais, como o instrumento incumbido de defender e preservar a ordem jurídica, pela postulação perante o Judiciário, *munus* que desempenha “... seja pelo ajuizamento de ações destinadas a impor obediência ao direito escrito (dentro de amplos limites no domínio penal — iniciativa da ação penal pública — e no cível, restritamente, num ou noutro caso, sendo exemplo frisante o do art. 208, parágrafo único, nº II, do Código Civil — ação para anular o “casamento contraído perante autoridade incompetente”), seja oficiando no curso de determinadas ações ou processos (envolvendo a validade do casamento, interesses de menores, interdictos, acidentados do trabalho etc., concernentes a falência etc.), ou requerendo providências administrativas (em favor de incapazes ou pessoas outras, naturais ou jurídicas, sob a particular proteção ou vigilância estatal, como ocorre com as fundações e as vítimas de acidentes do trabalho)”.

Em razão da amplitude e da diversidade dessas atribuições, poucos avaliam corretamente a importância da Instituição, chegando até mesmo a confundi-la com os órgãos administrativos do Poder Executivo, ou a reduzi-la a simples dependência do Governo, já que as funções de seus membros, na estrutura estatal, não se traduzem nem em atos de legislar nem em atos de julgar contenciosamente (TITO PRATES DA FONSECA. “Lições de Direito Administrativo”, 1943, pp. 143 e 144, apud JOSÉ FREDERICO MARQUES. *Elementos de Direito Processual Penal*. Rio, Forense, 1965, v. 2, p. 43).

Essa colocação, aparentemente correta, sobretudo se tomada ao pé da letra a tripartição das funções estatais *em torno da lei* (produção; aplicação contenciosa; execução), deixa de contemplar, precisamente, um dos aspectos mais ricos e mais complexos do Ministério Público, o qual, mesmo não sendo um *Quarto Poder* — como pretendem, romanticamente, alguns —, não se submete a nenhum dos três outros, porque suas atribuições derivam diretamente da Constituição, ainda que sem a *explicitação*, que se faria necessária para dissipar dúvidas e eliminar controvérsias.

Por isso, no momento, talvez a maior aspiração do Ministério Público brasileiro consista em obter uma precisa estruturação constitucio-

nal e uma clara explicitação de suas atribuições, também a nível constitucional, pondo fim ao tratamento *superficial e implícito* que nos têm dispensado as sucessivas Cartas Políticas do País.

Apesar ou por causa desse inadequado tratamento constitucional, o Ministério Público tem procurado afirmar-se cada vez mais no conjunto dos órgãos estatais, pugnando por sua crescente independência e aperfeiçoamento, a ponto de alguns dos seus mais expressivos representantes — como o tantas vezes citado PAULO SALVADOR FRONTINI — chegarem a afirmar que se vive o Ministério Público vibrando, sofrendo e sonhando com suas grandezas, suas dores, suas vitórias e suas aspirações (*op. cit.*, p. 246).

II — O Ministério Público nas Constituições do Brasil

Nossa Constituição de 1824 nada dispôs sobre o Ministério Público. A primeira Carta republicana, de 1891, praticamente não se preocupou com a Instituição, limitando-se a ligeira referência à figura do Procurador-Geral da República, dispondo no § 2º, do art. 58, que o Presidente da República o designaria, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal.

Comentando esse dispositivo, o clássico JOÃO BARBALHO louvou o critério do primeiro constituinte republicano, considerando uma *idéia sensata* escolher o Procurador-Geral da República entre os membros do mesmo tribunal perante o qual lhe toca officiar, porque, ainda que limitado o círculo da escolha, ali se acham "... as maiores competências, afeitas ao conhecimento dos assuntos que aquele funcionário tem de tratar e promover, e o fato de fazer ele parte da mesma corporação, embora em caráter diverso, não deixa de ser vantajoso, dominando nela o mesmo espírito e firmando-se entre todos boa inteligência e harmonia, quanto aos fins que têm em vista como partes de uma mesma coletividade" (*Comentários*, p. 234).

Esse trecho é bem elucidativo para demonstrar que vem de longe a compreensão distorcida quanto à natureza das funções do Ministério Público e ao perfil institucional que deve ter o Procurador-Geral da República.

Diferentemente da primeira Carta republicana, a Constituição de 1934 deu ao Ministério Público foros de Instituição, incluindo-o entre os órgãos de cooperação nas atividades governamentais, assegurando estabilidade aos seus membros, impondo a exigência do concurso para ingresso na carreira e conferindo ao Presidente da República não somente o poder de livre escolha e demissão do Procurador-Geral da República, mediante aprovação do Senado Federal, como também o de nomear livremente os Chefes do Ministério Público no Distrito Federal e nos Territórios.

Com a Carta de 1937, o Ministério Público sofre novo revés, limitando-se o seu texto a dispor sobre a escolha do Procurador-Geral da República (art. 99 — Do Poder Judiciário), e a afirmar, no art. 105, que

um quinto dos lugares nos tribunais superiores seria preenchido por advogados ou membros do Ministério Público, em lista tríplice organizada pelo Tribunal de Apelação.

Com a Constituição de 1946, que redemocratizou o País, o Ministério Público conquistou sua independência como Instituição e assim foi mantido na Constituição de 1967 e na Emenda nº 1, de 1969.

Evidenciando uma indefinição perniciosa quanto ao enquadramento jurídico-constitucional da Instituição, observa ALCIDES DE MENDONÇA LIMA não ter havido constância na colocação da matéria sobre o Ministério Público em nossas várias Constituições, aparecendo ele ora como “órgão de cooperação nas atividades governamentais” (1934); ora em dispositivos esparsos (1937); ora com título autônomo (1946); ora no capítulo do Poder Judiciário (1967); ora, finalmente, no capítulo do Poder Executivo, em 1969 (“Atividade do Ministério Público no Processo Civil”. *Revista de Informação Legislativa*. Senado Federal, a. 14 n. 56, out./dez. 1977, pp. 71 e ss.

Muito embora a situação tópica, no particular, não favoreça nem prejudique a independência da Instituição, é de toda a conveniência que se assegure título autônomo para o Ministério Público em nossa Constituição, para que ele não se confunda com nenhum dos Poderes da República, dado que, conforme já acentuado, possui funções próprias e inconfundíveis, não redutíveis às atividades de qualquer dos Poderes da República.

III — *Princípios institucionais*

Em que pese a pequenas discrepâncias nas enunciações — ora mais amplas, ora mais restritas —, existe generalizada concordância no que tange à identificação dos princípios fundamentais que regem o Ministério Público, a saber:

1) *legalidade*: sem embargo da amplitude e variedade de suas funções — tão extensas que muitos acham impossível especificá-las exaustivamente —, os órgãos do Ministério Público só atuam quando expressamente autorizados pela lei, afastados, portanto, critérios de oportunidade e conveniência, sem prejuízo, entretanto, da liberdade de apreciação quanto ao fundamento da ação;

2) *unidade*: todos os órgãos ou membros da Instituição constituem um só corpo, e possuem uma só vontade, sob uma só direção, de tal sorte que toda e qualquer iniciativa ou manifestação de seus integrantes, em diferentes momentos ou instâncias, será sempre iniciativa ou manifestação de todo o organismo e como tal valerá;

3) *indivisibilidade*: os membros da Instituição podem substituir-se reciprocamente, sem que as substituições ocorridas, eventual ou definitivamente, prejudiquem ou alterem o exercício do ministério comum;

4) *independência*: abstração feita do Poder do Estado a que se ache vinculado, ou mesmo livre de qualquer vinculação, pela titularidade de capítulo autônomo no corpo da Constituição, o órgão do Ministério Público é dotado de independência funcional, sem dever obediência ou subordinação intelectual a quem quer que seja, nem mesmo ao superior hierárquico (o Procurador-Geral), ou ao Chefe do Poder a que esteja formalmente vinculado (o Presidente da República ou Governador de Estado). Agindo em nome da Instituição, que personifica e encarna, o órgão do Ministério Público atua soberanamente, de acordo com a lei e a sua consciência;

5) *avocação*: o Chefe da Instituição, em razão mesmo dos princípios da *unidade* e da *indivisibilidade*, pode avocar qualquer feito ou processo, para nele se pronunciar pessoalmente ou por intermédio de outro membro da corporação, sem que isso implique qualquer ofensa ou demérito àquele que for substituído ou afastado do processo.

Além desses princípios, que a generalidade dos estudiosos indica serem os fundamentais da Instituição, alguns autores apontam outros, como o da *indisponibilidade dos direitos*, que veda aos órgãos do Ministério Público fazerem acordos nos feitos em que atuem, mesmo quando os litígios sejam disponíveis para as partes propriamente ditas (ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, *op. cit.*, p. 66).

IV — *Garantias do Ministério Público*

Considerando-se como verdadeiros magistrados, ainda que não integrando a magistratura judicante, os membros do Ministério Público, em sua grande maioria, sempre proclamaram a necessidade de lhes serem asseguradas garantias *institucionais* e *funcionais* semelhantes às da magistratura, compreendendo-se entre as garantias institucionais o autogoverno e a auto-organização, e entre as de caráter funcional a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos (*e.g.* AAX TOURINHO, "Garantias do Ministério Público Federal". *Revista de Informação Legislativa*, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, a. 17. n. 68, out./dez. 1980, pp. 157 e seg.)

Embora reconheçamos, em larga medida, a procedência dessa reivindicação, sobretudo no que diz com as garantias de caráter funcional, até porque não se concebe possa o membro do Ministério Público, pelo relevo de suas atribuições, ficar sujeito a temores e perseguições que lhe inibam o exercício funcional, temos sustentado, no que diz com a forma de investidura do Procurador-Geral da República, que a sua independência não decorrerá jamais, pelo menos com exclusividade ou em maior grau, da garantia de permanência no cargo, mas, antes, e fundamentalmente, da respeitabilidade que ele possuir.

Os que sustentam a tese oposta, sem exceção de nosso conhecimento, afirmam invariavelmente que a livre demissão do Procurador-Geral da República, no âmbito federal, e dos Procuradores-Gerais de Justiça,

na esfera dos Estados, não permite aos titulares eventuais desses cargos oporem-se aos interesses do Governo que os nomeou, na hipótese de um eventual conflito entre eles e os governantes que os nomearam.

Essa é a opinião, entre outros, de PONTES DE MIRANDA, que todos invocam para reforço de argumentação.

A este propósito, dizia o saudoso jurista que “o Procurador-Geral da República demissível é deturpação completa da sua figura. Torna-se *agente político do Governo*. Como se há de esperar que denuncie altas autoridades da administração financeira e da polícia quem, com tal atitude, se exporia à demissão? As leis dão garantias a Promotores e Adjuntos; nega-as ao Chefe do Ministério Público federal a Constituição. Onde não há garantias a quem denuncia não há regime de responsabilidade. Aqui fica, *de lege ferenda*, o nosso voto contra o rebaixamento de uma das mais delicadas missões da República. Precisa ser *eleito*, e não nomeado e demissível” (*Comentários à Constituição de 1946*. Rio, Borsoi, 1960, Tomo III, p. 495).

A tese, aparentemente correta e sedutora, parte da premissa, que nos parece falsa, de que no exercício de suas atribuições ou no cumprimento de seus deveres, os administradores possam pretender eximir-se do respeito à lei, embaraçando a atuação de *todo* o Ministério Público — que possui plena independência funcional —, pela via da intimidação à pessoa daquele que, eventualmente, se encontre à frente da Instituição.

Sabendo-se, como se sabe, que no Estado de Direito os poderes e os deveres, tanto dos órgãos e agentes da Administração, quanto dos representantes do Ministério Público, derivam da lei, a cuja obediência uns e outros estão sujeitos, parece-nos distorcida e, por isso, rejeitável, a tese de que somente a intocabilidade funcional da pessoa do Procurador-Geral garantiria a independência do Ministério Público para o livre e correto desempenho de suas atribuições.

Ao contrário, bem ao contrário disso, entendemos que a independência e a respeitabilidade das Instituições derivam da hígidez moral e da honorabilidade dos que as integram, pois não são raros, infelizmente, os exemplos de servidores indignos, que abastardam o exercício de seus cargos exatamente porque insuscetíveis de serem deles afastados, em razão de garantias ou prerrogativas que os colocam praticamente a salvo de qualquer procedimento coercitivo.

Por isso, fazemos nossas — e freqüentemente as repetimos — as palavras com que o eminente SEABRA FAGUNDES, então Ministro da Justiça, saudou, em São Paulo, os participantes do 1º Congresso Interamericano do Ministério Público, em novembro de 1954:

“De certo a todos nos acode que nenhuma instituição é grande, senão quando aqueles aos quais se cometeu realizá-la

estão à altura da magnitude da sua tarefa. A grandeza do Ministério Público, como instituição relevante na vida organizada dos povos, há de assentar nos contornos da sua configuração legal, porém far-se-á, igualmente, pela seriedade que lhe comunicuem os seus servidores" (*Anais* 1º vol. p. 102).

De outra parte, a experiência brasileira, no particular, não fortalece a tese dos que se insurgem contra a atual forma de investidura do Chefe do Ministério Público, eis que, salvo engano, inexistem registros sérios sobre a exoneração de Procuradores-Gerais em decorrência de eventual conflito com o Governo a que serviram.

Agente político da mais alta hierarquia dentro do Governo e — pelo respeito de que se faça merecedor —, também seu conselheiro seguro e criterioso, o Procurador-Geral gozará da liberdade e da independência que a sua competência e probidade inspirarem, e não como decorrência de garantias puramente formais, que sobre não lhe fortalecerem o caráter, acabam por debilitar a Instituição que tem o dever de superiormente dirigir.

Por outro lado, sendo o Procurador-Geral da República, além de Chefe do Ministério Público Federal, o 1º Advogado da União, é de toda conveniência que a sua escolha seja livremente feita pelo Chefe do Poder Executivo, que haverá de ter naquele alto posto pessoa de sua estreita confiança e não alguém que, embora qualificado moral e tecnicamente aos olhos da classe, deva sua investidura, fundamental e originariamente, a órgão ou autoridade que não o Presidente da República.

Em conclusão, no particular, vale lembrar o juízo enérgico e insuspeito de OCTÁCIO PAULA SILVA, ex-Promotor de Justiça e insigne magistrado federal, a respeito da decantada independência que devem possuir os membros do Ministério Público:

"Não se confunda falta de independência funcional com fraqueza pessoal no exercício do cargo. Esta pode ocorrer em toda atividade, segundo maior ou menor organização, controle e nível ético da carreira. Uma coisa é assegurar-se a prerrogativa, constitucional ou legalmente. Outra é desmerecê-la por covardia, ou por escravizar-se a interesses menos nobres, fazendo do cargo instrumento escuso de atendimento de interesses personalíssimos, quer por abuso de poder, quer por omissão consciente e não menos criminosa" (*op. cit.*, p. 15).

V — *A organização do Ministério Público, em nível constitucional e legal, no âmbito da União, dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios*

Em decorrência da nossa organização federativa, que assegura autonomia política, administrativa e financeira aos Estados-Membros (CF — arts. 1º e 13), possuímos dualidade de Justiça — a federal e a es-

tadual — e, por via de conseqüência, dualidade do Ministério Público. Assim, além do Ministério Público federal, temos o Ministério Público estadual e, no mesmo plano deste, o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios (CF — arts. 95 e 96).

1 — O Ministério Público estadual

Em que pese ao reconhecimento da autonomia estadual, no particular, a Constituição, desde logo, impôs às Unidades federadas a observância de uns tantos princípios básicos, a serem respeitados pela lei local na organização do Ministério Público estadual. Além disso, dispôs, também, que lei complementar federal, de iniciativa do Presidente da República, estabelecerá normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual, observados, também aqui, aqueles preceitos básicos que a Lei Maior, antecipadamente, traçou para todo o Ministério Público como Instituição nacional.

Tais preceitos básicos são os seguintes:

a) o ingresso dos membros do Ministério Público nos cargos iniciais da carreira far-se-á, sempre, através de concurso público de provas e títulos;

b) após dois anos de exercício, os membros do Ministério Público não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária ou em virtude de processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa;

c) os membros do Ministério Público não poderão ser removidos a não ser mediante representação do Procurador-Geral, com fundamento em conveniência do serviço.

O Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, também estruturado em carreira e com a observância desses princípios, é organizado por lei federal, porque é da competência da União legislar sobre a organização administrativa e judiciária do Distrito Federal e dos Territórios (CF — arts. 17 e 57, IV).

Em cumprimento à previsão contida no parágrafo único do art. 96 da Constituição federal, a União editou a Lei Complementar nº 40, de 14-12-81, que estabelece as normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual.

Dada a semelhança de organização entre os diversos Ministérios Públicos, sobretudo no plano estadual, a aludida Lei Complementar nº 40/81 prevê, em seu art. 60, que as suas normas se aplicam, no que couber, à organização do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios.

Sobre a importância dessa lei complementar mais de uma vez já nos pronunciamos, inclusive quando seu texto, ainda sob a forma de projeto, estava em discussão no Congresso Nacional.

Cabe salientar, no particular, que, ao elevar a nível constitucional federal o estabelecimento de normas gerais a serem observadas, obrigatoriamente, pelos Estados na organização do Ministério Público local, o constituinte manifestou a preocupação de que o Ministério Público, enquanto Instituição nacional, ostentasse uma certa uniformidade organizacional, tal a importância que ele possui no contexto da realização da Justiça e da aplicação do direito federal nos Estados.

A evidenciar essa importância a Lei Complementar nº 40/81 declara, logo em seu art. 1º, que o Ministério Público é instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, como responsável, perante o Judiciário, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, bem assim pela fiel execução da Constituição e das leis.

Embora se trate de lei de normas gerais, tal como previsto na Constituição da República, preferiu o legislador federal ir além da simples enunciação de preceitos básicos, e, assim, dotar o Ministério Público, desde logo, e a nível nacional, daqueles preceitos que, por lhe serem essenciais, não deveriam ficar à mercê da maior ou menor clarividência do legislador estadual.

Agindo assim, o legislador federal, conquanto se possa dizer que, praticamente, esgotou a matéria legislável, pouco deixando à regulação da lei estadual, forçoso será reconhecer que, por essa forma, preservou o Ministério Público contra contingenciamentos políticos de âmbito local que, eventualmente, pudessem amesquinhar a Instituição, dando-lhe tratamento normativo incompatível com a sua relevante função constitucional.

Tendo que optar entre a conveniência de conferir maior espaço para a atuação do legislador local e a garantia de que o Ministério Público ficasse, desde logo, institucionalizado, a nível nacional, em termos compatíveis com a grandeza da Instituição, preferiu o legislador federal cercear a autonomia legislativa estadual, certo de que assim agindo realizaria valores mais altos, que são, precisamente, aqueles valores em razão dos quais vive a nossa corporação.

Nessa ordem de considerações, foram definidos, pela lei federal, como princípios institucionais do Ministério Público — válidos para todos os Estados —, a unidade, a indivisibilidade e a autonomia funcional, ao mesmo tempo em que se enunciaram, como suas funções institucionais, velar pela observância da Constituição e das leis, e promover-lhes a execução; promover a ação penal pública e, nos termos da lei, também a ação civil, da mesma natureza.

De igual forma, a lei federal impõe ao legislador estadual assegurar autonomia administrativa e financeira ao Ministério Público, conferindo-lhe dotações orçamentárias próprias, para tornar efetiva e não apenas retórica a sua independência, vez por outra ameaçada sempre que indisposições políticas, ou incompreensões de outra índole, confundem pesadas com instituições.

Quanto à estrutura organizacional, dispôs essa lei que os órgãos do Ministério Público estadual se compreendem em duas categorias — de administração superior e de execução —, assim enumerados:

I — *órgãos de administração superior:*

- a) Procuradoria-Geral de Justiça;
- b) Colégio de Procuradores;
- c) Conselho Superior do Ministério Público;
- d) Corregedoria-Geral do Ministério Público.

II — *órgãos de execução:*

- a) no segundo grau de jurisdição: o Procurador-Geral de Justiça e os Procuradores de Justiça;
- b) no primeiro grau de jurisdição: os Promotores de Justiça.

Em seguida, a Lei Complementar nº 40/81 define as atribuições de todos esses órgãos; enuncia as garantias e as prerrogativas dos membros do Ministério Público; institui o seu regime disciplinar; enumera seus direitos e vantagens; regula o ingresso na carreira e, em disposições finais e transitórias, resolve alguns problemas ligados à atuação de seus membros perante a Justiça Federal e a Justiça Eleitoral de 1ª Instância.

2 — *O Ministério Público da União*

No âmbito da União, o Ministério Público atua junto aos Juízes e Tribunais federais, em nítida correspondência com a atuação do Ministério Público estadual perante Juízes e Tribunais da Justiça comum, nos Estados, sem prejuízo de se reconhecer — com FREDERICO MARQUES — que as funções do Ministério Público federal têm peculiaridades de conteúdo que o distinguem, nesse particular, do Ministério Público estadual.

Vale transcrever, portanto, as lúcidas observações do festejado jurista:

“Se não bastasse o que já foi aduzido, a mostrar que o Ministério Público federal pode ter atividade diversa daquela do *parquet* de cada Estado-Membro, ainda devem ser trazidas à colação as diferenças que existem, dentro das próprias atribuições do Ministério Público, entre um e outro.

As funções do Ministério Público federal, ainda que formalmente idênticas àquelas do Ministério Público estadual, têm peculiaridades de conteúdo, que justificam a regra contida

no art. 95, *caput*, da Constituição da República, sobre a livre escolha do Procurador-Geral da República.

Os bens jurídicos penalmente protegidos dos crimes que são processados e julgados na área jurisdicional da União estão intimamente ligados à própria vida política da Nação. Basta que se leiam os itens e números do artigo 125 da Constituição, para a comprovação do que foi afirmado. Além disso, o Procurador-Geral da República ainda atua na esfera da Justiça Eleitoral, que é eminentemente política e se destina a garantir a representação popular, bem como o funcionamento dos partidos políticos, dentro da organização que lhes imprimem as leis federais.

Já o Ministério Público estadual tutela principalmente, e de modo quase exclusivo, os bens jurídicos penalmente garantidos da pessoa humana, tais como a vida, a integridade psíquico-corporal, a honra, o patrimônio, a moral familiar e a incolumidade pessoal, bens jurídicos esses que estão ligados a direitos subjetivos que o Estado protege.

Por isso mesmo, a atuação do Ministério Público federal está muito mais presa ao Poder Executivo, do que a do Ministério Público estadual, onde, na realidade, quase nula é a conexão dos interesses do poder político com a aplicação das normas penais a cargo da Justiça comum.

Quando se trata de proteger a segurança nacional, a verdade do voto, a organização dos Partidos, o patrimônio da União, a soberania nacional, a organização do trabalho, compreende-se que a atuação do Ministério Público tenha profundos liames com a política do Governo federal. Mas, em se tratando da proteção penal dos direitos da pessoa humana, o interesse público está apenas na aplicação da lei que tutela esses bens, sem qualquer relação com a política dos Governos estaduais. Daí a necessidade de se encarar de modo diverso a organização do Ministério Público estadual e aquela do Ministério Público federal" ("A Chefia do Ministério Público e a Constituição Federal". *Justitia*. São Paulo, 1972, v. 76, p. 13).

Em correspondência com os Juízes e Tribunais federais perante os quais atua, o Ministério Público está dividido nos seguintes ramos:

A) *Ministério Público Federal*: com atuação perante o Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Federal de Recursos e os Juízes Federais (1ª instância), bem assim — porque o Ministério Público eleitoral não possui quadro próprio —, perante os órgãos da Justiça Eleitoral (Tribunal Superior Eleitoral; Tribunais Regionais Eleitorais; Juízes Eleitorais e Juntas Eleitorais — art. 130, da Constituição federal). No tocante às atividades perante os órgãos da Justiça Eleitoral de 1ª instância (Juízes e Juntas Eleitorais), as funções do Ministério Público são desem-

penhadas pelos Promotores de Justiça das respectivas Comarcas, designados pelo Procurador-Geral de Justiça, por solicitação do Procurador-Geral da República (Lei nº 1.341/51 — art. 79; Lei Complementar nº 40/81 — art. 52). Perante o Tribunal Superior Eleitoral funciona o Procurador-Geral da República, na condição de Procurador-Geral Eleitoral; nos Tribunais Regionais Eleitorais, em cada Estado e no Distrito Federal, a representação do Ministério Público está a cargo de um Procurador da República especialmente designado pelo Procurador-Geral.

Inspirado na Lei Complementar nº 40/81, que propôs ao Congresso Nacional de conformidade com a previsão contida no parágrafo único do art. 96 da Constituição, e usando das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 81, incisos III e V, da mesma Constituição, o Presidente da República criou, no âmbito dos três ramos do Ministério Público da União, o Conselho Superior, a Corregedoria-Geral e o Colégio de Procuradores, para o desempenho das atribuições que lhes forem legalmente conferidas ou delegadas pelos respectivos Procuradores-Gerais. Criou, também, o Chefe do Poder Executivo, no âmbito do Ministério Público do Distrito Federal, o Conselho Superior e a Corregedoria-Geral.

Toda essa reorganização, como acentuamos quando do envio do primeiro projeto de decreto ao Ministro da Justiça (Decreto nº 87.546, de 1982), inspirou-se no propósito de abertura e democratização do Ministério Público, excessivamente controlado pelo Procurador-Geral da República, por força da atual Lei Orgânica, que é de 1951, época em que a Instituição dava os primeiros passos em direção ao que é hoje, extremamente complexa e heterogênea, tantos os poderes e as atribuições a seu cargo.

Consciente que urgia desconcentrar os poderes do Procurador-Geral da República, em benefício da melhor gestão do Ministério Público Federal, tomamos essa iniciativa, que se mostrou acertada, e, por isso, foi seguida pelos Procuradores-Gerais Militar e do Trabalho, bem como pelo Chefe do Ministério Público do Distrito Federal.

B) *Ministério Público Militar*: com atuação perante o Superior Tribunal Militar e as Auditorias Militares.

C) *Ministério Público do Trabalho*: com atuação perante o Tribunal Superior do Trabalho e os Tribunais Regionais do Trabalho. Na primeira instância essa atuação é praticamente inexistente, sendo raríssimo encontrar-se representante do Ministério Público do Trabalho funcionando perante as Juntas de Conciliação e Julgamento (OCTÁCILIO PAULA SILVA, *op. cit.*, p. 356).

VI — O Ministério Público junto aos Tribunais de Contas

Embora o Ministério Público atue, em regra, perante os órgãos jurisdicionais, desempenha ele, também, em caráter excepcional, algumas funções extrajudiciais, como a fiscalização de Fundações, Presídios e até Manicômios Judiciários.

Assim, parece justificável atue ele, igualmente, perante os Tribunais de Contas, que são órgãos administrativos, auxiliares do Poder Legislativo no exercício da fiscalização financeira e orçamentária da União e dos Estados.

No plano federal, essa atuação, definida em lei, está a cargo do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, chefiado pelo Procurador-Geral; nos Estados e no Distrito Federal, existem igualmente órgãos do Ministério Público junto aos respectivos Tribunais de Contas, que seguem, no particular, as diretrizes básicas da Corte de Contas da União (CF — art. 72).

Em conclusão, como observa ELVIA LORDELLO CASTELLO BRANCO, o ofício do Ministério Público junto às Cortes de Contas no Brasil tem grande amplitude, sendo obrigatório o seu parecer conclusivo nos processos de tomada de contas, aposentadorias, reformas e pensões, podendo, ainda, manifestar-se, a seu requerimento, em qualquer processo, e, como fiscal da lei, sem subordinação a nenhuma autoridade, defender sempre os interesses da Administração, nunca os atos do Administrador (“Aspectos do Ministério Público de Portugal e do Brasil”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Senado Federal, n. 39, jul./set. 1973, pp. 51-112).

VII — As carreiras no Ministério Público da União

Atualmente, as carreiras, nos três ramos do Ministério Público da União, estão assim organizadas:

A) *Ministério Público Federal*

- a) Subprocuradores-Gerais da República;
- b) Procuradores da República de 1ª Categoria;
- c) Procuradores da República de 2ª Categoria.

B) *Ministério Público da Justiça Militar*

- a) Subprocuradores-Gerais da Justiça Militar;
- b) Procuradores Militares de 1ª Categoria;
- c) Procuradores Militares de 2ª Categoria.

C) *Ministério Público do Trabalho*

- a) Subprocuradores-Gerais do Trabalho;
- b) Procuradores do Trabalho de 1ª Categoria;
- c) Procuradores do Trabalho de 2ª Categoria.

O ingresso nos cargos iniciais das respectivas carreiras far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, e as promoções à 1ª categoria far-se-ão, alternadamente, por antiguidade e por merecimento.

Para o cargo final, de Subprocurador-Geral, as promoções se dão exclusivamente por merecimento, apurado dentre os membros da categoria anterior, em listas tríplices organizadas pelos respectivos Conselhos Superiores, conforme o disposto no recente Decreto-Lei nº 2.159/84.

VIII — O Ministério Público no Processo Penal

Consoante a justa observação de OCTACÍLIO PAULA SILVA, é notória a preeminência do órgão do Ministério Público no ramo do direito criminal, neste compreendidos tanto o processo quanto o direito penal propriamente dito (*op. cit.*, p. 87).

Em razão disso, não obstante o relevo e a importância que a Instituição possui noutros quadrantes do direito positivo, é no âmbito da aplicação do direito de punir, é como órgão estatal da pretensão punitiva, que mais se destaca — até mesmo perante a opinião pública — a atuação dos representantes do Ministério Público.

Discorrendo sobre essa vertente da atuação do Ministério Público, assim se expressa o douto FREDERICO MARQUES, trazendo à colação os ensinamentos da melhor doutrina:

“O Ministério Público é o órgão estatal da pretensão punitiva. Como a aplicação do direito de punir depende de julgamento prévio, existe esse órgão para deduzir a pretensão punitiva em Juízo, através da acusação, e também para orientar e ter proeminência em toda a persecução penal.

A instituição do Ministério Público é uma exigência do processo acusatório. O direito de punir é uma resultante da tutela de interesses que afetam muito de perto as condições de vida da sociedade. Por esse motivo, o seu exercício não pode, normalmente, ficar à mercê da vontade do sujeito passivo do crime. Cumpre ao Estado procurar tornar efetivo o *jus puniendi* de que é titular, para que a tutela penal não seja frustrada.

Entregar aos órgãos judiciários, que devem decidir sobre a pretensão punitiva, a função de acusar, como ao tempo do procedimento inquisitivo, seria, por outro lado, pôr em sério risco o direito de liberdade do acusado. Se a atividade punitiva necessita de prévio controle jurisdicional em razão das garantias de que o Estado cerca o acusado, como erigir o Juiz, que deve colocar-se *super partes*, em órgão da acusação pública?

Precípua e fundamental, no Ministério Público, é, por isso mesmo, como salienta SIRACUSA, “il carattere di organo statale permanente per far valere la pretesa penale nascente dal rea-

to”, o que torna sua história e sua própria existência “intimamente legata all’azione penale”.

Em torno dessa função nuclear e fundamental, outras lhe foram sendo dadas. De órgão, assim, permanente, da Justiça Penal, passou também o Ministério Público a figurar nos Juízos e Tribunais civis, como órgão de outros interesses estatais que se agitam nos processos e causas, notadamente de tutela dos interesses privados indisponíveis. E na Justiça Penal, além de órgão da ação penal, ainda lhe é dada a função de *custos legis*, nos procedimentos onde o direito de acusar foi transferido, pelo Estado, à vítima do delito” (*Elementos, cit.* pp. 35-36).

Assim, no processo penal, o Ministério Público exerce, precipuamente, a função de deduzir em Juízo a pretensão punitiva, como se depreende do art. 24 do Código de Processo Penal, *verbis*:

“Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça ou de representação do ofendido, ou de quem tiver qualidades para representá-lo.”

A) Ação penal pública

Sendo a ação penal, em regra, de caráter público — “a ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido”, diz o art. 102 do Código Penal —, bem se compreende por que, no direito criminal, avulta, como já dissemos, a importância das funções do Ministério Público.

Titular do direito de ação na generalidade dos processos, incumbe ao Ministério Público provocar a atividade jurisdicional, a fim de que a pretensão punitiva do Estado, devidamente deduzida na acusação objeto da denúncia, seja apreciada e decidida pelos órgãos da jurisdição.

Neste passo, cabe registrar controvérsia que se instaurou, entre os doutrinadores pátrios, acerca da possibilidade de Juízes e Autoridades policiais ainda poderem instaurar procedimento de ofício, após o advento da Lei Complementar nº 40/81, cujos arts. 3º, II, e 55, combinados, ensejariam o entendimento de que, a partir de sua entrada em vigor, somente aos órgãos do Ministério Público é permitido promover a ação penal pública, porque essa é, precisamente, uma das funções institucionais (art. 3º, II), e aquele diploma, no art. 55, vedou, terminantemente, o exercício das funções do Ministério Público a pessoas alheias à Instituição.

Argumentos de monta têm sido desenvolvidos num e noutro sentido, valendo registrar, no tocante à jurisprudência, que o Supremo Tribunal

Federal já se manifestou no sentido de que esse procedimento não foi suprimido pela Lei Complementar nº 40/81, que é norma de organização do Ministério Público estadual e não lei de processo (RREE — 101.482; 101.515; 101.615; 101.641; 101.994 e 101.997, entre outros).

Para provocar a jurisdição, o Ministério Público, de posse das peças informativas de uma infração penal, requer o acionamento do mecanismo processual, de acordo com o seu livre convencimento. Se ao contrário, entender não configurada a ocorrência de ilícito penal, pedirá, fundamentadamente, o arquivamento do inquérito ou de outros elementos relacionados com os fatos tidos como delituosos. Se o Juiz não concordar com o pedido, deverá remeter os autos ao Procurador-Geral, para que este, como dirigente máximo do Ministério Público, dê a última palavra, oferecendo ele mesmo a denúncia, designando outro representante do órgão para fazê-lo, ou reiterando o pedido de arquivamento, ao qual o Juiz estará obrigado a atender.

É o que estabelece o art. 28 do Código de Processo Penal, a evidenciar que o Ministério Público, nos crimes de ação pública, tem plena autonomia para iniciar ou não o processo-crime, como autêntico dono da ação penal.

B) Ação penal pública condicionada

Ao lado dessa ação pública dita incondicionada, porque para promovê-la o Ministério Público precisa, apenas, da *informatio delicti*, existe a ação pública *condicionada*, assim denominada porque a atuação do Ministério Público em determinados delitos fica a depender de certa *condição*, somente podendo oferecer a acusação ou denúncia mediante requisição do Ministro da Justiça, ou representação do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo.

Em lição admirável pela clareza e precisão dos conceitos, o insigne FREDERICO MARQUES assim explicou esse tipo de ação penal condicionada, dando-nos os seus fundamentos:

“2. A ação penal pública condicionada pode depender de representação do ofendido, nos casos taxativamente previstos em lei. Embora o crime atinja a um bem jurídico, cuja tutela penal interesse precipuamente ao Estado, figuras delituosas existem em que a pretensão punitiva somente surge quando o sujeito privado, que desse bem jurídico é titular, também tenha interesse na punição do autor da infração penal, e isso por motivos vários, que vinculam a própria tutela penal ao poder dispositivo do sujeito passivo do crime. Quando mais acentuada essa subordinação, o Estado transfere ao titular do bem jurídico, atingido ou ameaçado, o direito de ação e o direito de acusar: são os casos de ação penal privada. Hipóteses existem, no entanto, em que o interesse público na punição do crime fica menos subordinado à vontade do ofendido, e, por

isso, lhe não transfere o Estado o direito de acusar, mas tão-só condiciona à sua provocação o início da *persecutio criminis*: são as hipóteses de ação penal pública dependente de representação.

A representação é uma *delatio criminis* postulatória: quem a formula, não só dá notícia de um crime, como pede também que se instaure a persecução penal.

.....

A representação não é condição de punibilidade. O direito de punir do Estado existe independentemente dessa condição, tanto que a punibilidade se extingue, se ocorrer a decadência do direito de representação (Código Penal, art. 108, nº IV, combinado com o art. 105). Ora o direito de punir não pode extinguir-se, sem antes ter existido.

A representação condiciona tão-só o direito do Estado-Administração de deduzir em juízo a pretensão punitiva. O Ministério Público não pode acusar, propondo, assim, a ação penal pública, sem que o ofendido formule a representação.

A representação pode ser dirigida ao Juiz, à autoridade policial, ou ao Ministério Público (art. 39 do Código de Processo Penal). Antes de ser ela apresentada, não pode ser aberto inquérito policial e, muito menos, instaurado o processo penal.

Muito limitado é o poder dispositivo do ofendido, nos crimes de ação penal pública que dependam de representação. A manifestação de vontade torna-se irretroatável, depois que o Ministério Público propõe a ação penal (Código Penal, art. 104), o que significa que, nos crimes que dependem de representação, não há o perdão do ofendido, mas tão-só a renúncia do ofendido à persecução do autor do crime, e, assim mesmo, sem a forma e amplitude da renúncia ao direito de queixa.

Por outro lado, a representação restringe bastante a atividade persecutória do Estado, uma vez que se extingue a punibilidade, por ocorrer a decadência, se o ofendido, ou seu representante legal, não a apresentar dentro em seis meses, contados do dia em que teve conhecimento do crime (art. 105 do Código Penal).

.....

A persecução penal pode dar causa, quando formulada a representação, a uma acusação que se cinja ao fato delituoso que é a sua *causa patendi*. O Ministério Público não pode alterar a configuração do fato mediante o acréscimo de circunstâncias não contidas na delação, para acusar o ofendido por outro crime também dependente de representação. Isso lhe não impede, porém, de qualificar os fatos relatados, segundo lhe

pareça mais acertado. Quando a representação é exigida, dentro de uma espécie determinada de crimes, para um deles apenas, difícil será ocorrer a hipótese de uma qualificação dos fatos que já se não contenha na representação. O mesmo não ocorre, porém, em crimes em que a representação é prevista como condição geral de perseguibilidade para toda uma série de infrações, como ocorre, *verbi gratia*, nos crimes contra os costumes (Código Penal, art. 225, § 2º), contra o patrimônio (art. 182) e contra a honra (art. 146, parágrafo único).

Apesar de formulada a representação, o Ministério Público pode requerer o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação.

.....

3. A propositura da ação penal pode depender, em alguns casos, de requisição do Ministro da Justiça.

No Código Penal, essa requisição é exigida apenas nos crimes contra a honra, quando cometidos contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro (Código Penal, art. 145, parágrafo único), e em casos de persecução a crimes praticados no estrangeiro contra brasileiro (Código Penal, art. 5º, § 3º, b). Para a ação penal constitutiva de homologação de sentença estrangeira, é também exigida a requisição (art. 7º, parágrafo único, b).

A requisição aludida é também uma condição de procedibilidade e tem o caráter de *notitia criminis* postulatória, a qual é sempre endereçada ao Ministério Público.

Da mesma forma que a representação do ofendido — a requisição do Ministro da Justiça não vincula o Ministério Público, o qual pode requerer o arquivamento da requisição, desde que se convença que não há motivo para a acusação.

A requisição é um ato administrativo discricionário e irrevogável, com que o Ministro da Justiça torna possível a promoção da ação penal. Ele se funda em motivos de ordem política, ligados à persecução penal. Trata-se de condição excepcional da *persecutio criminis*, motivada pelas razões de ordem política que o legislador acolheu para, em certos casos, a ela subordinar a atividade acusatória do Ministério Público” (PIMENTA BUENO. *Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1959, pp. 294/297).

C) Ação penal subsidiária

Nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, será admitida ação privada, por substituição processual. Admite-se este tipo de procedimento quando há inércia do Ministério Público,

não oferecendo denúncia, nem pedindo o arquivamento do inquérito, no prazo da lei.

Em que pese às opiniões em contrário de uns poucos, no sentido de que caberia a ação privada subsidiária no caso de pedido de arquivamento formulado pelo Ministério Público (e.g. HÉLIO TORNAGHI, *Instituições de Processo Penal*. São Paulo, Saraiva, 1978, v. II, pp. 372-374), o Supremo Tribunal Federal já firmou o entendimento de que não cabe esse procedimento subsidiário se o órgão do Ministério Público pronunciou-se no prazo da lei, seja oferecendo a denúncia, seja pedindo o arquivamento do inquérito (REcr nº 94.135, RTJ 99/452; HC 59.996, DJ 26-4-82, p. 12.121).

D) Ação penal privada

Assim denominada porque o seu titular é um particular, em contraposição à ação penal pública, em que o titular do direito de agir é o Estado, através do Ministério Público, a ação penal privada é aquela em que o direito de acusar pertence, exclusiva ou subsidiariamente, ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo (FREDERICO MARQUES, *op. cit.*, p. 305).

Nesse tipo de ação — diferentemente do que ocorre nos crimes de ação pública, em que domina o princípio da legalidade —, sobrepõe-se o princípio da oportunidade, dando-se ao ofendido a faculdade não só de propor ou deixar de propor a acusação, como também o direito de desistir do prosseguimento da instância ou de perdoar o autor do delito (FREDERICO MARQUES, *op. cit.*, p. 314).

Explicando as razões da transferência do *jus accusationis* ao ofendido — tanto nos crimes de ação penal exclusivamente privada, quanto nos crimes de ação pública, em que o órgão do Ministério Público não apresenta denúncia ou não pede o arquivamento no prazo legal —, ensina NELSON HUNGRIA que, na primeira hipótese, o bem jurídico penalmente tutelado tem caráter mais privado do que público, ou o *strepitus judicii* pode ser mais prejudicial ao interesse do ofendido do que a impunidade do ofensor, e, assim, é razoável que se entregue ao ofendido a iniciativa de promover a ação penal; na segunda hipótese, é porque, seja qual for o crime, cumpre não fique sem eficiente corretivo a desídia ou relapsia do Ministério Público, e a solução lógica, num regime democrático, é permitir que o ofendido, participando da atividade judiciário-penal, supra a omissão do órgão oficial (*Novas Questões Jurídico-Penais*, 1945, p. 275).

Nos crimes de ação privada, portanto, a participação do Ministério Público é de simples fiscal da lei, condição em que pode produzir provas, trabalhar pela regularidade processual e opinar quanto ao mérito da causa, pois, em qualquer caso, deve lutar por uma sentença justa (OTACÍLIO PAULA SILVA, *op. cit.*, p. 135).

IX — O Ministério Público no Processo Civil

Disciplinando as funções do Ministério Público como órgão *agente* (titular de ação civil pública) e como órgão *interventente* (fiscal da lei), o atual Código de Processo Civil assim dispõe, respectivamente, nos arts. 81 e 82, *verbis*:

“*Art. 81* — O Ministério Público exercerá o direito de ação nos casos previstos em lei, cabendo-lhe, no processo, os mesmos poderes e ônus que às partes.

Art. 82 — Compete ao Ministério Público intervir:

I — nas causas em que há interesses de incapazes;

II — nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade;

III — em todas as demais causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.”

Assim agindo, o legislador de 1973, sensível às dificuldades surgidas sob o Código anterior — que era omissivo e impreciso quanto à atuação do Ministério Público na jurisdição civil —, além de sistematizar essa atuação, conferiu-lhe maior importância e dignidade, ao invés do quase menosprezo que lhe devotara o legislador de 1939.

Em razão desse novo tratamento legislativo, puderam os estudiosos, afinal, sistematizar a atuação do Ministério Público no processo civil, atuação que é tão importante quanto a que desenvolve no processo criminal, inobstante tenha sido através desta, ao longo do tempo, que a Instituição alcançou a sua maior projeção.

Entre tais estudiosos, merece destaque o já citado OCTACÍLIO PAULA SILVA, que assim enumerou as principais inovações do Código de Processo Civil, a respeito da atuação do Ministério Público na jurisdição civil:

“*a*) explicitação do direito de ação nos casos previstos em lei; *b*) mesmos poderes que as partes como órgão agente; *c*) extensão dos casos de intervenção como fiscal da lei, com menção expressa deles; *d*) intervenção em todas as causas em que há interesse público; *e*) regulamentação da maneira de atuação no processo: vista após as partes, intimação de todos os atos do processo; *f*) direito de produzir prova, juntar documentos e requerer diligências; *g*) intimação em todos os feitos em que seja obrigatória a sua intervenção (do MP); *h*) direito de recorrer em todos os feitos em que atue; *i*) prazo em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar; *j*) direito de promover execução forçada nos casos indicados em lei; *l*) direito de representar contra Juiz que exceder os prazos

previstos em lei; m) dever de discutir a causa com elevação e urbanidade; n) *de restituir os autos no prazo*" (op. cit., p. 34).

Outra não é a opinião do ilustre jurista e membro do Ministério Público de São Paulo, o Professor JOSÉ FERNANDO SILVA LOPES, para quem o Ministério Público, "acostumado e adestrado para deduzir em Juízo a pretensão punitiva estatal, como natural titular da ação penal pública, até hoje não teve abertas as linhas mestras que explicassem, justificassem e conduzissem sua variada e complexa atuação perante a jurisdição civil", tarefa essa à qual o ilustre jurista vem se dedicando com esmero e competência, atestados pelo seu laureado estudo *O Ministério Público e o Processo Civil*, onde analisa as posições fundamentais do Ministério Público em o novo processo civil brasileiro.

Nesse trabalho, que teve grande aceitação entre os juristas pátrios, seu autor aponta e sistematiza as três posições fundamentais que o Ministério Público ocupa no processo civil e no âmbito da jurisdição contenciosa, a saber:

- a) a titularidade da ação civil pública (CPC — art. 81);
- b) a substituição processual em dadas situações (CPC — art. 99); e
- c) a intervenção, como fiscal da lei (CPC — art. 82).

Apontando, como deslize do legislador do novo Código, não ter incluído, no Título III, do Livro I, a importantíssima função atípica do Ministério Público como substituto processual (letra b, supra), esse jurista observa que aquela tríplice postura implica, sempre, uma fundamentação diversa, uma vez que o interesse que informa o agir do Ministério Público enquanto titular da ação civil pública não é da mesma natureza daquele que o impulsiona à substituição processual de determinados litigantes, e, ainda, de um e outro difere o interesse que informa a atuação do órgão como interveniente em determinados processos (*O Ministério Público e o Processo Civil*. São Paulo, Saraiva, 1976, p. 3).

Feitas estas observações, de caráter genérico, pode-se afirmar, em resumo, que, na qualidade de órgão *agente* (art. 81 do CPC), o Ministério Público exercerá o direito de ação, como *parte*, e, assim, terá os mesmos poderes e ônus que têm as pessoas quando assumem aquela condição no processo.

Sendo, como é, excepcional o exercício da ação civil pelo Ministério Público — autêntica intervenção do Estado na ordem jurídico-privada —, somente se permitirá essa atuação quando expressamente prevista em lei. Disso decorre serem pouco numerosas essas hipóteses (CELSO AGRÍCOLA BARBI. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio, Forense, 1975, v. I, p. 376), tais como a ação de nulidade de casamento (Código Civil — art. 208, parágrafo único), a de extinção de fundações (Código de Processo Civil — art. 1.204) e a ação rescisória (Código de Processo Civil — art. 487, III, a e b).

Como substituto processual, o órgão do Ministério Público, em nome próprio, atua na defesa de interesses ou direitos essencialmente privados porque os seus titulares, no dizer de GUILHERME ESTELITA, acham-se em condições excepcionalmente desfavoráveis a promoverem a defesa judicial de seus direitos (*O Ministério Público e o Processo Civil*. Rio, Freitas Bastos, 1956).

Finalmente, como órgão *interveniente* ou *fiscal de lei*, é que o Ministério Público tem a sua atuação mais constante, mais variada e complexa, zelando pela aplicação da lei e pela integridade dos princípios de ordem pública (CLÓVIS PAULO DA ROCHA. "O Ministério Público como órgão agente e como órgão interveniente no processo civil". *Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara*, Rio, nº 17, jan./abr. 1973, p. 12).

Analisando-se a extensão e o alcance do art. 82 do Código de Processo Civil — notadamente seu inciso III, que determina a intervenção do Ministério Público "em todas as causas em que há *interesse público*, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte —, bem se vê que é na condição de órgão *interveniente* ou de *fiscal da lei* que se torna mais ampla e complexa a sua atuação, praticamente sem contornos definidos, no particular, de tal sorte que autores da nomeada de um CELSO AGRÍCOLA BARBI, por considerarem extremamente vaga essa norma e *impreciso o conceito de interesse público*, chegam a afirmar que esse dispositivo, para se tornar aplicável, deve interpretar-se como norma apenas *permissiva* da intervenção do Ministério Público, sob pena de a sanção de nulidade, do art. 84, praticamente não encontrar limites de atuação (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio, Forense, 1975, v. I, tomo II, p. 380).

Em posição contrária, sustenta JOSÉ FERNANDO DA SILVA LOPES que essa intervenção é sempre obrigatória, embora sujeita à discricionariedade de avaliação do interesse público, o que é diverso da discricionariedade de intervir (*op. cit.*, p. 67).

X — O Ministério Público na ação popular

Posição singular ocupa o órgão do Ministério Público na chamada ação popular, em razão do que dispõe o § 4º do art. 6º da Lei nº 4.717, de 29-6-65, reguladora desse excepcional instrumento constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas (Constituição federal — art. 153, § 31).

Com efeito, assim estatui esse dispositivo, *verbis*:

"Art. 6º — *omissis*

§ 4º — O Ministério Público acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores."

Registrando que a posição do Ministério Público não é pacífica na doutrina — consoante se depreende, entre outras, das opiniões, que indica, de PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO (*Ação Popular Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 1968) e de JOSÉ AFONSO DA SILVA (*Ação Popular Constitucional — Doutrina e Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968) —, o renomado HELY LOPES MEIRELLES assim a explica e comenta:

“O Ministério Público tem posição singular na ação popular: é parte pública autônoma incumbida de velar pela regularidade do processo, de apressar a produção da prova e de promover a responsabilidade civil ou criminal dos culpados.

Como parte pública autônoma, o Ministério Público tem liberdade para manifestar-se, afinal, a favor ou contra a procedência da ação, pois o que a Lei veda (art. 6º, § 4º) é que assuma a defesa do ato impugnado ou dos réus, isto é, que contradite a inicial, promova provas ou pratique outros atos processuais contra os autores. Mas, na manifestação final, deverá opinar no sentido em que a prova indicar, pela procedência ou improcedência da ação, por se tratar de conduta característica da Instituição. Se houver abandono da ação, caber-lhe-á promover o seu prosseguimento, em lugar do autor omisso, se reputar de interesse público o seu julgamento (art. 9º). Isso não impede que o autor popular desista expressamente da ação e com ela concorde o Ministério Público, para a sua homologação regular, se ambos se convencerem da inexistência de fundamento para o seu prosseguimento, e houver concordância dos réus” (*Mandado de Segurança e Ação Popular*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 9ª ed., 1983, pp. 95/96).

Sistematizando, à luz dos dispositivos legais, a participação do Ministério Público nessa ação excepcional, afirma o citado JOSÉ AFONSO DA SILVA que ele aí comparece em diferentes qualidades, a saber: a) oficiante e fiscal da lei; b) ativador das provas e auxiliar do autor popular; c) parte principal; d) substituto do autor; e) sucessor do autor; e f) titular originário da ação popular, como simples cidadão (*op. cit.*, p. 200).

Essa gama de posições processuais está a evidenciar, por si, a singularidade da posição do Ministério Público neste tipo de ação, tão excepcional que chega a ser entendida como verdadeiro *instituto de democracia direta*, porque através dela o cidadão exerce o direito de participação direta na vida pública.

No que diz com a participação do Ministério Público federal na demanda popular, cumpre observar que a sua dupla condição de *fiscal da lei* e de *Advogado da União*, em tese, poderia levar a contradição insuperável, quando chamado a intervir em procedimento tendente a anular ato lesivo ao patrimônio público, acaso praticado no âmbito de entidade pública federal (Lei nº 4.717/65 — arts. 1º e 6º).

Neste caso temos sustentado — e assim já decidimos em situações concretas, na condição de Chefe do Ministério Público Federal — que a melhor solução será designar um Procurador da República para funcionar como fiscal da lei (custos legis) e outro para atuar como Advogado da União, a fim de permitir o contraditório e, assim, alcançar a sentença justa.

XI — O Ministério Público no mandado de segurança

Igualmente complexa é a posição processual do órgão do Ministério Público no mandado de segurança. Enquanto alguns sustentam que, aí, ele deve agir como advogado da entidade pública interessada — porque o litígio não se fere entre o impetrante e a autoridade coatora, mas, sim, entre aquele e a entidade de direito público a que serve a aludida autoridade —, entendem outros que, no caso, o representante do Ministério Público, porque fiscal da lei, só deve obediência à própria lei e à sua consciência, e, assim, está livre para atuar como entender de direito.

Tal como observamos no tópico referente à posição processual do Ministério Público na ação popular, também nas ações de mandado de segurança, quando nelas tiver de intervir o representante do Ministério Público Federal, porque federal, também, a autoridade apontada como coatora, delicada seria a posição do Advogado da União se, por acaso, tivesse que promover a defesa do ato e, simultaneamente, opinar pela concessão da segurança, que o invalidaria.

Enfrentando a questão com argúcia e lucidez, WALTER JOSÉ DE MEDEIROS, eminente Subprocurador-Geral da República, aponta a solução que nos parece adequada, em tudo semelhante à que adotamos, como Procurador-Geral da República, nos casos, já apontados, da ação popular:

“No pertinente ao Ministério Público Federal, é sabido que seus órgãos reúnem, simultaneamente, a qualidade de advogados da União e representantes do Ministério Público Federal. Na primeira qualidade terão de agir sistematicamente em defesa daqueles interesses, o que em verdade conflita com sua alta função de fiscal da lei, que é zelar pela fiel execução desta.

O *Parquet* da União está, por isso mesmo, tolhido em sua liberdade de apreciação dos fatos judicialmente discutidos nos mandados de segurança impetrados contra ato de autoridade federal, uma vez que a Lei Orgânica do Ministério Público Federal dispõe no art. 18 e seu parágrafo único:

“Os membros do Ministério Público da União estão proibidos de: a) requerer, advogar ou praticar, em juízo ou fora dele, atos que, por qualquer forma, colidam com com as funções do seu cargo;

Parágrafo único — As faltas previstas neste artigo serão apuradas em processo administrativo e importarão

em suspensão de 3 a 6 meses e, na reincidência, em demissão.”

Entendo, porém, que nos casos em que for manifesta a ilegalidade ou o abuso de poder, nada obsta que emita o membro do Ministério Público parecer favorável à concessão do Mandado de Segurança, requerendo ao Procurador-Geral a designação de outro membro do *Parquet* para que funcione, querendo, em defesa do ato apontado como coator, se admitida a União como litisconsorte da parte passiva da relação jurídico-processual.

Enfim, não obsta o exercício da função de fiscal da lei o fato de o membro do Ministério Público Federal reunir também a qualidade de advogado da União, por isso que, quando surgir interesse jurídico qualificado desta, capaz de admiti-la no feito como litisconsorte, haverá aí necessidade de separar as atribuições do fiscal da lei daquelas de advogado da União, o que facilmente será obtido com a designação de outro membro do Ministério Público Federal (*O Ministério Público e as Constituições Brasileiras no Mandado de Segurança*. Brasília, PGR, 1984).

XII — O Ministério Público e a defesa da Constituição

Dentre todas as atribuições do Ministério Público, a mais relevante é a que lhe confere a Constituição, na pessoa do Procurador-Geral da República, para representar ao Supremo Tribunal Federal contra a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Analisando essa prerrogativa, que o Procurador-Geral da República deve exercer em obediência, apenas, à lei e à sua consciência — sobretudo porque se trata de um poder discricionário, insuscetível de apreciação judicial —, o eminente ALFREDO BUZARD ministrou, há muito, a seguinte lição, que fez e continua a fazer adeptos entre os nossos mais conceituados juristas:

“O Procurador-Geral da República só deve arguir a inconstitucionalidade, quando disso estiver convencido. Sua missão não é a de mero veículo de representações. Recebendo a manifestação do interessado, o Procurador-Geral da República a estudará, apreciando se tem ou não procedência. Convencendo-se de que o ato argüido é inconstitucional, proporá a ação; em caso contrário, determinará o arquivamento” (*Da Ação Direta de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1958, p. 110).

Como conseqüência dessa grave prerrogativa — que o torna titular exclusivo da competência para desencadear o processo de controle da constitucionalidade da lei em tese —, deve o Procurador-Geral, em contrapartida, exercê-la com serenidade e convicção, para que se realize a vontade da Constituição, de cujo texto deflui, para o Chefe do Minis-

tério Público Federal, no particular, a condição de partícipe do mecanismo do equilíbrio entre os Poderes da República.

Além disso — como adverte o ilustre publicista CELSO RIBEIRO BASTOS —, o Procurador-Geral da República deve ter presente que ele exercita essa competência, cuja outorga constitucional lhe foi feita com caráter de exclusividade, não na qualidade de alguém que defenda interesse próprio, pessoal, mas, sim, na condição de defensor do interesse coletivo, traduzido na preservação do ordenamento constitucional (*Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 1978, p. 68).

A preservação da ordem constitucional, de outra parte, exige, por igual, que o Procurador-Geral da República, ao examinar a norma legal impugnada, também tenha presente a sábia advertência, que a Jurisprudência cristalizou, no sentido de que todos os atos legislativos, objetivamente considerados, trazem insito em sua promulgação o atendimento ou a satisfação de algum interesse público relevante, porque inadmissível o exercício diletante ou irresponsável do poder de legislar.

Por outro lado, ainda que não exerça, no particular, tarefa sequer assemelhada à função judicante, o Procurador-Geral da República deve obedecer, na espécie, àquelas “regras de bom aviso” ou “princípios sábios”, que os Juizes e Tribunais costumam observar sempre que se defrontam com o grave problema de ter que decidir sobre a validade das leis, em face do texto da Constituição.

Dentre tais regras, merecem ser lembradas as seguintes: a) presumem-se constitucionais os atos legislativos; b) somente quando a colisão entre a lei e a Constituição se apresentar clara, aberta, manifesta ou inequívoca, é que os tribunais a devem reconhecer e proclamar; c) na dúvida, decidir-se-á, sempre, pela constitucionalidade; d) sempre que possível, adotar-se-á a exegese que torne a lei compatível com a Constituição; e) a tradicional aplicação de uma norma, sem que se ponha em dúvida a sua constitucionalidade, é elemento importante no reconhecimento de que ela não conflita com a Constituição (C. A. LÚCIO BIRRENCOURT. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Rio, Forense, 2ª ed., 1968, pp. 111-129).

Dada a importância e a excepcionalidade dessa prerrogativa, que torna o Procurador-Geral da República árbitro inapelável da proposição da chamada ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro, não têm faltado críticas — sérias e equilibradas, umas, levianas e apaixonadas, outras — críticas até mesmo à pessoa do Procurador-Geral da República, toda a vez em que este, convencido da impropriedade da arguição de inconstitucionalidade, arquiva o pedido que lhe foi endereçado, remetendo o argüente para a via processual comum.

Nesse contexto, vale registrar que o Supremo Tribunal Federal, guarda e intérprete maior da Constituição, já firmou de longa data o entendimento de que o Procurador-Geral da República é o *dominus*

litis, Juiz exclusivo da propositura da ação direta para a declaração de inconstitucionalidade, podendo arquivar, inapelavelmente, qualquer pedido de representação, sem que tal decisão signifique usurpação da competência da Corte Excelsa — que poderá apreciar a questão no exame de casos concretos —, nem tampouco incida em ilegalidade ou abuso de poder, ofensivos a direito líquido e certo do requerente, suscetível de amparo através de mandado de segurança.

Dentre os julgados do Supremo Tribunal Federal nesse sentido, pelo relevo da matéria e pelas repercussões que provocou, merece destaque o da Reclamação nº 849-DF, intentada pelo MDB contra o despacho do Procurador-Geral da República que mandou arquivar pedido de arguição de inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.077/70, que instituiu a censura prévia na divulgação de livros e periódicos considerados nocivos à segurança nacional.

Naquela oportunidade, o Supremo Tribunal Federal — na mesma linha de entendimento do então Procurador-Geral da República, o eminente Professor XAVIER DE ALBUQUERQUE — assentou a orientação, até hoje mantida pela Corte, de que o Chefe do Ministério Público Federal, ao determinar o arquivamento, pratica ato de sua iniciativa exclusiva, que não implica usurpação de competência da Suprema Corte, até porque — como salientou o ilustre autor do despacho questionado — "... sendo a representação do Procurador-Geral o ato que transforma em função dinâmica o poder estático de jurisdição do Supremo Tribunal, e sendo a competência, como ninguém discute, uma parcela ou medida desse poder, é curial não se poder falar em usurpação ou frustração de competência antes de que haja representação. A reclamação é, pois, um *non sense*" (RTJ, 59/336).

Após essa decisão do Supremo Tribunal Federal, inúmeras outras se sucederam no mesmo sentido, tais como as proferidas nas Reclamações nº 121-RJ (RTJ 100/954), nº 128-DF (RTJ 98/3) e nº 152-SP (DJ, de 11-5-83, p. 6.292).

Se esse entendimento hoje parece tranqüilo no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o mesmo não ocorre entre os doutrinadores, onde se encontram nomes do maior prestígio sustentando o ponto de vista de que o Procurador-Geral da República tem a obrigação inarredável de "encaminhar toda e qualquer representação que lhe seja endereçada, posição arrimada sinteticamente na argumentação de que não se pode alçar o Chefe do Ministério Público a uma altura tal que o habilite a dizer em última instância da ausência de inconstitucionalidade em ato normativo estadual ou federal, pela determinação, a que não lhe faltaria competência, do arquivamento da representação" (CELSO RIBEIRO BASTOS, *op. cit.*, p. 68).

Nessa mesma linha é o pensamento de PONTES DE MIRANDA quando afirma, com relação à chamada representação interventiva, que "O Procurador-Geral tem, não só a competência, mas o dever, segundo decorre, por exemplo, do art. 1º da Lei nº 4.337, de 1º de junho de 1964, de promover a decretação de inconstitucionalidade" (*Comentários à*

Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970, p. 44).

Idêntico é o entendimento do saudoso THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, cujo ponto de vista é de se reconhecer sobrevalorizado pela circunstância de que, na condição de Procurador-Geral da República, assim procedia, mesmo quando alimentava dúvida sobre a validade constitucional do ato impugnado.

De seus ensinamentos, vale lembrar estas passagens:

“O Procurador-Geral, quando se trata de representação, apenas opina quando não concorda com o pedido, mas não pode subtrair ao conhecimento do Tribunal a apreciação da representação. Quem julga é o Tribunal e não o Procurador.

Foi o que fizemos no caso de Pernambuco (Representação nº 95) quando o Interventor Federal naquele Estado encaminhou, por intermédio do Ministro da Justiça, ao Procurador-Geral, uma representação quanto à validade da substituição do Governador do Estado pelo Presidente da Assembléia, até o reconhecimento do Governador.

Opinamos, então, pela constitucionalidade do art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Estado, mas submetemos o caso (sem grande convicção) à apreciação do Supremo Tribunal.

As razões do nosso procedimento foram principalmente de natureza ética, pela impossibilidade de devolver ao Ministro da Justiça o seu ofício e pelo absurdo de admitirmos *a priori* que o nosso pronunciamento contra a representação era irrepreensível e, portanto, não deveria ser subtraído ao conhecimento do Tribunal” (*Do Controle da Constitucionalidade*. Rio, Forense, 1966, pp. 115/116).

Nessa vertente de pontos de vista, é de se destacar, pelo relevo da argumentação, o entendimento de CELSO RIBEIRO BASTOS, que tenta fundamentar a tese da obrigatoriedade do encaminhamento da representação, a partir do que ele considera uma visualização ampla do nosso sistema jurídico, político, constitucional, consagrando a federação e a tripartição dos Poderes, informada pela independência e harmonia em que devem conviver esses três órgãos da soberania nacional.

Para ele, a partir dessa visão totalizadora, forçoso é concluir pela inviabilidade de deixar-se inteiramente ao critério de um órgão, se bem que de elevada hierarquia, mas ainda assim um órgão do Poder Executivo, a ele submetido, e seu ocupante demissível *ad nutum*, a chave controladora do mecanismo deflagrador da ação de inconstitucionalidade, até porque ... a competência para exercer a ação direta não é um cheque em branco conferido ao Chefe do Ministério Público. De resto, convém notar, nenhum direito deferido aos agentes públicos se

submete a um tal regime, de desvinculação das finalidades em vista das quais ele foi instituído (*op. cit.*, pp. 69/70).

Em campo diametralmente oposto e em harmonia, portanto, com a orientação do Supremo Tribunal Federal, vale mencionar juristas do porte de ALFREDO BUZAD (*Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo, 1958, p. 110); JOSÉ LUIZ DE ANHAIA MELLO (*Os Princípios Constitucionais e a sua Proteção*, São Paulo, 1966, p. 24); JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (As partes na ação declaratória de inconstitucionalidade. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara*, vol. 13/67); CELSO AGRÍCOLA BARBI (Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil. *Revista cit.*, vol. 18/11, e *RDP*, vol. 4/40) e SÉRGIO FERRAZ (Contencioso constitucional, comentário a acórdão. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral*, cit., vol. 20/218) — oportunamente relacionados pelo Professor PAULO ROBERTO DE GOUVÊA MEDINA entre os que defendem a legitimidade do procedimento do Procurador-Geral da República quando determina o arquivamento das arguições de inconstitucionalidade submetidas a seu exame (*RDP* nº 16/170. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, abr./jun. 1971).

Em razão mesmo do inconformismo manifestado por alguns doutrinadores e pelos que têm sua pretensão desacolhida, deve o Procurador-Geral da República motivar sempre o despacho com que determina o arquivamento dos pedidos de arguição de inconstitucionalidade, para que a decisão proferida, conquanto contrária ao encaminhamento da representação, convença ou pelo menos tente convencer os que tiveram aquela pretensão contrariada.

Essa prática tem sido adotada pelos Procuradores-Gerais da República, seja pela publicação integral dos seus próprios despachos, seja pela publicação de despachos de aprovação de pareceres, devidamente identificados, proferidos pelos Procuradores da República nos pedidos de arguição de inconstitucionalidade endereçados ao Chefe do Ministério Público Federal.

Para finalizar, as palavras sábias de CALAMANDREI, que nós, membros do Ministério Público, temos gravadas na mente, para todos os momentos e situações de nosso afazer profissional:

“Entre todos os cargos judiciários, o mais difícil segundo me parece, é o do Ministério Público. Este, como sustentáculo da acusação, devia ser tão parcial como um advogado; e como guarda inflexível da lei, devia ser tão imparcial como um Juiz. Advogado sem paixão, Juiz sem imparcialidade, tal o absurdo psicológico, no qual o Ministério Público, se não adquirir o sentido do equilíbrio, se arrisca — momento a momento — a perder por amor da sinceridade a generosa combatividade do defensor; ou, por amor da polêmica, a objetividade sem paixão do magistrado” (*Elogio dos Juizes*).

Ministério Público

— sua gênese e sua história

JOSÉ DILERMANDO MEIRELES

Procurador-Geral da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

SUMÁRIO

- 1 — *Considerações preliminares*
- 2 — *Lineamentos: Roma*
- 3 — *Gênese: França de Felipe, o Belo*
- 4 — *Evolução histórica: Portugal e as Ordenações do Reino*
- 5 — *Brasil: período monárquico*
- 6 — *Período republicano: Campos Sales*
- 7 — *Os doutrinadores pátrios: César Salgado. Ministério Público, órgão do Estado*
- 8 — *Helly Lopes Meirelles: o Ministério Público, agente político*
- 9 — *A Reforma do Poder Judiciário de 1977*
- 10 — *A Lei Complementar nº 40/81: o Ministério Público, instituição nacional permanente*
- 11 — *Vedação de substituição no 2º grau por membros do Ministério Público do 1º grau*
- 12 — *Proibição do exercício da advocacia*
- 13 — *A Lei Complementar nº 40 e os procedimentos penais "ex officio"*
- 14 — *Ação civil pública: necessidade de uma definição*
- 15 — *Considerações finais: as novas perspectivas do Ministério Público*

1. Incontáveis são os resumos históricos do Ministério Público, entre pesquisadores pátrios e alienígenas. Do antigo Egito à França de Felipe — o Belo —, o estudioso vai encontrar, em todas as organizações estatais das civilizações antigas traços identificadores da instituição nascente, que paulatinamente ganhava contornos definitivos ao longo dos tempos.

À semelhança da grande nebulosa de LAPLACE, vinha essa massa informe carregada de embriões que se destacariam, ao correr dos anos, gerando entes jurídicos do poder estatal, os quais foram pouco a pouco sofrendo o processo de decantação e purificação histórica, até ganharem individualidade própria e contorno definido.

Entre esses embriões estava, certamente, o da administração da justiça, a princípio baseada na vingança privada e posteriormente transferida para a soberania estatal, e exercida por agentes do poder público.

CASTRO NUNES, em seu livro clássico — *Teoria e Prática do Poder Judiciário* —, com muita felicidade expressional, assim descreve o surgimento do órgão judiciário independente:

“A função de dizer o direito era, nos primórdios, uma função do rei ou, mais precisamente, do chefe despótico, que acumulava em suas mãos o poder de ditar a norma, executá-la e declarar o direito. Era a confusão dos três poderes, que só mais tarde se separaram, com os seus órgãos próprios . . . Mas o rei, como nota BENOIST, nem sempre exercia sozinho a função de dizer o direito. Era assessorado por áulicos ou conselheiros especializados que, participando do exercício do poder real, limitavam-no. Já então o poder de julgar, ainda que pertencente ao rei, não residia somente nele. Residia na união do rei e da corte ou conselho que o assistia. Com o andar dos tempos, o desenvolvimento das relações jurídicas e a especialização da função tornada cada vez mais técnica, esse corpo de profissionais veio a constituir uma magistratura a que o rei foi abandonando, pouco a pouco, o exercício da prerrogativa. Contribuiu para isso, nota LETOURNEAU, o princípio da infalibilidade real, que era incompatível com o direito de recorrer, só possível se, julgada a questão pelos funcionários do rei, a este se reservasse o direito de dizer a última palavra, o que, sem diminuir o prestígio da Coroa, deu origem ao direito de apelação como uma garantia maior para as partes. A função veio afinal a criar o órgão específico. O assessor cresceu e acabou por tomar, não mais um lugar junto ao rei, mas o lugar do rei.”

2. Seria fastidioso e totalmente despiciendo recordar aqui o que os doutrinadores escreveram a respeito da gênese do Ministério Público. Apenas para estruturação do discurso, permito-me uma ligeira remissão às fontes romanas, mesmo porque é de Roma que provém todo o majestoso edifício do direito ocidental.

MICHEL-LAURE RASSAT, em sua conhecida monografia intitulada *Le Ministère Public entre son Passé et son Avenir*, afiança-nos que várias origens tomadas ao direito romano têm sido apontadas. A cinco delas tem-se detido a maioria dos autores: os censores, fiscais gerais da moralidade romana; os defensores das cidades, criados para informar o imperador a respeito da exação de seus funcionários; os irenarcas, oficiais de polícia; os presidentes das questões perpétuas; enfim, os procuradores de César, instituídos pelos imperadores para gerir seus interesses.

Prossegue MICHEL RASSAT, que me permito interpretar em língua vernácula, pedindo escusas por eventuais desvios de tradução:

“Pode-se ainda ver a origem do Ministério Público em certos oficiais romanos encarregados, *stricto sensu*, de alguma sorte materialmente, de manter a ordem pública: os *irenarcas*, *curiosi*, *stationarii* ou *frumentarii*. Eram eles oficiais com atribuições de polícia, que deviam exercer uma fiscalização e levar ao conhecimento das autoridades superiores aquilo que de errado encontrassem. Os *frumentarii* andavam à procura de crimes como os soldados atrás dos delinquentes; os *curiosi* percorriam incessantemente as províncias, para levar ao conhecimento do imperador os abusos que descobrissem; os *stationarii* exerciam sem dúvida as mesmas funções em posto fixo; quanto aos *irenarcas*, parece que eram superiores hierárquicos dos *curiosi* e *stationarii*, mas isto não é admitido por todos e alguns crêem antes em uma concorrência entre eles. Deve-se assinalar, com efeito, que não sabemos senão muito pouco a respeito desta instituição e que ela permanece um tanto vaga, quer quanto ao entendimento dos poderes atribuídos a esses oficiais, quer quanto à sua importância. FAUSTIN HÉLIE acredita que os *curiosi* deviam limitar-se a denunciar aos tribunais os crimes que lhes chegassem ao conhecimento e que nada mais podiam além disso, nem mesmo ordenar a prisão dos criminosos; mas outros autores afirmam que eles podiam não apenas prender os culpados, mas também colher provas de sua culpa bem como promover a instrução do processo. A mesma incerteza reina quanto à sua posição no império. Para uns, são magistrados inferiores, agentes subalternos; para outros, magistrados poderosos, honrados e investidos de uma grande confiança da parte da lei. Tudo parece muito vago para que se possa tirar uma consequência qualquer quanto à origem do Ministério Público.”

Termina por assinalar:

“Estas diferentes hipóteses emitidas a propósito da origem do Ministério Público não merecem ser lembradas senão a título de memória, pois que, conforme dissemos, são elas praticamente rejeitadas pela doutrina inteira. Examinando, uma a uma, cada qual das principais hipóteses que apresentamos a respeito da origem romana do Ministério Público, mostramos que nenhuma apresenta uma instituição reunindo todos os atributos que competem hoje ao Ministério Público. Seria incorreto, no entanto, dissimular que elas todas têm uma parcela da verdade: os censores e os defensores das cidades têm certos aspectos de partes promoventes; os *irenarcas* poderiam ser os ancestrais dos oficiais de polícia judiciária; os presidentes das questões pode ser que tenham tido poderes que o Ministério Público moderno exerce em matéria de instrução preparatória; enfim, os *procuratores Caesaris* e os advogados do fisco respondem pelas funções do Ministério Público administrador. É certo, com efeito, que, com exceção da função de acusador público, no sentido pleno do termo, que supõe, para ser admitido, que se considere a coletividade como uma pessoa moral in-

dividualmente ferida por um delito cometido por um indivíduo em prejuízo de outro, concepção que requer um grau de maturidade jurídica jamais atingido pelos romanos, todas as outras atribuições do Ministério Público moderno se encontram nas instituições romanas.”

Para FRANCESCO CARRARA, na mesma linha de pensamento, o ofício do Ministério Público é resultante de um longo processo histórico. Ao ver-se privado do poder político, em consequência das usurpações do Império, dividido em duas classes, a dos patrícios, com todos os privilégios, e a dos plebeus, com todas as restrições, a plebe romana adormeceu na obediência passiva ao jugo dos governantes.

Nenhum cidadão, salvo os próprios ofendidos, quis mais assumir o arriscado ofício de acusar os delinquentes, o que deixava indefesa toda a comunidade. E, como vigorasse, com rigor, o preceito segundo o qual ninguém poderia ser perseguido pela prática de um delito se não houvesse quem o acusasse, a justiça sentiu a necessidade de um acusador, vindo o próprio juiz a fazer-lhe as vezes. Era o início do processo inquisitório, que cobriria toda a longa noite histórica da Idade Média.

Por outro lado — são agora palavras textuais de FRANCESCO CARRARA, na tradução de AZEVEDO FRANCESCHINI —, “não foi ainda então que se pôs em prática o conceito de um funcionário permanentemente encarregado de acusar os delinquentes, pois não há traços disso na instituição dos *curiosi* e dos *stationarii*, surgida no quarto século, com atribuições de mera polícia investigadora, nem nas ingerências dadas por JUSTINIANO aos bispos, no século VI, com atribuições de mera vigilância sobre os procedimentos penais e sobre os cárceres” (1).

É preciso convir, assim, em que a omissão apontada e posta em realce por esses dois insígnies mestres, MICHEL RASSAT e FRANCESCO CARRARA, isto é, a ausência da figura de um acusador público especial, no direito romano, basta para afastar de Roma o verdadeiro berço do Ministério Público, pois que, ainda hoje, essa continua sendo a atribuição mais característica e marcante de sua atividade funcional.

3. O nosso FREDERICO MARQUES, em sua recente obra *A Reforma do Poder Judiciário*, depois de afirmar que os chamados *Procuratores Caesaris*, do direito romano, órgãos mais de atividade administrativa, eram muito pouco assemelhados ao Ministério Público, conclui com FRANCISQUE GOYET:

“Os antecessores dos atuais promotores de justiça são os advogados e procuradores do rei (*les gens du roi*) que, antes do século XIV, eram apenas os representantes dos interesses privados do monarca perante os tribunais. O papel desses advogados e procuradores do rei foi gradativamente ampliando-se *pari passu* com o fortalecimento dos poderes dinásticos; e se tornaram eles, assim, agentes do poder público junto aos tribunais.”

(1) *Programa de Direito Criminal*, v. 2, p. 353.

Elege, desta maneira, a França de Felipe — o Belo —, como berço do Ministério Público, e a *Ordonnance* de 23 de março de 1303 como o registro de seu nascimento, não obstante assegure que a instituição somente veio a adquirir contornos definitivos com a Revolução francesa, sobretudo com o Código de Instrução Criminal de 1808.

O citado mestre italiano, FRANCESCO CARRARA, descreve com precisão lapidar o surgimento do órgão do Ministério Público no quadro das instituições públicas. Diz ele:

“Mas depois se foi introduzindo, em torno da justiça, uma categoria de pessoas que, sob o nome de procuradores, assumiram a função de representar os interesses das partes nas lides. E assim como todos os nobres vieram a ter o seu procurador junto aos tribunais, também os reis tiveram os seus. Ora, verifica-se que a partir da segunda metade do século XIV, estes procuradores do rei passaram da condição de simples agentes de negócios, a exercer uma função pública, investindo-se também da autoridade de acusar os delinquentes, sem que se conheça o momento preciso em que se originou tal uso, nem o primeiro documento que o validou. O fato é que, pelos fins do século XIV, encontram-se em vários países estes procuradores do rei, investidos do poder de levar os culpados à Justiça, sem embargo do silêncio da parte ofendida, e de solicitar a sua condenação, com específicas conclusões e requerimentos.”

No mesmo sentido, CÉSAR SALGADO, em sua excelente conferência sobre CAMPOS SALES, “o precursor da independência do Ministério Público do Brasil”, divulgada na íntegra em o nº 32, do 1º semestre de 1961, da revista *Justitia*, órgão do Ministério Público do Estado de São Paulo.

4. Da França, passou o Ministério Público para a Península Ibérica, dele tendo pela primeira vez tratado, em Portugal, segundo o testemunho de FREDERICO MARQUES (2), as Ordenações Manoelinas. Ali o Promotor “fazia as vezes do queixoso, substituindo-o, oferecendo o libelo e seguindo os mais termos da causa”.

5. De Portugal, essa ainda precária regulamentação foi transplantada para o Brasil, informando-nos MÁRIO TOBLAS FIGUEIRA DE MELLO (3) que, aqui, “a primeira lei relativa ao Ministério Público é de 7 de março de 1609, quando da criação do cargo de Procurador dos Feitos da Coroa, Fazenda e Fisco e o Promotor de Justiça”.

A evolução do Ministério Público no Brasil conta dois períodos bem distintos: o imperial e o republicano. No primeiro, o Ministério Público não chegou a ganhar características de instituição. Os seus agentes reduziam-se a meros prepostos do Poder Executivo, assinalando CÉSAR SALGADO (4) que “no

(2) *Elementos de Direito Processual Penal*, v. I, p. 91.

(3) *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, v. 33, p. 228.

(4) Conferência cit., p. 31.

período monárquico prevaleceu a norma do art. 22 da Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841, assim dispondo:

“Os Promotores Públicos serão nomeados e demitidos pelo Imperador, ou pelos Presidentes das Províncias.”

E o pior é que nem os juristas de maior sensibilidade e apuro científico se davam conta ainda da ontologia do Ministério Público e da consequência natural e lógica de sua independência jurídica, a tornar imperiosa a sua estabilidade.

Veja-se, por exemplo, como um jurista daquele tempo, do porte de um PIMENTA BUENO, se manifestava conformado com esse irregular e manifestamente equivocado conceito. São expressões textuais do nosso grande penalista do passado:

“Pelo que toca à nomeação e demissão de tais empregados, não pode haver dúvida alguma séria de que isso depende inteiramente do juízo do Governo. Ele é o representante da sociedade, o encarregado e o responsável pelos direitos, ordem e segurança da sociedade. Os membros do Ministério Público não são senão agentes seus, de sua escolha e confiança, são molas de sua autoridade, que devem ser conservadas ou destituídas, como ele entender conveniente ao serviço público” (5).

6. Estava reservada à República a elevação do Ministério Público à condição de instituição, cabendo a seu primeiro Ministro da Justiça, Manoel Ferraz de CAMPOS SALES, a autoria do documento legislativo que tornaria efetiva essa realidade.

Esse documento legislativo é o Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, o qual, tão próximo, no tempo, das idéias de PIMENTA BUENO, delas secularmente se apartava em matéria conceitual do Ministério Público, elevando-o a uma condição sem precedente no seu passado histórico.

Na Exposição de Motivos do Decreto nº 848, eis como se manifestou a respeito da instituição regulamentada o precursor de sua independência:

“O Ministério Público, instituição necessária em toda organização democrática e imposta pelas boas normas da justiça, está representado nas duas esferas da Justiça Federal. Depois do Procurador-Geral da República, vêm os Procuradores seccionais, isto é, um em cada Estado. Compete-lhe, em geral, velar pela execução das leis, decretos e regulamentos que devam ser aplicados pela Justiça federal e promover a ação pública onde ela convier. A sua independência foi devidamente resguardada” (6).

A partir daí, começa o processo evolutivo da instituição, no Brasil, que culminaria com a Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981.

(5) Apud CESAR SALGADO, *conf. cit.*, p. 32.

(6) Apud CESAR SALGADO, *conf. cit.*, p. 36.

7. Quatro anos depois da edição do Decreto nº 848, ou, mais precisamente, a 21 de dezembro de 1894, nascia em Pindamonhangaba, no Estado de São Paulo, filho de nobre estirpe bandeirante e quinto neto do nosso Anhanguera, o Dr. JOSÉ AUGUSTO CÉSAR SALGADO, figura de alto estofamento intelectual, social e moral, recentemente subtraída ao convívio humano, a quem estaria reservado um relevante papel na evolução institucional do Ministério Público.

Tão significativa e maiúscula é a presença desse mestre na formulação das novas idéias que compõem o quadro doutrinário atual da instituição, que não se pode falar em Ministério Público, no Brasil, sem prestar reverência à sua memória e, para aqueles que, como eu, tiveram a ventura de privar do seu convívio e desfrutar de sua amizade, prantear a sua insuperável ausência.

Com efeito, ingressando nos quadros do Ministério Público de São Paulo e exercendo, em seguida, por nomeação do Embaixador José Carlos de MACEDO SOARES, o cargo de Procurador-Geral da Justiça daquele grande Estado, a cujo posto, por seus altíssimos méritos, seria reconduzido por três vezes, pelos governadores Adhemar de Barros, Lucas Nogueira Garcez e Jânio da Silva Quadros, de 1945 a 1960, o Dr. CÉSAR SALGADO fundou a Associação Paulista do Ministério Público, a revista *Iustitia* e realizou os primeiros congressos nacionais e interamericano da entidade, provocando a meditação e o debate das grandes teses institucionais do Ministério Público.

Já aposentado, porém nunca na inatividade, CÉSAR SALGADO, valendo-se da colaboração de seu grande amigo e colega, Dr. JOSÉ JÚLIO GUIMARÃES LIMA, outro destacado paladino do Ministério Público, então no exercício da Procuradoria Geral da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, e do decisivo apoio recebido do Professor Alfredo Buzaid, então Ministro da Justiça, conseguiu que se realizasse em Brasília, no ano de 1972, o que talvez pudéssemos chamar de seu "canto do cisne": o IV CONGRESSO INTERAMERICANO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, que reuniu na Capital da República representantes da Instituição das três Américas e mais Portugal.

Esse congresso foi o mais importante certame cultural de que participei, não só pelo elevado nível dos trabalhos produzidos, quanto pela alta representatividade intelectual, política e social de seus membros, e ainda pelo esmero da organização, que recebeu o apoio das instalações, da infra-estrutura e da sofisticada cobertura do pessoal de tradução simultânea do Itamarati.

No primeiro Congresso Interamericano, que promoveu em São Paulo, no ano de 1954, CÉSAR SALGADO conseguiu aprovar uma tese institucional que recomendava o tratamento constitucional do Ministério como "órgão do Estado".

Era, como diz ele, "a rejeição expressa e expressiva do velho conceito do Promotor subordinado ao Poder Executivo". Essa conceituação é estabelecida sobre a teoria da organicidade, formulada por COMBA, assim exposta nas próprias palavras de CÉSAR SALGADO (7):

(7) *Arquivos*, do Min. da Justiça, v. 123, p. 228.

“Ultrapassada a velha concepção dos que viam no Ministério Público simples mandatário ou preposto do Poder Executivo, impunha-se defini-lo de acordo com a situação que lhe competia no quadro das instituições do Estado moderno. Já era tempo de situá-lo no lugar certo, “in the right place”, pois de outro modo não seria possível responder à pergunta sobre a sua exata posição. A resposta seria encontrada na “teoria da organicidade”, de COMBA, como bem o demonstrou GIUSEPPE SABATINI, ao reconhecer no Ministério Público as características de um órgão do Estado. Eis o ensinamento de COMBA em “Organo e rappresentanza nella dottrina degli enti collettivi”: “Deve-se entender a antítese entre organicidade e representação, tendo-se em mente que no vínculo de representação há dois sujeitos, um dos quais age em nome e no interesse do outro; os atos do representante são, materialmente, seus próprios, mas, formalmente, são atos do representado e seus efeitos recaem na pessoa deste; na relação de organicidade não mais se apresentam dois sujeitos, porém a identificação do órgão na pessoa jurídica, de modo que esta age imediatamente por si mesma; em substância, é a mesma pessoa jurídica decidindo e agindo pelos seus órgãos, os quais dela não se distinguem, mas lhe são partes integrantes; conseqüentemente, não pode existir contraposição entre órgãos e pessoa jurídica, porque aquele age como se fora a mesma pessoa jurídica.”

E prossegue o ilustre jurista:

“Estes conceitos, JELLINEK os resume numa síntese perfeita: “Atrás do representante, há outra pessoa; atrás do órgão não se vê ninguém”. Assim, o Ministério Público, órgão do Estado, com ele se confunde, e como outros órgãos estatais — segundo GIUSEPPE SABATINI em *Il Pubblico Ministero nel Diritto Processuale Penale* — “vive e se movimenta na pessoa jurídica do Estado, com autonomia de vontade, de objetivos e de poderes”.”

8. Em 1977, ao lançar a 4ª edição de seu *Direito Administrativo Brasileiro*, HELY LOPES MEIRELLES, nome tutelar de nossas letras jurídicas, publicista de escol e notável estudioso da doutrina do Ministério Público, formula a teoria do agente político, permitindo a inserção do Ministério Público na sistemática de nosso ordenamento jurídico, e facilitando, assim, sua passagem do campo teórico para o terreno prático. Esse pensamento, de certo modo, equivale a uma retomada das idéias filosóficas de CÉSAR SALGADO.

Vale ressaltar, com suas próprias palavras, a exposição de HELY LOPES MEIRELLES sobre o conceito de agente político:

“Como as atividades governamentais e administrativas são múltiplas e variadas, os órgãos que irão realizá-las se apresentam diferenciados na escala estatal, multiformes na sua estrutura e diversificados nas suas atribuições e funcionamento, procurando adaptar-se às especializadas funções que lhes são atribuídas. Daí a presença de órgãos

legislativos, executivos e judiciários; de órgãos de direção, deliberação, planejamento, assessoramento e execução; de órgãos superiores e inferiores; de órgãos centrais, regionais e locais; de órgãos administrativos, jurídicos e técnicos; de órgãos normativos e fiscalizadores; de órgãos simples e compostos; de órgãos singulares e colegiados; e tantos outros.

.....

“Quanto à posição estatal, ou seja, relativamente à posição ocupada pelos órgãos na escala governamental ou administrativa, eles se classificam em: independentes, autônomos, superiores e subalternos, como veremos a seguir.

Órgãos independentes são os originários da Constituição e representativos dos Poderes de Estado — Legislativo, Executivo e Judiciário — colocados no ápice da pirâmide governamental, sem qualquer subordinação hierárquica ou funcional, e só sujeitos aos controles constitucionais de um Poder pelo outro. Por isso, são também chamados órgãos primários do Estado. Esses órgãos detêm e exercem precipuamente as funções políticas, judiciais e quase-judiciais outorgadas diretamente pela Constituição, para serem desempenhadas pessoalmente por seus membros (agentes políticos, distintos de seus servidores que são agentes administrativos), segundo normas especiais e regimentais.

Nessa categoria se encontram as Corporações Legislativas (Congresso Nacional, Câmara dos Deputados, Senado Federal, Assembléias Legislativas, Câmara de Vereadores), as Chefias do Executivo (Presidência da República, Governadoria dos Estados e do Distrito Federal, Prefeituras Municipais), os Tribunais Judiciários e os Juízos singulares (Supremo Tribunal Federal, Tribunais Federais, Tribunais de Justiça e Alçada dos Estados-Membros, Tribunais do Júri, e Varas das Justiças Comum e Especiais). E de se incluir, ainda, nesta classe, o Ministério Público federal e estadual, e os Tribunais de Contas da União, dos Estados-Membros e Municípios, os quais, embora não sejam órgãos representativos dos Poderes a que pertencem, são funcionalmente independentes e seus membros integram a categoria dos agentes políticos, inconfundíveis com os funcionários das respectivas instituições.”

9. Nesse mesmo ano de 1977, elaborou o Chefe da Nação e encaminhou ao Congresso Nacional projeto de emenda constitucional para fins de implantação da reforma judiciária, calcada em diagnóstico feito pelo Supremo Tribunal Federal.

Como, no projeto de reforma, não se tivesse revelado maior interesse pela estruturação do Ministério Público, verificou-se, de logo, uma grande arremetida nacional da classe objetivando valer-se do ensejo para a oportuna definição constitucional da instituição.

Nada menos que 14 emendas foram apresentadas ao projeto, entre elas a de nº 32, elaborada pela Confederação Nacional do Ministério Público, e a de

n.º 21, de Brasília, coordenada pelo Procurador de Justiça — Gilvan Corrêa de Queiroz — cujo grupo tive a honra de compor.

Essa Emenda 21, que sensibilizou intensamente o Relator do Projeto de Reforma Judiciária, o saudoso Senador Accioly Filho, tinha por base a súmula das conclusões aprovadas pelo IV Congresso Interamericano do Ministério e que sintetizavam, não apenas o anseio nacional, mas o próprio pensamento continental sobre a instituição.

Objetivava inserir no corpo da Constituição as linhas estruturais básicas, doutrinariamente sedimentadas, da instituição do Ministério Público, no que concernia à sua definição institucional, funções, direitos e deveres de seus membros.

Procurava, por outro lado, ajustar-se ao esquema constitucional traçado para o Poder Judiciário, junto ao qual atua o Ministério Público porque, embora uma palavra autorizada, como a de FREDERICO MARQUES, afirme que o Ministério Público é órgão administrativo, porquanto não lhe compete dizer o direito e aplicar a lei, mas sim representar interesse do Estado junto ao Judiciário (8), mais exato, *data venia*, é o ensinamento de ALCINO SALAZAR (9), para quem:

“No caso do Ministério Público, a realidade é que sua atuação se desenvolve substancialmente na área do Poder Judiciário. Participa essencialmente da formação do ato jurisdicional. Supre no processo judicial a iniciativa que o Judiciário não tem. Sua missão é promover a execução da lei, tarefa justamente cometida ao Poder Judiciário. No quadro deste, pois, é que se dá enquadramento legítimo do Ministério Público.”

E acrescenta:

“O Poder Judiciário, sem o Ministério Público, fica incompleto. Não pode funcionar, enquanto se refere à Justiça Criminal e, quanto ao mais, ainda no tangente às suas mais importantes atribuições. É mais do que um órgão auxiliar ou de cooperação. É peça fundamental do sistema.”

Irmãos gêmeos, o Juiz e o Promotor tiveram berço comum. No juízo inquisitorial, que cobriu todo o longo período da Idade Média, vimos que estavam reunidos numa só pessoa. Tem-se, pois, que, na estreiteza da artificiosa e avara divisão monteusquiana dos Poderes do Estado, não se poderia deixar o Ministério Público senão onde historicamente sempre esteve, isto é, no setor que ficou encarregado da tarefa de administrar a justiça e que é o que compõe exatamente o Poder Judiciário.

10. Quando da apresentação da Emenda Constitucional 21, para a Reforma Judiciária de 1977, tivemos ensejo de chamar a atenção dos governantes para a necessidade e oportunidade da inserção do Ministério Público na Carta Magna,

(8) *Estudos de Direito Processual Penal*, p. 206.

(9) *Poder Judiciário — Bases para reorganização*, p. 263.

em moldes idênticos aos do Judiciário. Dissemos, então, na justificativa da emenda:

“Não pode ser mais oportuno o ensejo para que se enfrente a inadiável necessidade de definir os traços característicos da instituição do Ministério Público, cuja omissão é inadmissível em face de uma reforma judiciária em profundidade. Passada esta oportunidade, dificilmente outra ocasião se ensejará para um trabalho integral e profundo, como o a que se propõe o Governo brasileiro, no momento.”

A oportunidade, lamentavelmente, foi-se, a despeito da advertência. De todo o esforço despendido em 1977, restou apenas um único parágrafo, tirado da Emenda Constitucional nº 23, assim disposto:

“Lei complementar, de iniciativa do Presidente da República, estabelecerá normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual, observado o disposto no § 1º do artigo anterior” (10).

Não obstante a aparente singeleza dessa solitária norma constitucional, a verdade é que alterou ela, substancialmente, a conceituação do Ministério Público no Brasil, transformando-o de corporações isoladas e estanques, em instituição de caráter nacional.

Daí à Lei Complementar nº 40 foi apenas um passo, apesar da porfiada campanha de esclarecimento e persuasão que teve de ser desenvolvida, e que reuniu em Brasília, por repetidas vezes, representantes do Ministério Público de todos os Estados, num dos mais intensos e profícuos trabalhos de classe já desenvolvidos perante o Parlamento nacional.

Essa lei complementar define o Ministério Público como “instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado”. Eleva-o, deste modo, à mesma condição de essencialidade e permanência dos Poderes do Estado, ao lado do Executivo, do Legislativo, do Judiciário e das Forças Armadas.

Consagra, pela primeira vez, em texto expresso e direto, os princípios institucionais que há muito a doutrina já lhe havia reconhecido, ou seja, a unidade, a indivisibilidade e a autonomia funcional, apenas inferidos, os dois primeiros, do art. 28 do Código de Processo Penal.

Estabelece, igualmente, em norma expressa, como funções institucionais do Ministério Público, promover a ação penal pública e a ação civil pública, nos termos da lei.

Dá ao Procurador-Geral prerrogativas e representação de Secretário de Estado; aos membros do Ministério Público, em geral, o direito de assumir a direção de inquéritos policiais, onde não houver Delegado de carreira; e,

(10) Parágrafo único do art. 96 da CF, introduzido pela EC nº 7/77.

aos que atuam perante os Tribunais, o uso da palavra sempre e quando entenderem necessário, sem limite de tempo.

Institui para o membro do Ministério Público regime jurídico funcional especial, distinto do dos servidores públicos comuns; dá-lhe direito ao mesmo tratamento assegurado ao membro do Poder Judiciário perante o qual atue; assegura-lhe assento à direita dos Juizes de primeira instância ou do Presidente do Tribunal, Câmara ou Turma; impõe-lhe o dever de prestar assistência judiciária aos necessitados, onde não houver órgãos próprios e proíbe-lhe o exercício do comércio e da advocacia.

Veda o exercício das funções do Ministério Público a pessoas a ele estranhas e impõe a seu membro o dever de obedecer, em seus atos, a mesma formalidade exigida dos juizes na sentença, devendo fazer relatório e dar os fundamentos, em que analisará as questões de fato e de direito.

Nesse primeiro ano e meio de vigência, as maiores dificuldades de entendimento e de aplicação da nova lei têm sido quanto ao seu art. 10, que proíbe a designação de membro do Ministério Público de 1º grau para exercer as funções perante os Tribunais; a proibição do exercício da advocacia; a vedação do exercício das funções de Ministério Público a pessoas a ele estranhas, e a definição e regulamentação da ação civil pública.

11. Quanto ao art. 10, verificamos que, lamentavelmente, é preciso reconhecer ter ficado na lei examinada uma flagrante *contradictio in terminis*, que precisa o quanto antes ser dela expungida.

Com efeito, no seu art. 2º, consagra a Lei Complementar nº 40, como uma das suas maiores conquistas, o *princípio da unidade* e da *indivisibilidade* do Ministério Público. Segundo a excelente síntese do Professor JOSÉ FREDERICO MARQUES, "pelo princípio da unidade, todos os funcionários da instituição, disseminados por Juizados e Comarcas, constituem um só órgão sob uma só direção, enquanto que, pelo princípio da indivisibilidade, todas as pessoas que compõem o Ministério Público podem ser substituídas umas pelas outras" (11).

Lembrando HAUS, repete o festejado processualista que:

"Os funcionários da instituição constituem uma pessoa moral, um corpo de que eles são os membros e os órgãos. Cada um desses membros, quando exerce suas funções, não é um funcionário que requer ou que fala em seu nome pessoal, mas a instituição encarregada da *persecutio criminis*, que procede por intermédio de seus agentes para cumprir essa missão. Daí resulta que os componentes do ofício podem substituir-se uns aos outros, no exercício do Ministério comum."

E mais adiante, à página 47, detalha FREDERICO MARQUES:

"O princípio da unidade e indivisibilidade do Ministério Público está consagrado pelo art. 28 do Código de Processo Penal. Se o Pro-

(11) *Elementos de Direito Processual Penal*, v. 2, p. 46.

curador-Geral pode dar a denúncia em lugar do Promotor que funciona junto ao Juiz que não aceitou o arquivamento, estamos em face do princípio chamado da *devolução*, consistente na faculdade de um funcionário de grau superior poder exercer uma função atribuída a um funcionário de categoria inferior. Por outro lado, essa função, que fica atribuída ao Procurador, em virtude da devolução, pode ser incumbida a outro membro da carreira, de grau inferior ao Procurador, por força do princípio da *substituição*.”

Ora, se assim é, patente está o desacordo entre o art. 2º e o art. 10, não me parecendo possível a convivência pacífica e harmônica entre a *regra* e a *exceção* porque, no caso, a exceção anula a regra.

12. O segundo ponto que tem provocado celeuma é o concernente à proibição do exercício da advocacia. Durante muito tempo, nos congressos nacionais da entidade, foi discutida essa polêmica matéria. Notava-se que maioria expressiva dos integrantes do *Parquet* inclinava-se pela vedação pura e simples. Contudo, prevalecia sempre o argumento de que essa prerrogativa, assegurada ao membro do Ministério Público em alguns Estados, devia ser conservada como elemento de negociação nas futuras leis que tratassem da instituição.

Foi o que aconteceu. Inseridas no projeto da Lei Complementar nº 40, disposições que asseguravam aos membros do Ministério Público o mesmo tratamento remuneratório dos Juizes, entendeu-se chegado o momento de abrir mão do direito de advogar. E, nesses termos de equilíbrio compensatório, estava estruturada a mensagem que se transformou na lei votada pelo Congresso.

Ocorre que um veto inesperado retirou da lei a igualdade de tratamento remuneratório entre os membros do Ministério Público e os Juizes, conservando, porém, a vedação do exercício da advocacia. A insatisfação gerada por esse incidente fez com que vários integrantes da Corporação passassem a questionar pontos de aplicação do preceito.

O Conselho Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, provocado por membros do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, proferiu decisão, tendo como relator o Conselheiro Hélio Saboya Ribeiro dos Santos, cujo Acórdão ficou assim ementado:

“Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981. Incompatibilidade para o exercício da advocacia por parte dos membros do Ministério Público dos Estados. Só atinge aqueles que ingressaram na carreira após a edição do diploma legal que impôs a proibição. A lei que regula as condições de capacidade para o livre exercício de trabalho ou profissão (C. F., art. 153, § 23) é aquela vigente à época da licença, só alterável em virtude de modificações fáticas supervenientes. Direito adquirido dos membros do *Parquet* ao exercício da profissão de advogado, com os impedimentos que prevaleciam à época do seu ingresso no Ministério Público e de conformidade com o que se declare nas respectivas inscrições.”

Já o Supremo Tribunal Federal, examinando hipótese idêntica no Rec. Ext. nº 91.188-0-PB, tendo como Relator o Ministro José Carlos Moreira Alves, à luz do direito processual, assentou o seguinte entendimento, com o apoio unânime da Turma, embora antes da edição da Lei Complementar nº 40:

“Advocacia. Impedimento. Os impedimentos para advogar são os estabelecidos pela legislação federal que dispõe sobre as condições de capacidade para o exercício da advocacia (art. 8º, XVII, r, da Constituição federal). Impedimento a que alude a legislação estadual, de que o membro do Ministério Público do Estado-Membro advogasse, sob pena de perda do cargo público, não o impossibilita de advogar, mas pode torná-lo passível dessa punição administrativa. Inexistência de direito adquirido com base em legislação federal, na órbita de sua competência exclusiva, em face de legislação estadual, que observou, também, sua esfera de competência, uma vez que o conflito de leis no tempo, no qual se pode discutir a existência de direito adquirido, só ocorre entre leis que sejam competentes para disciplinar a mesma matéria, e o façam em momentos distintos e de forma colidente” (12).

Em Brasília, pronunciou-se, também, sobre o tema a Seccional da Ordem, entendendo que, não se aplicando ao Distrito Federal, senão no que couber, as disposições da Lei Complementar nº 40, enquanto não for ela regulamentada, haverá de continuar inalterada a situação dos membros do Ministério Público em relação ao direito de advogar.

13. Por último, o ponto que talvez tenha provocado maior celeuma é o alusivo à inteligência do art. 55, segundo o qual, “é vedado o exercício das funções do Ministério Público a pessoas a ele estranhas”.

Várias conseqüências se procurou tirar do texto, podendo-se apontar, entre elas, três, que seriam pelo menos as principais: a proibição da nomeação de Promotor *ad hoc*; a obrigatoriedade da escolha do Procurador-Geral entre os integrantes da carreira e a revogação tácita do procedimento penal *ex officio* nas contravenções penais e nos delitos culposos (Lei nº 4.611/65).

Quanto às duas primeiras conseqüências, parece não ter havido maiores debates nem contestações ou defecções. No tocante à última, porém, o assunto polemizou-se.

Nos Estados de Santa Catarina, Paraná, Rio Grande do Sul, São Paulo e Minas Gerais, começaram alguns membros do Ministério Público a questionar, em Juízo, a tese da exclusiva iniciativa do Ministério Público nas ações penais por crimes culposos e nas contravenções penais, de conformidade com Resolução do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais da Justiça, adotada em Belo Horizonte, em setembro de 1982.

(12) *Diário da Justiça*, de 19-10-79, p. 7.830.

O elemento histórico nos dá, assim, a primeira diretriz na interpretação da nova norma: PODER DE ANULAÇÃO DE ATOS LESIVOS AO INTERESSE E PATRIMÔNIO PÚBLICOS.

Sabemos, contudo, que, o que importa, na interpretação das leis, é a *mens legis*, e não a *mens legislatoris*. Daí podermos dizer que o interesse público e o patrimônio público já têm quem os defenda. De certo modo, até mesmo o Ministério Público o faz, através do seu poder fiscalizador do cumprimento da lei e, na esfera federal, com toda ênfase, pelos Procuradores da República.

Há, porém, outros setores que são carentes de tutela. São os interesses sociais e, principalmente, os interesses coletivos de certos grupos, modernamente denominados *direitos difusos*.

Civilizações mais adiantadas já têm trato com esses novos entes. Com o aumento populacional e a conseqüente complexidade da vida social, os direitos subjetivos vão se tornando cada vez mais preteridos.

Mais complexa e difícil, porém, se torna a tutela, quando as violações se dirigem contra uma coletividade difusa, não organizada juridicamente e, portanto, sem instrumental de defesa próprio e legítimo.

O assunto começa a ser estudado no Brasil. Não é minha intenção, nesta oportunidade, senão agitar o tema, para despertar a curiosidade dos estudiosos e provocar a meditação que haverá de construir a nova doutrina.

Conheci em Belo Horizonte, num dos fecundos encontros de Procuradores-Gerais, um jovem estudioso, Juiz do Tribunal de Alçada de Minas Gerais e Professor de Processo na Faculdade de Direito de Uberlândia, RONALDO CUNHA CAMPOS, que tem interessantíssimo ensaio sobre o momentoso tema.

Permito-me transmitir aos eminentes ouvintes e leitores algumas das reflexões do processualista mineiro.

Começa por conceituar os interesses coletivos difusos, dizendo tratar-se de interesses de grupos sociais, e não da simples soma dos indivíduos a integrá-los, desprovidos de via de acesso ao Judiciário. Difusos, porque disseminados por uma quantidade indefinida e, em princípio, indeterminável de indivíduos. O conjunto é móvel e sua composição se altera constantemente, como na hipótese de consumidores de um determinado produto.

E prossegue dizendo que os interesses de grupos sociais, notadamente os difusos acima referidos, esbarram em problemas como o da legitimidade para agir, garantias processuais do grupo e eficácia da decisão judicial.

Cuida-se de criar instrumentos adequados ao exercício da tutela jurisdicional dos grupos sociais nascidos da realidade advinda da sociedade de consumo.

Cumprir verificar se a ação civil pública mencionada no texto da Lei Complementar 40 se adequaria a solucionar a problemática enfocada.

MARQUES ainda ecoarão por muito tempo, antes que se dêem por encerrados os debates sobre a matéria:

“Nossos tribunais já deveriam ter banido, com o anátema da inconstitucionalidade, o procedimento sumário... Agora, em que a Lei Orgânico do Ministério Público vem proporcionar a excomunhão total do procedimento policial e do procedimento judicial *ex officio*, que vinham sendo tolerados, não se pode perder tão excelente oportunidade, para a consecução desse salutar saneamento do processo pátrio” (14).

Mesmo que, de *lege lata*, não se possa dizer abolido o procedimento penal *ex officio*, é preciso reconhecer ser ele uma excrescência, cujo convívio com o sistema acusatório é inadmissível. Daí a necessidade premente de sua abolição expressa, na reforma processual penal em curso, a fim de que o processo penal brasileiro se livre de tão marcante resíduo inquisitorial, que macula a pureza das instituições que estão se renovando pelas reformas em curso.

14. AÇÃO CIVIL PÚBLICA, eis a grande novidade da Lei Complementar nº 40. “São funções institucionais do Ministério Público promover a ação civil pública”, nos termos da lei, é o que consigna o art. 3º, inciso III.

Pelo que me foi possível apurar na ligeira pesquisa que empreendi para esta exposição, a primeira vez que apareceu o uso dessa expressão foi na Emenda nº 23, da Reforma Constitucional de abril de 1977.

Ali foi escrito:

“Incumbe privativamente ao Ministério Público, além de outras atribuições fixadas em lei:

III — a iniciativa da ação civil pública.”

E, na respectiva justificação, seu autor ou seus autores fizeram inserir a seguinte nota explicativa:

“Como novidade, a proposta fixa atribuições mínimas do Ministério Público e além das já atualmente existentes que são:

- a) a titularidade da ação penal pública;
- b) a titularidade da ação direta de declaração de inconstitucionalidade;
- c) a fiscalização da aplicação da lei; introduz mais uma, qual seja, a *iniciativa da ação civil pública*.

Trata-se de dotar o Ministério Público da possibilidade de ser titular das ações visando anular os atos lesivos ao interesse e patrimônio públicos” (15).

(14) *O Estado de S. Paulo*, 16-7-82.

(15) *Diário do Congresso*, de 5-12-76, p. 25 (Suplemento).

Entre as primeiras manifestações jurisprudenciais a respeito está a do Tribunal de Justiça do Paraná, aduzindo, com apoio em escólio do Professor FREDERICO MARQUES, “que tanto quis o legislador reservar somente para o Ministério Público a função de promover a ação penal pública, com a redação do art. 3.º, II, que a única ressalva à vedação de nomeação de elemento estranho à instituição, contida no parágrafo único do art. 55, diz com a possibilidade de funcionamento apenas no Juízo de casamentos e somente quando não houver Promotor mas, mesmo nesta hipótese, a indicação daquele fica sujeita à prévia autorização do Procurador-Geral”.

No mesmo sentido vieram outras decisões estaduais, inclusive do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com a seguinte ementa:

“A Lei Orgânica do Ministério Público, por seus arts. 3º, II, e 55, revogou dispositivos das leis ordinárias que conferiram à autoridade policial ou judiciária a iniciativa da ação penal nos processos contravençionais ou de rito sumário, atribuindo-a, exclusiva e privativamente, aos órgãos do Ministério Público” (13).

Levada a matéria ao Supremo Tribunal Federal, através do Recurso de *Habeas Corpus* nº 60.339-A, de Santa Catarina, a Excelsa Corte, por votação unânime dos integrantes de sua Segunda Turma e de que foi relator o Ministro José Carlos Moreira Alves, tomou posição contrária, fazendo lavrar a ementa abaixo transcrita:

“*Habeas Corpus*. Os arts. 3º, II, e 55, *caput*, da Lei Complementar nº 40/81 não revogaram a legislação anterior que atribui a iniciativa de certos processos penais ao juiz ou à autoridade policial, *ex officio*.”

A decisão do Supremo se louva, entre outras, na opinião doutrinária exposta pelo penalista e eminente integrante do Ministério Público de São Paulo, Professor DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, lançada nos seguintes termos:

“Não está escrito que só o Ministério Público pode iniciar a ação penal pública. Mas que a iniciativa da ação penal pública se inclui dentre as funções institucionais do Ministério Público. Nada impede que a iniciativa da ação penal pública se inclua dentre as funções institucionais de outra carreira. O que se impede é que pessoa estranha ao Ministério Público, nos casos em que este deva exercer algum mister público, faça-o em seu lugar. Quando a lei fala em pessoa estranha ao Ministério Público, certamente não está fazendo referência ao Juiz de Direito, ou ao Delegado de Polícia, mas ao leigo que, em alguns Estados do Brasil, vinha exercendo atividades funcionais a ele inerentes.”

Mas a própria Segunda Turma do Supremo reconhece que o assunto não é pacífico e, por isso, é de se esperar que as palavras candentes de FREDERICO

(13) Apelação Criminal nº 16.785.

E conclui CUNHA CAMPOS por entender que as pretensões de grupos sociais à abstenção de atos suscetíveis de provocar danos de difícil e incerta reparação ao meio ambiente, a defesa de danos causados a categorias de consumidores, lesados pela culposa deficiência de fabrico de determinado produto, poderiam encontrar na ação civil pública o veículo adequado ou pelo menos viável para o seu exercício.

De modo enfático, afirma:

“O Ministério Público como instituição poderia, idoneamente, patrocinar em Juízo a tutela dos interesses coletivos.”

Com apoio nesse ensaio, o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça baixou três resoluções: a *primeira*, recomendando aos órgãos do Ministério Público a fiscalização das leis de proteção à fauna, à flora e ao controle de poluição ambiental; a *segunda*, recomendando-lhes a execução, no Juízo Cível, das sentenças condenatórias, para efeito de reparação de dano às vítimas ou a seus beneficiários, quando pobres; e a *terceira*, recomendando-lhes a postulação da imposição da pena acessória no caso de delito de trânsito praticado com abuso de profissão, para que se torne efetivo instrumento de prevenção de acidentes.

São os primeiros frutos que se começa a colher da atual postura do Ministério Público, sob o novo modelo da Lei Complementar nº 40, obra monumental que se deve à clarividente ação do Ministro ABI-ACKEL e ao indormido trabalho parlamentar do Deputado NELSON MORRO.

15. Como acabamos de ver, a tendência do Ministério Público contemporâneo é ocupar os espaços vazios da tutela civil. Para isso, um campo inexplorado e vasto é a proteção e defesa dos direitos subjetivos de grupos, dentro de uma comunidade cada vez maior e onde as pressões são cada vez mais fortes.

Essa, ao que me parece, a futurologia da instituição. Estou confiante em que o investimento estatal no Ministério Público será penhor de segurança da comunidade nesse futuro incerto que nos aguarda.

Permito-me encerrar com as palavras de um grande companheiro dessas lutas todas, o Dr. JOÃO SEVERINO DE OLIVEIRA PERES, Ex-Procurador-Geral da Justiça de São Paulo, no encontro de despedida feito em Belo Horizonte, a 1º de março de 83:

“O Ministério Público é hoje uma nova instituição, graças ao movimento de conscientização nacional que culminou com a Lei Complementar nº 40/81. A experiência brasileira poderá trazer um modelo revolucionário de Ministério Público no continente americano. Por isso temos hoje um compromisso com o futuro: a defesa do Ministério Público renovado sob o comando de Mondercil Paulo de Moraes e Waldir Vieira. Estamos criando a ideologia do Ministério Público. E não há força mais vinculativa que os laços da ideologia”⁽¹⁶⁾.

(16) Ata do Conselho de Procuradores-Gerais.

Os sistemas legais e sua influência no direito educacional

EDIVALDO M. BOAVENTURA

Ph. D. Secretário de Estado da Educação e Cultura e Professor da Universidade Federal da Bahia

SUMÁRIO

- 1 — Introdução
- 2 — O contraste entre os sistemas legais
- 3 — O papel do Judiciário nos sistemas educacionais
- 4 — A legislação e a regulamentação do processo educacional
- 5 — O peso da doutrina e o prestígio dos pareceres dos Conselhos
- 6 — O espírito do direito continental nas manifestações do direito educacional brasileiro
- 7 — Conclusões
- 8 — Referências bibliográficas

1. Introdução

A literatura especializada indica alguns traços gerais da tradição dos sistemas legais na formação do direito educacional, especialmente a contribuição dos tribunais e da legislação. No particular, exame mais detido e direto será procedido sobre a influência do **civil law** e do **common law**. O objetivo explícito é ressaltar, pela comparação dessas duas tradições legais, as peculiaridades que a legislação de ensino tomou, e está tomando, no Brasil, com vistas ao seu desenvolvimento em direito educacional.

2. O contraste entre os sistemas legais

JOHN HENRY MERRYMAN, em *The Civil Law Tradition* (1969), distingue três tradições legais no mundo contemporâneo: civil-romana, **common law** e socialista.

A tradição legal do direito escrito, dedutivo, positivo — e positivista —, herdeira do direito romano, do direito canônico e do direito comercial, baseia-se, sobretudo, no sistema da lei-código, da lei originária do Legislativo como a fonte primária do direito. Dentro desse ponto de vista, Clóvis Bevilacqua (1955) exclamou: "A fonte imediata do direito é a lei."

Em contraste, a tradição do **common law**, da lei comum, é baseada no sistema da lei-caso, que opera pelo precedente, casuisticamente, pelo

stare decisis. Como bem assinalou um juiz da Suprema Corte, Benjamin N. Cardozo, em **The Nature of the Judicial Process** (1921): o direito comum (costumeiro) não opera por conclusões derivadas dedutivamente de verdades preestabelecidas de validade universal e inflexível. Seu método é indutivo, retirando dos particulares as suas generalizações.

A terceira tradição, a socialista, deriva, em grande parte, do direito continental, com formações muito próprias no que concerne ao direito de propriedade.

O Brasil se enquadra na tradição legal do direito escrito, como bem descreveu THERESA S. DAVIDSON, no estudo **The Brazilian inheritance of roman law (Brazil: Papers presented in the Institute for Brazilian Studies, 1953)**, juntamente com os países europeus continentais, como a França, a Alemanha, a Itália, e com os demais latino-americanos, Argentina e Chile. Os enclaves Louisiana, Quebec e Porto Rico seguem o direito continental, embora inseridos no mundo da "lei comum". O Reino Unido, os Estados Unidos e países outros da comunidade britânica de nações se integram no sistema do **common law**.

Evidentemente que nenhum sistema se desenvolve como um modelo uniforme e invariável, é a sábia ponderação de GORDERICH e JAN STEPAN (MORRIS L. COHEN, **How to Find the Law, 1976**; JACOBSTEIN e MERSKY, **Pollack's Fundamentals of Legal Research, 1973**)

Para abreviar este tópico sobre o contraste entre os dois sistemas legais, o problema não é tão-somente jurídico. Muito pelo contrário, tem diferenciações bem mais profundas que surgem dos fundamentos filosóficos do empirismo britânico e do racionalismo francês. Há, assim, "dois modos de pensar", com todas as conseqüências para a formação dos juristas, advogados e administradores de empresas, como percebeu JAMES BRYANT CONANT, nos seus encontros com a ciência e a educação, traduzidos por ANÍSIO TEIXEIRA (**Dois modos de pensar, 1968**; **Two Modes of Thought, 1964**).

Outrossim, importa aqui considerar as duas tradições legais como um quadro referencial das manifestações onde atuam as instituições do direito educacional, plenamente imbuídas, revestidas e implementadas nas estruturas que compõem os dois sistemas. Em especial, três aspectos se destacam: o papel do Judiciário, o caráter regulamentador da legislação e o peso da doutrina.

3. O papel do Judiciário nos sistemas educacionais

No sistema de ensino brasileiro, baseado no direito escrito continental, há reduzido papel do Judiciário na proteção dos direitos educacionais, enquanto que o Executivo, composto de organismos administrativos e normativos, tem maior presença no campo da educação.

A ausência maior ou menor do Judiciário, especialmente dos tribunais, pode ser melhor compreendida no contexto das duas tradições legais. A distinção crucial entre o **common law** e o **civil law** está na primazia, respectivamente, do caso judicial e da legislação. Legislação significando

a norma jurídica, incluindo Constituições, leis originárias ou delegadas pelo Legislativo, decretos-leis, decretos, portarias, resoluções e regulamentações. As decisões judiciais não são tidas como fontes primárias do direito e são muito menos importantes do que naquelas nações que seguem a tradição da "lei comum". Os juizes podem interpretar a lei, mas as suas decisões não se tornam normas. Na educação brasileira, o papel do Judiciário sendo reduzido, limita-se, na maior parte das vezes, à concessão do mandado de segurança em favor de alunos e professores. Pelo menos é o que se observa em alguns Estados.

No caso americano, tudo leva a pensar que o sistema da "lei comum" favorece a maior presença do Judiciário. O princípio do **stare decisis**, quer dizer, do precedente judicial, é observado obrigatoriamente e segundo o caso anterior. Na definição de SCHWARTZ, **stare decisis** — "the doctrine of adherence to the precedents laid down in decided cases" (**The Law in America**, 1974).

No que concerne à educação norte-americana, vários casos têm tido profunda e larga influência. Primeiramente, nos conflitos raciais, duas decisões mudaram por completo a situação do estudante negro. Em 1896, a Suprema Corte prolatou a decisão "Plessy versus Ferguson", segundo a qual o padrão "separate but equal" perdurou por mais de meio século. Somente em 1954, outra decisão, o famoso caso "Brown versus Board of Education", igualou estudantes pretos e brancos, facultando-lhes o uso das mesmas instalações escolares e lhes dando igual proteção legal com fundamento na emenda XIV da Constituição. Outros casos também ficaram célebres na proteção aos direitos educacionais, como o caso "Meyer versus Nebraska", sobre a proibição do ensino do alemão; o caso "Pierce versus Society of Sisters of Holy Names" que permitiu aos pais a escolha do colégio para os filhos; e o caso "Cochran versus Louisiana State Board", que firmou a "teoria de benefício da criança" e assegurou o uso dos recursos públicos para assistir crianças em escolas particulares (Bolmeier, 1973).

Não é da tradição jurídica brasileira o reconhecimento desses e de outros direitos educacionais por parte do Judiciário. As decisões dos juizes e tribunais pouco se envolvem com o processo educacional. Muito pelo contrário, elas tocam, tangencialmente, o mundo da educação.

4. A legislação e a regulamentação do processo educacional

Pelo sistema legal brasileiro, a legislação, partindo da Constituição federal, proporciona as bases jurídicas para a educação, regulamentando, dedutiva e minuciosamente, o processo educacional, em geral, e o processo ensino-aprendizagem, em particular.

A legislação não somente estrutura a administração, declara princípios e normas, mas também regulamenta rigidamente o currículo, o ano escolar, os conteúdos e a duração dos cursos. A Lei nº 5.692/71 é um brilhante exemplo da tendência regulamentadora da legislação, confirmando a rigidez curricular brasileira que tanto impressiona os estudiosos de educação comparada.

Uma manifestação do primado da lei é a tendência à codificação. Senão codificação ou consolidação, pelo menos, compilação. Em adição ao sentido clássico de código, como Código Civil, tem-se designado por "código" compilações de leis em muitos campos, como Código Tributário do Município. No direito educacional brasileiro, já há necessidade de compilações e alguns organismos vêm trabalhando nesse sentido, como o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais (**Informativo 01**, 1981). Um resultado desse projeto foi a publicação em dois volumes da **Ordenação em texto único das leis de diretrizes e bases da educação nacional e legislação conexa** (1983).

5. O peso da doutrina e o prestígio dos pareceres dos Conselhos

Além da reduzida interferência do Judiciário e da regulamentação excessiva da legislação, uma outra característica da tradição continental européia e latino-americana, no nascente direito educacional brasileiro, é o prestígio de que goza a doutrina.

PHANOR J. EDER, em **A Comparative Survey of Anglo-American and Latin-American Law** (1950), observa que, na tradição romana, a doutrina e os livros de autores renomados são fontes de direito, e algumas vezes até possuem mais autoridade do que as decisões dos tribunais. O direito americano, acentua EDER, não é o produto nem de jurisconsultos, nem de legisladores. Muito pelo contrário, ele brota da inteligência ou do caráter dos nossos grandes juizes. No mesmo sentido, o **scholar** de Harvard, ARTHUR T. VON MEHREN, nos seus estudos comparativos de direito, encerrados na monumental obra **The Civil Law System** (1957), afirma: "O direito comum é o monumento da atividade judicial do juiz do **common law**. Nem o legislador nem o mestre do direito criaram o **common law**". Vale a transcrição do trecho seguinte, de GODERICH e STEPAN MORRIS (MORRIS L. COHEN, 1976) sobre o contraste entre os dois sistemas:

"In the civil law system, extra-judicial scholarly legal writing, or doctrine, has a much greater weight than in the common law system. Under the common law, judicial law-making is an accepted and long established principle, while scholarly treatises are almost persuasive secondary sources. Under the civil law, however, treatises and commentaries by leading scholars are viewed as very important interpretations of statutory law" (p. 393).

A interpretação da lei pelos jurisconsultos sempre teve a maior aceitação no sistema do direito continental europeu. O direito romano, em parte, foi construção dos juristas, como CAIO e POMONIUS. O próprio **Corpus Juris Civilis Romanorum**, além de ter sido organizado por TRIBONIANO, continha uma parte doutrinária, o **Digesto**, síntese do pensamento dos jurisconsultos. Dentro dessa tradição, é comum um juiz fundamentar as decisões na doutrina. Para ilustrar a matéria, relatada essa possibilidade em aula de direito educacional, na Universidade Estadual da Pennsylvania, o espanto foi total. Para o americano, educado dentro do espírito jurisprudencial do **common law**, um juiz fundamentar-se em doutrina ou ponto de vista de um mestre do direito parece tremendamente estranho.

No nascente direito educacional brasileiro, a doutrina desempenha importante lugar. Importantíssimo, até. Duas evidências atestam o prestígio da doutrina na atual legislação do ensino. Primeiramente, o próprio Legislativo atribuiu ao Conselho Federal de Educação a função de intérprete, na sua jurisdição administrativa, da Lei federal nº 5.540/68 e das demais que fixam as diretrizes e bases da educação nacional, ressalvada a competência dos sistemas estaduais de ensino (art. 46, Lei nº 5.540/68). E, em segundo lugar, os pareceres doutrinários dos membros do Conselho Federal de Educação têm tido marcante influência em todo sistema educacional nacional e não somente no sistema federal. No nível estadual, a mesma tendência se confirma. O Conselho Estadual de Educação da Bahia, por exemplo, é o intérprete, no campo de sua competência e jurisdição, das leis de ensino (Lei estadual nº 3.095, de 26 de dezembro de 1972, art. 39, II). O parecer, estruturado em relatório, fundamentação, voto do relator e conclusão aprovada pela Câmara ou Comissão, é uma das formas de deliberação do Conselho Estadual (arts. 38, 39, VII). Assim, a opinião doutrinária do Conselho se reveste de força legal, como expressão da vontade coletiva do órgão colegiado.

6. O espírito do direito continental nas manifestações do direito educacional brasileiro

Finalmente, do contraste entre as duas tradições legais, pode-se inferir que, se a presença das decisões judiciais não é das mais atuantes, a legislação, por diversas formas, e a doutrina dos pareceres dos órgãos colegiados são vigentes no direito educacional em pleno período de formação.

7. Conclusões

1 — O nascente direito educacional brasileiro é constituído principalmente pela legislação e pela doutrina dos pareceres emanados dos Conselhos Federal e Estaduais de Educação. As decisões judiciais têm desempenhado reduzido papel na educação no Brasil.

2 — O ordenamento do direito educacional é formado por normas de caráter constitucional, legislativas, ordinárias e administrativas, em conformidade com os dois sistemas, federal e estadual de educação.

3 — A Constituição federal de 1967 diretamente forneceu os princípios para a organização, planejamento e execução dos serviços educacionais; além disso, pelos direitos e garantias individuais, proporcionam potencial de proteção aos direitos educacionais, permitindo o seu pleno exercício em juízo.

4 — Os problemas jurídicos mais freqüentes, resultantes do processo ensino-aprendizagem, dizem respeito ao aluno, ao professor e ao Estado, como principais partes dessa relação jurídico-pedagógica.

5 — O Direito da Educação, como disciplina acadêmica que venha a se constituir, forma, ao lado de outros mecanismos de políticas públicas, principalmente como defesa e proteção dos direitos educacionais, a serem

reconhecidos pelos poderes públicos e pela sociedade e exigidos judi-
ciariamente, inclusive, por dever ser a educação uma forma de justiça
social distributiva.

8. Referências bibliográficas

BAHIA. Leis, decretos, etc. Lei nº 3.095, de 26 de dezembro de 1972. Reorganiza a Secretaria da Educação e Cultura e dá outras provi-
dências. In: BAHIA. Secretaria da Educação e Cultura. Assessoria de
Planejamento. **Legislação da Secretaria da Educação e Cultura**. Salvador,
1982, pp. 17-37.

BEVILAQUA, Clovis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 7ª ed, Rio de Janeiro,
F. Alves, 1955.

BOLMEIER, Edward C. **Landmark Supreme Court Decisions on Public
School Issues**. Charlottesville, The Michie, 1973.

BRASIL. Leis, Decretos etc. **Ordenação em texto único da Lei de
Diretrizes e Bases da Educação Nacional e legislação conexas**. Comissão
elaboradora: João Batista Villela (presidente), Cleci Mayer, Esther de Fi-
gueiredo Ferraz, Moacir Expedito M. Vaz Guimarães e Xesis I/Cia. Amoedo
Passarinho. Brasília, Conselho Federal de Educação, INEP e Comissão de
Educação e Cultura da Câmara dos Deputados, 1983.

CARDOSO, Benjamin N. **The Nature of the Judicial Process**. New
Haven, Yale University Press, 1921.

COHEN, Morris L. ed. **How to Find the Law**. 7ª ed., St. Paul, West
Publishing, 1976.

CONANT, James Bryant. **Two Modes of Thought**. New York, Simon
and Schuster, 1964.

CONANTE, James Gryant. **Dois modos de pensar**. [Two modes of
thought]. Trad. ANISIO TEIXEIRA. São Paulo, Cia. Ed. Nacional, 1968.

CONSOLIDAÇÃO da Legislação Educacional. **Informativo 01**. Brasília,
Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais, 1981.

DAVIDSON, Theresa Scherrer; WATSON, James B; THOMAS, Earl W.
Brazil: Papers Presented in the Institute for Brazilian Studies. Nashville,
Vanderbilt University Press, 1953.

EDER, Phanor J. **A Comparative Survey of Anglo-American Law**. New
York University Press, 1950.

JACOBSTEIN, J. Miron & MERSKY, Roy M. **Pollack's Fundamentals of
Legal Research** 4ª ed, Mineola, The Foundation Press, 1973.

MEHREN, Arthur Taylor von. **The Civil Law System**. Englewood Cliffs,
Prentice-Hall, 1957.

MERRYMAN, John Henry. **The Civil Law Tradition**. Stanford Univer-
sity Press, 1969.

SCHWARTZ, Bernard. **The Law in America**. New York, American He-
ritage Publishing, 1974.

Direito à informação ambiental

PAULO AFFONSO LEME MACHADO

Promotor de Justiça em Piracicaba — SP.
Professor na UNESP — Rio Claro — SP.
MS em Direito Ambiental pela Universidade de Estrasburgo. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito do Meio Ambiente

1. *A informação na lei de política nacional do meio ambiente*

No momento em que o Governo Federal enviava ao Congresso Nacional seu projeto de lei da Política Nacional do Meio Ambiente, procurou a Sociedade Brasileira de Direito do Meio Ambiente não ficar inerte e omissa. Solicitou a Deputados federais e Senadores a proposição de diversas emendas. Entre elas foi apresentada a seguinte: “Os órgãos central, setoriais, seccionais e locais mencionados deverão fornecer os resultados das análises efetuadas e sua fundamentação”. Vieram a assinar essas emendas os Deputados federais Adhemar Ghisi, Ademar Santillo, Horácio Ortiz e Walter Silva, como, também, o Senador Passos Pôrto.

Constou da justificativa da emenda: “o controle da poluição ambiental ganhará em dinamismo e seriedade se os dados colhidos pelos organismos públicos não ficarem restritos aos meios administrativos. Com a medida proposta, cria-se oportunidade para as vítimas da poluição e, também, aos poluidores de tomarem conhecimento das análises levadas a efeito e de debaterem as conclusões com os responsáveis pelos órgãos de defesa do meio ambiente, melhorando o nível de informação dos que têm competência para decidir sobre esses temas. Os dados poderão servir, eventualmente, para embasar ações judiciais daqueles que entenderem tenham sido vulnerados seus direitos”.

Acentuamos em nosso *Direito Ambiental Brasileiro* (1) que “o relator do projeto na Comissão Mista do Congresso Nacional — Senador

(1) MACHADO, P. A. L. *Direito Ambiental Brasileiro*. Revista dos Tribunais, 1982. 315 p. — Les innovations juridiques dans la politique brésilienne de l'environnement. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. V. 2º, 1983, pp. 677-95.

Milton Cabral — acrescentou ao texto das emendas dos parlamentares referidos a parte final “quando solicitados por pessoa legitimamente interessada”. O acréscimo foi motivado pelo receio de que muitos poderiam solicitar a mesma informação, não havendo “condições de atender àqueles que realmente necessitam dessa providência”. Vê-se, pois, que a modificação introduzida não visou impedir ou dificultar a informação, mas ordená-la.

Todo cidadão, em princípio, é pessoa legitimamente interessada na qualidade do meio ambiente, que é patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo (art. 2º, I, da Lei nº 6.938/81). Como regra geral, a Administração Pública não tem o que ocultar e, por isso, a não ser que ela prove a ilegitimidade do solicitante, não poderá negar a informação. No enfoque da observância do direito da informação ambiental é preciso recordar-se que a administração existe para servir o administrado e não este àquela.

O art. 6º, § 3º, da Lei nº 6.938, inovou ao afirmar que os órgãos ambientais deverão fornecer as informações. Importa sublinhar o termo usado pela lei, pois não há uma faculdade ou possibilidade de ser prestada a informação, mas, um dever de informar.

Nas Jornadas sobre Meio Ambiente e Ordenamento Jurídico realizadas em Madri — 1983 (CIFCA — Nações Unidas), salientávamos que:

“Não basta assegurar-se o direito à informação ambiental perante as administrações. Assim afirmamos, pois o direito à informação se baseia na ação do informado. Isto é, quem está sendo vítima, ou pode ser vítima dos gravames ecológicos, ou vê a natureza em perigo é que deve enfrentar as naturais dificuldades de agir (peticionar, ir à repartição pública, enfrentar despesas etc.). Ora, no direito ambiental e em sua organização administrativa deve-se estabelecer, sem ambigüidades, uma dupla mão de direção: direito de informação e dever de informação.”

O preceito legal comentado não surgiu por obra do acaso, nem foi fruto da imaginação fértil ou futurista de quem ame a natureza. Plasmou-se esse artigo de lei, ao preconizar o dever de informação, na ocorrência concreta de arbitrariedades em organismos públicos ambientais, em que as informações eram sonegadas ou até diretamente negadas aos cidadãos ou às associações. Nos Estados Unidos da América, “em 1967, o Congresso aprovou a ‘Freedom of Information Act’, visando constranger todas as agências federais a tornar facilmente acessíveis a cada um as informações”. Em 1974, o Congresso modificou a lei: “impor sanções visando agilizar a coleta das informações”. É a realização do “government in the sunshine” (governo à luz do sol) (2).

(2) BYSE, C. Recenti sviluppi del diritto amministrativo negli Stati Uniti d'America. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. 1976, pp. 457-8.

A lei ambiental de 1981 não contém somente o mandamento determinante da informação. Não se trata aqui de publicação prévia, isto é, anterior à instalação e funcionamento das fontes poluidoras, tratada no art. 10, § 1º, da Lei nº 6.938/81. Neste trabalho analisa-se a publicidade *a posteriori*, ou seja, aquela que traz a lume os dados colhidos pela Administração em sua ação fiscalizadora. Diz quais as informações mínimas a serem transmitidas. Análises efetuadas “dizem respeito à colheita de dados que normalmente a Administração deve fazer, incluindo o hoje chamado monitoramento ambiental. Assim, no caso deste artigo (6º, § 3º) não se trata de pedido de perícias específicas feitas por pessoas interessadas. Objetiva o texto legal fazer com que as inspeções não fiquem nas gavetas da Administração.

Não pára aí, contudo, o alcance da lei ambiental. Não se trata de passar ao interessado meias informações ou dados transmitidos ao capricho de quem os transmite. Assinala AMEDEO POSTIGLIONE, juiz da Corte de Cassação da Itália, que “a informação para ser adequada deve possuir algumas qualidades como a inteireza, a tempestividade, a fácil acessibilidade, a imparcialidade: em uma palavra, o máximo possível de *verdade*” (3). O § 3º do art. 6º se refere a “análises efetuadas e sua fundamentação”. Não basta a Administração Ambiental analisar ou coletar dados e apontar resultados. O itinerário científico das análises deve ser mostrado aos interessados, sejam os proprietários da empresa, sejam as vítimas concretas ou potenciais do fato analisado. O termo “fundamentação” é de inegável valor jurídico, pois evita o arbítrio ou a leviandade das análises.

Informar a Administração que a água de tal trecho de um rio está boa ou inaceitável para beber não basta. Afirmar que o estado do ar é regular não preenche o direito à informação ambiental. A sociedade tem direito de saber os fundamentos desse resultado. Nem se diga que isso custaria despesas para a Administração, pois simplesmente se passariam dados que já foram obtidos, e que ensejaram o resultado.

Nos Estados Unidos da América “as informações requeridas apresentam uma grande gama de preocupações ambientais: estimativa das reservas naturais de gás, danos à saúde em operações industriais, deficiências nas inspeções de carnes, uso impróprio de pesticidas, adição de chumbo na gasolina, excessivos níveis de radiação em residências, acidentes em parques nacionais; falta de suprimento de água acarretando baixo nível nas hidrelétricas para proteção da pesca, poluição atmosférica de chumbo inalável, efeitos adversos de detergentes na qualidade da água e riscos associados com reatores nucleares” (4).

(3) POSTIGLIONE, A. *Diritto all'Ambiente*. Jovene, 1982, 366 pp.

(4) RODGERS JR., W. *Environmental Law*. St. Paul Minn, West Publishing Co., 1977, 955 pp.

O texto do parágrafo de lei merece ser estudado quanto aos destinatários dos dados ambientais. Transcreve-se o texto de lei: “os órgãos central, setoriais, seccionais e locais mencionados neste artigo deverão fornecer os resultados das análises efetuadas e sua fundamentação, quando solicitados por pessoa legitimamente interessada”.

A Administração Ambiental terá possibilidade de examinar se a pessoa — física ou jurídica — que pede a informação é portadora de interesse em receber a informação. Importa desde já sublinhar e não olvidar de que informação se trata. O preceito de lei não visou desvendar ou publicar segredo industrial ou abrir campo para a concorrência desleal. Não se pretende o tráfico da fórmula de produtos, nem se favorece a espionagem industrial. A informação em tela diz respeito à valorização e à preservação dos bens ambientais, que não pertencem somente à empresa cujo processo produtivo sofreu análise. A água que essa empresa consome não é somente dela, o ar em que ela lança resíduos não é propriedade privada da empresa, as ruas nas quais circulam os caminhões contendo cargas perigosas não são patrimônio dos produtores de cargas. São verdades elementares, mas que devem ser assentadas para o exame criterioso da legitimidade para se solicitar informação.

“Uma nova concepção doutrinária e um novo entendimento jurisprudencial tornam-se necessários em matéria de utilização dos bens de uso comum do povo. Cai por terra o princípio da presunção da legitimidade dos atos administrativos, pois a Administração Pública, na sua qualidade de gestora dos recursos naturais, tem obrigação jurídica de provar a consecução social desses atos” (5).

A prestação de contas da Administração Pública não se faz somente aos Tribunais de Contas. A publicidade rotineira e periódica dos atos administrativos é procedimento que possibilita essa tomada de contas por aqueles que são os destinatários da ação pública. Daí o acerto de HELY LOPES MEIRELLES ao afirmar:

“O inegável é que a moralidade administrativa integra o direito como elemento indissociável na sua aplicação e na sua finalidade.”

Cita um oportuno julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo em que se afirma:

“O controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo; mas por legalidade ou legitimidade

(5) MACHADO, P.A.L. Ato poluidor e administração. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 20 de novembro de 1983, p. 53 (Seção Tribunais).

se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo" (6).

Em abono dessa tese já citamos CLARK BYSE, que afirma:

"Os juízes que introduziram essa mutação devem ter percebido em relação a uma sociedade como a atual, industrializada e urbana — onde o cidadão depende sempre mais do outro para a satisfação das próprias necessidades e onde o Estado desempenha um papel sempre maior como "benfeitor" (serviço social, assistência e previdência, casa, transporte, educação) e como "administrador" — que novos mecanismos eram e são solicitados com o fim de tornar a burocracia responsável no confronto com os próprios cidadãos" (7).

Há três pólos na informação ambiental: o analisado, o Poder Público e quem recebe ou deve receber a informação. O analisado ou inspecionado — que pode ser empresa privada ou pública — passará as informações à Administração ou permitirá que esta as colha. Assim, será a Administração Pública ambiental primeiramente quem recebeu a informação. A Administração por sua vez não será retentora de todos os dados, contudo, será responsável pela quantidade e qualidade das informações que serão transmitidas ao público ou às pessoas que as solicitem.

Defrontando-se o Poder Público com um segredo industrial, a ele, isto é, a seus agentes, também caberá velar pelo seu respeito. Há responsabilidade civil e criminal dos agentes públicos. NEWTON SILVEIRA assinala que "o antigo Código da Propriedade Industrial de 1945, o Decreto-Lei nº 7.903, ainda está em vigor pelo atual Código da Propriedade Industrial" (8). Ressalte-se que o funcionário público ou quem exerça emprego ou função em entidade paraestatal (art. 327 do Código Penal) sofrerá também a incidência do crime de violação de sigilo funcional (art. 325, Código Penal).

Não se trata, contudo, de impedir a divulgação dos dados ambientais. O dever público dessa comunicação é levar em consideração todos os interesses presentes — os sociais e os privados —, pois o Poder Público não pode passar adiante as técnicas de um novo processo de fabricação. Contudo, se o agente público deixar de tomar providências diante das infrações de que se informe, estará prevaricando (crime do art. 319 do Código Penal).

(6) MEIRELLES H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 10ª ed. Revista dos Tribunais, 1984, 699 pp.

(7) BYSE, C. Ob. cit., pp. 475-8.

(8) SILVEIRA, N. Contratos de transferência de tecnologia. *Revista do Advogado*. N. 9, abr./jun. 1982, p. 41.

Dentre os destinatários naturais da informação administrativa em matéria ambiental está o Ministério Público dos Estados e da União. Note-se que tem havido uma contínua sonegação de dados para que essa instituição possa agir em matéria criminal, contravencional e, a partir de 1981, no campo civil da reparação do dano ecológico. A Administração não deve esperar, por força do art. 6º, § 3º, que se lhe requirite a informação, mas dela devem partir — como medida de rotina — informes ao Ministério Público. Evidentemente, cabe a essa instituição catalogar ou classificar os fatos, deixando, inclusive, aberta a via da ação penal privada subsidiária ambiental.

Oportuno acentuar que o Ministério Público poderá desempenhar também papel relevante no setor administrativo ambiental, como já apontamos (9). “Sem haver necessidade de criarem-se funções que reputamos altamente meritórias como a do “Ombudsman” dos países escandinavos, do “Médiateur” da França e do “Provedor de Justiça” de Portugal, é possível utilizar uma instituição mais antiga, que se renova e agiliza-se no sentido de ser autenticamente a Procuradoria da Sociedade”. Atente-se para a Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo (Lei Complementar nº 304/82), onde se possibilitou a criação de curadorias especializadas de meio ambiente. O Procurador-Geral da Justiça já as instituiu. Passo importante, que há de ser completado pelo esforço de especialização nesse setor, tarefa dos Grupos de Estudo e de uma reciclagem a ser institucionalizada, sob pena de o Ministério Público ficar à margem de um manifesto interesse social.

A Administração Pública ambiental não tem razão para colocar sob prévia suspeita de ilegitimidade o cidadão ou a associação que procura saber da qualidade do ambiente. Soma-se a prioridade do dever de informar com a possibilidade de pedir a informação. Insista-se, portanto, que o art. 6º, § 3º, da Lei nº 6.938/81 não colocou, nem expressa, nem implicitamente, qualquer pré-requisito ou condição prévia para se pedir a informação. Seria deturpar o pensamento do legislador, se se ficasse a discutir previamente se o solicitante tem ou não legítimo interesse, enquanto o ambiente fosse mais torpemente agredido com a sonegação da informação. As providências cautelares ou reparatórias — de natureza administrativa ou judicial — só terão eficácia se os interessados puderem solicitá-las em breve espaço de tempo. Entender o contrário é engendrar um simulacro de Administração, que fará o jogo e obedecerá às ordens dos poluidores.

A lei ambiental não limitou o direito da pessoa para se dirigir à Administração, contudo, não negou a esta a possibilidade de questionar o interesse do solicitante. Há diferença básica que insistimos em assi-

(9) MACHADO, P. A. L. Propuesta de un sistema orgánico para la gestión ambiental. *Ambiente y Recursos Naturales*. V. 2º, abr./jun. 1984, pp. 64-74.

nalar (e que terá importância quando se examinar o Regulamento): a Administração não presume e não pode presumir que o solicitante seja parte ilegítima. Não cabe ao solicitante o ônus da prova de que é legítimo, quando não se lhe increpa nenhuma ilegitimidade. “A emenda de 1974 encorajou ainda mais a revisão judicial das negativas acerca de informações providas das agências, impondo-se a elas o ônus de justificar a não liberação dos documentos na agência” (10) como se pode ver no direito norte-americano. Esse direito do administrado de dirigir-se à Administração, aliás, é anterior à lei de 1981, tem raízes constitucionais, como já assinalávamos em “Urbanismo e poluição — aspectos jurídicos” (11).

O direito de representação e petição aos Poderes Públicos “em defesa de direito” está assegurado pelo art. 153, § 30, da Emenda Constitucional nº 1/69:

“Ainda que pouco utilizado esse direito de fiscalização da Administração pelo particular, está presente no itinerário de nossas Constituições: a de 1967 no art. 150, § 30; a de 1946 no art. 141, § 37; a de 1937 no art. 122, § 7º; e a primeira Constituição Republicana previa o direito de representação no art. 72, § 9º”

2. O poder de regulamentar

Temos que inventariar as lições dos mestres sobre a matéria para, depois, entrarmos no texto do regulamento e especificamente no que ele dispõe sobre informação ambiental.

Na matéria versada o decreto foi expedido pelo Presidente da República. Cumpre, pois, examinar, desde já, a finalidade do regulamento.

O art. 81 da E. C. nº 1/69 afirma:

“Compete privativamente ao Presidente da República”: — item III — sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução.”

Vejamos os textos anteriores: a Constituição federal de 1967 prevê a matéria, com a mesma redação, em seu art. 83, II. No mesmo sentido a Constituição federal de 1946, em seu art. 87, I. A Constituição de 1937 afirma em seu art. 74: “Compete, privativamente, ao Presidente da República: a) sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e expedir decretos e regulamentos para a sua execução.” A Constituição de 1934

(10) RODGERS JR., W. Ob. cit.

(11) MACHADO, P. A. L. Urbanismo e poluição — aspectos jurídicos. *Revista dos Tribunais*. V. 469, nov. 1974, pp. 34-7.

em seu art. 56, 1º, tem a mesma redação da de 1946, 1967 e E. C. 1969. A Constituição federal de 1891 afirma em seu art. 48:

“Compete privativamente ao Presidente da República: 1º — sancionar, promulgar e fazer publicar as resoluções do Congresso; expedir decretos, instruções e regulamentos para a sua fiel execução.”

CARLOS MAXIMILIANO cita a fonte da Constituição de 1891, nesse aspecto, como sendo o “nº XII do art. 102 da Constituição Imperial, assim concebido: expedir os decretos, instruções e regulamentos adequados à boa execução das leis” (12). Assinala sobre o regulamento:

“O seu dever é cumprir, e não fazer a lei. Daí se deduzem, quanto ao poder regulamentar, várias restrições: a) não cria direitos, nem obrigações não estabelecidas implícita ou explicitamente em lei; b) não amplia, restringe ou modifica direitos, nem obrigações; c) fica inteiramente subordinado à lei. Não faculta, ordena ou proíbe senão o que ela, em termos amplos, facultou, ordenou ou proibiu; d) não extingue direitos, nem anula obrigações dos cidadãos em geral; e) limita-se a desenvolver os princípios e completar a sua dedução, a fim de facilitar o cumprimento das leis; não deve estabelecer princípios novos” (13).

O antigo Ministro do Supremo Tribunal Federal, JOÃO BARBALHO, pondera que “os regulamentos estabelecem regras e providências para a exata execução das leis” (14). EDUARDO ESPÍNOLA assinala que os regulamentos “não estabelecem novas regras, mas destinam-se a facilitar a execução das leis e só dentro destes limites têm a mesma força obrigatória dos atos legislativos a que se aplicam” (15).

Com exceção da Constituição de 1937, todas as demais do período republicano apontam não só a finalidade do regulamento de executar a lei, mas caracterizam que essa execução deve ser fiel. A adjetivação usada pelas Constituições não foi excessiva e nem inútil. Quando não se quis, não se usou, como na Constituição de 1937. Ora, ser fiel é ser “leal”, “verídico”, “exato”, “que não atraíçoa” (16).

(12) MAXIMILIANO, C. *Comentários à Constituição Brasileira*. Jacinto Ribeiro dos Santos, 1918, p. 489.

(13) MAXIMILIANO, C. *Ob. cit.*, pp. 493-4.

(14) BARBALHO, J. *Constituição Federal Brasileira*. Francisco Alves, 1907, p. 55.

(15) ESPÍNOLA, E. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 18 de setembro de 1946*. Freitas Bastos, 1952, v. 2º, p. 411.

(16) AULETE, C. *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa* (Parceria Antônio Maria Pereira Editor). 2ª ed., 1925, p. 1.053. TORRINHA, F. *Dicionário Português-Latino*. 2ª ed., Domingos Barreira, 1939, p. 581. *Novo Dicionário Brasileiro*. Melhoramentos, 1970, v. 6º, p. 53.

Não é faculdade do regulamento obedecer com exatidão e sem trações à lei. É um dever constitucional.

PONTES DE MIRANDA indica que, “onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos, não há regulamentos — há abuso do poder de regulamentar, invasão da competência do Poder Legislativo”. Tem-se visto o prurido de regulamentar ir à insânia de se reproduzirem, nos regulamentos, artigos e mais artigos da lei, sobrepondo-lhes, aqui e ali, frases que os interpretam restritiva ou ampliativamente. Tudo isso é inútil e perigoso” (17). “A pedra de toque, para verificar se não ultrapassam os regulamentos à fiel execução da lei, é a inovação: o regulamento não pode exigir obrigações que não estejam na lei, implícita ou explicitamente. Nada que não seja o processo, o modo, ou meio de fazer cumprida a lei sobre o que disponha o regulamento. Ir além é legislar” (18).

Ao tratar da função do regulamento, assinalava RUI BARBOSA:

“Precisamos de chegar por fim a esta convicção absoluta: não há para todos nós, não há para a sociedade, como não há para um país regularmente constituído, outra tranqüilidade senão a da lei, a ser observada por todos” (19).

Os administrativistas pátrios não dissentem dos ensinamentos expendidos. JOSÉ CRETTELLA JÚNIOR repete a lição de PONTES DE MIRANDA (20). HELY LOPES MEIRELLES constata que, “sendo o regulamento, na hierarquia das normas, ato inferior à lei, não a pode contrariar, nem restringir ou ampliar suas disposições” (21). OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO explicita que o regulamento “não cria, nem modifica e sequer extingue direitos e obrigações, senão nos termos da lei, isso porque o inovar originariamente na ordem jurídica consiste em matéria reservada à lei” (22). DIÓGENES GASPARINI aponta que os regulamentos “criam, é verdade, direito *ex novo* na medida em que se compatibilizam com a lei a que servem, para bem cumpri-la ou para permitir o seu fiel cumprimento sem, com tal amplitude, desatender ao princípio da legalidade”. Acrescenta: “suas disposições não podem estabelecer qualquer modificação ou alteração no estado ou nos direitos personalíssimos dos administrados”; e arremata: “a nulidade ocorre quando os

(17) MIRANDA, P. *Comentários à Constituição de 1946*. Henrique Cahen, 1947, v. 2º, p. 137.

(18) DÓRIA, A. S. *Direito Constitucional*. Max Limonad, tomo II, 1958, p. 580.

(19) BARBOSA, R. *Comentários à Constituição Brasileira*. Saraiva, 1933, p. 215.

(20) CRETTELLA JR., J. *Curso de Direito Administrativo*. Forense, 1977, p. 269.

(21) MEIRELLES, H. L. *Ob. cit.*

(22) MELLO, O. A. B. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Forense, 1969, v. 1º, p. 319.

regulamentos de execução ou delegados afrontam as leis que regulamentam” (23).

No direito estrangeiro vamos encontrar expressivas opiniões. RENATO ALESSI expõe que os “regulamentos de execução, pressupondo uma lei anterior que trate da matéria, não podem conter senão aquelas normas que sejam estritamente necessárias para a execução da lei a que se referem” e “não podem limitar a liberdade dos cidadãos além dos limites assinalados na legislação” (24). GEORGES VEDEL explica que a “lei não pode ser olhada como *culposa*, ao contrário do regulamento, que pode ser maculado de culpa, acarretando ela mesma a responsabilidade do Poder Público”. “O poder regulamentar se exerce para a execução das leis, no respeito das leis e nos domínios que o legislador consentir em deixar livres” (25). EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA e TOMÁS-RAMON FERNANDEZ afirmam “que, para preservar as leis frente às agressões ou usurpações de sua competência, que possam vir por parte dos regulamentos, é que o ordenamento jurídico estabelece para os regulamentos ilegais a sanção máxima de nulidade radical, que os faz inicial e perpetuamente ineficazes, *de pleno direito*, sem que se tenha que mediar para isso nenhuma ação prévia, nenhum pronunciamento de qualquer autoridade administrativa ou judicial”. Outra coisa seria “dar primazia aos regulamentos frente às leis, fazer estas subordinadas daqueles, o que suporia a mais grave transgressão das bases do ordenamento” (26).

A Constituição da nação argentina (1853) mostra o sentido da fidelidade do regulamento à lei, dizendo que o Presidente da Nação tem as seguintes atribuições (art. 86) — 2. “expede instruções e regulamentos que sejam necessários para a execução das leis da Nação, cuidando de não alterar seu espírito com exceções regulamentares”.

3. *O regulamento da lei de política nacional do meio ambiente*

Tivemos o ensejo de participar, com o Prof. Dr. Toshio Mukai, em nome da Sociedade Brasileira de Direito do Meio Ambiente, de intensos debates em Brasília e no Rio de Janeiro sobre a elaboração da minuta do decreto. Procurou-se abrir a discussão para o meio universitário, tendo sido designada comissão de professores do Instituto de Biociências “Campus de Rio Claro” — UNESP, para analisar e oferecer sugestões. O Prof. Paulo Nogueira Neto, Secretário do Meio Ambiente, ensejou essa maior participação. Esta, contudo, não quer dizer convalidação de desvirtuamentos, nem inércia perante imperfeições que ocorreram pela ação de pessoas sem visão global, mas unilateral, dos problemas.

(23) GASPARINI, D. *Poder de Regular*. Revista dos Tribunais, 1985, pp. 84-5.

(24) ALESSI, R. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Bosch, tomo I, 1970, p. 34.

(25) VEDEL, G. *Droit Administratif*. 6ª ed., Presses Universitaires de France, 1976, p. 42.

(26) ENTERRIA E. G. & FERNANDEZ T. R. *Curso de Derecho Administrativo*. 4ª ed., Civitas, 1983, p. 218.

“Inútil esconder”, afirma AMEDEO POSTIGLIONE — juiz da Suprema Corte de Cassação da Itália —, que a concepção de um direito ao ambiente, como direito à informação, defronta-se com fortísimos interesses econômicos e hábitos inveterados do corpo social” (27).

Não se conseguiu, portanto, em alguns tópicos do regulamento, a fidelidade à letra e ao espírito da Lei nº 6.938/81.

Disse o art. 17, § 2º, do Decreto nº 88.351, de 1º de junho de 1983 (publicado no *Diário Oficial* da União, de 3 de junho de 1983):

“Poderão ser requeridos aos órgãos central, setoriais, seccionais e locais, por pessoa física ou jurídica, que comprove legítimo interesse, os resultados das análises técnicas de que disponham, mediante o pagamento dos respectivos emolumentos.”

Há enfrentamentos diretos e sub-reptícios que o texto regulamentar faz à lei ambiental.

Salientemos que se elimina a expressão “deverão”, em que ficou caracterizada a obrigação de informar da Administração, como já foi dito neste trabalho. Inverte-se totalmente a posição do período, mostrando só o interessado dirigindo-se à Administração, como se essa tivesse o direito e o dever de ficar passiva na tarefa informativa. Mostre-se que o parágrafo analisado se inicia com “poderão ser requeridos”, quando o art. 6º, § 3º, da lei, se inicia: “Os órgãos... deverão”. Ora, para o leitor desavisado do regulamento passaria despercebida, por completo, a intenção e a letra da lei.

O regulamento coloca uma condição para requerer a informação ambiental — comprovação do legítimo interesse. Há uma diferença profunda entre a possibilidade de a Administração solicitar ou exigir a prova do legítimo interesse e a obrigação de provar esse interesse. Da maneira como o regulamento se posicionou, ele feriu dois direitos: o do administrado em se dirigir à Administração e desta de se relacionar com o administrado. Insista-se na diferença que se registra no regulamento: inova no sentido de restringir direito do administrado. A lei não exige condição prévia para se solicitar a informação ambiental e o regulamento contraria frontalmente a lei ao fazê-lo. Paralisa a ação do administrado, sem mesmo deixar à Administração analisar o teor do pedido. Procura o regulamento estancar a via administrativa na questão de exame de um pressuposto do pedido. Não é mero jogo de palavras: do modo como o regulamento se expressou, deixou a porta aberta para os que não desejam informar (tanto no seio da Administração, como da parte dos poluidores), utilizando-se de indeferimento

(27) POSTIGLIONE, A. Ob. cit.

in limine do pedido. Ora, como já se salientou neste estudo, a defesa do ambiente não pode esperar esse tipo de questionamento. Enquanto se gastar tempo na discussão ilegal a que o regulamento remete, atividades poluentes serão licenciadas ou ampliarão seus espaços, cargas poluidoras serão lançadas aos rios e à atmosfera, alimentos serão consumidos com doses persistentes de pesticidas, projetos se implantarão com vultosos gastos, deixando marcas de destruição ou de irreversibilidade.

O parágrafo enfocado suprimiu outra palavra contida na lei: a informação da fundamentação das análises. O regulamento prevê a informação somente dos "resultados". Para argumentar dir-se-ia que as análises pressupõem fundamentos. Mas, a esses fundamentos é que se quer chegar. Tomar conhecimento dos alicerces dos resultados se torna, muitas vezes, imperioso para se confrontar a veracidade ou a idoneidade dos resultados. Como já foi referido, não se preconiza a informação, quebrando o sigilo industrial (art. 17, § 3º, do regulamento). Mas, não é qualquer aceno de sigilosidade que pode truncar o direito à informação. Do contrário, seria patentear a ação administrativa como *cosa nostra* dos poluidores.

O regulamento prevê a cobrança de emolumentos para o fornecimento das informações. Como já foi apontado, a Administração Pública — no caso — deve transmitir informações que já colheu em sua atividade de rotineira fiscalização ou levada à ação por um evento extraordinário. Assim, o pedido de informação não acarreta novos ônus financeiros para a Administração. Seria somente duplicar documentos já existentes. Cobrar emolumentos onerosos para o administrado seria uma forma de impedir ou dificultar a informação que é de interesse geral.

Assinale-se, outrossim, fato que, por ser evidente, não perde a oportunidade de ser rememorado; quem pede a informação é a pessoa que já paga direta ou indiretamente através dos tributos à Administração informante. A cobrança não equacionada aos custos da transmissão das análises ambientais representa uma desobediência à Lei nº 6.938/81 e é, portanto, ilegal.

Diante da manifesta ilegalidade do art. 17, § 2º, do regulamento da lei de Política Nacional do Meio Ambiente, não se necessita de uma manifestação expressa do Poder Judiciário em cada caso. O magistério dos constitucionalistas e administrativistas mencionados põe a nu a ilegalidade das inovações introduzidas. Nulo de pleno direito esse parágrafo.

"Outra coisa seria dar primazia aos regulamentos frente às leis, fazer estas subordinadas daqueles", ignorar a vontade geral da sociedade em se desenvolver, com justiça. Aceitar o cerceamento apontado seria consagrar os ataques à saúde e aos recursos naturais como direito, seria afirmar que as gerações presentes não têm nenhuma responsabilidade para com as gerações futuras.

O tratado brasileiro-uruguaio de 1909 e a revisão, por razão de justiça, do tratado de limites de 1851.

HÉCTOR GROS ESPIELL

Doctor en Derecho. Asociación de Investigación y Especialización sobre Temas Iberoamericanos. Instituto Universitario Iberoamericano de Estudios Internacionales

Tradução do original espanhol por
ANTONIO OTAVIO SÁ RICARTE

— I —

A consagração, na Convenção de Viena sobre o Direito de Tratados, de um regime referente à nulidade destes — por erro (art. 48), dolo (art. 49), corrupção (art. 50), coação sobre o representante do Estado (art. 51), coação sobre o Estado pela ameaça ou uso de força (art. 52), ou por estar em oposição a uma norma imperativa de direito internacional geral (art. 53) — constituiu um progresso excepcional no desenvolvimento do direito das gentes.

Entretanto, este progresso — sem considerar o que possa resultar, no futuro, da interpretação e da evolução por que passe a hermenêutica dos arts. 53 e 64 da Convenção, relativos aos *jus cogens* —, não chegou, nem podia chegar, a provocar a revisão de tratados por causa ou por razão de injustiça ou de sua aplicação. A injustiça intrínseca que pode conter um tratado formalmente válido e juridicamente vigente ou a injustiça que possa resultar de sua aplicação — situação, esta última, totalmente distinta da mudança fundamental de circunstância que em certos casos podem-se alegar como causa para dar por terminado um tratado (art. 62) —, não é, no direito internacional, uma causa autônoma de nulidade. E isso é lógico. Além da enorme dificuldade de aplicar a complexa e, às vezes, imprecisa idéia de justiça a um caso concreto — levando em conta todas as circunstâncias de cada situação — para determinar se este valor foi violado em, ou por um tratado internacional, e a infinita diversidade de opiniões encontradas que se poderiam apresentar a este respeito, tem-se que compreender que no atual grau de evolução e desenvolvimento da Comunidade Internacional é impossível pensar que um órgão juris-

dicional possa chegar a anular um tratado com base na comprovação da injustiça que contenha ou da injustiça que surja de sua aplicação. Inclusive na ordem interna, apesar de suas diferenças com a ordem internacional, não é possível encontrar a injustiça como causa autônoma de nulidade dos contratos, mesmo que em alguns sistemas legais se possa encontrar motivos mais ou menos vinculados a ela, como por exemplo a lesão.

Se não é possível, portanto, no caso dos tratados internacionais, conceber, ainda hoje, a possibilidade de sua nulidade como consequência de seu conteúdo ou de sua aplicação injusta, chega-se à conclusão de que só é possível, pelo menos até este momento, pensar em anulação ou não aplicação de um tratado injusto, como consequência de um acordo de vontade das partes que, como resultado do reconhecimento comum desta injustiça, decidam extinguir ou deixar de lado a aplicação desse texto injusto.

O art. 19 do Pacto da Sociedade das Nações previa a possibilidade de revisão dos tratados (1). Naturalmente esta possibilidade, que se devia exercer dentro do marco do direito internacional vigente, isto é, mediante o acordo dos Estados-Partes (2), abria, em teoria, a perspectiva da eventualidade de revisão de um tratado por causa de sua injustiça mas processualmente isto só era possível se existisse um acordo das partes a respeito.

Embora a expressão "revisão de tratados" não esteja utilizada na Carta das Nações Unidas, entende-se que a competência da Assembléia Geral para "recomendar medidas para a resolução pacífica de qualquer situação, seja qual for sua origem...", que lhe atribui o art. 14 da Carta, inclui a possibilidade de recomendar a revisão de tratados (3), o que não somente é lógico, como também, em virtude de que o final do art. 14 se refira às "situações resultantes de uma violação das disposições desta Carta que enumera os Propósitos e Princípios das Nações Unidas", e a circunstância de que a justiça esteja mencionada entre os Propósitos e Princípios (arts. 1º, 2º e 2º.3), permite pensar que se possa chegar, eventualmente, a recomendar a revisão de um tratado injusto.

Se a justiça não é só objetivo ou fim do direito, como também seu conteúdo necessário, porque o direito é vontade de justiça (4), o acordo

(1) O texto do art. 19 dizia: "A Assembléia poderá convidar os Estados-Membros da Liga a proceder à revisão dos tratados que se tenham tornado inaplicáveis e daqueles convênios internacionais cuja manutenção possa ameaçar a paz do mundo."

(2) O caso do pedido de revisão, pela Bolívia, do Tratado com o Chile, de 1904, submetido à Assembléia da Liga em novembro de 1920, se baseou no art. 19 do Pacto. A Comissão de Juristas designada pela Assembléia (Manuel de Peralta, Vitério Scialoja e A. Struycken) declarou em 1921: "Que tal como foi apresentada, a demanda da Bolívia é inadmissível, pois a Assembléia da Sociedade das Nações não pode modificar por si mesma nenhum tratado; a modificação dos tratados é de exclusiva competência dos Estados contratantes" (RAUL BOTELLO GONSALVEZ. *Breve Historia del Litoral Boliviano*. La Paz, 1938, pp. 47-49; JOSÉ CARLOS MACEDO SOARES. *El Brasil y la Sociedad de Naciones*. Madrid, 1927, pp. 45 e ss.; LUIS ANTONIO MORZONE. *La Mediterraneidad Boliviana ante el Derecho Internacional, Posición Argentina*. Buenos Aires, 1979, pp. 65-85; GORDON IRELAND. *Boundary Possessions and Conflicts in South America*. Harvard, 1938, pp. 65-88; GORDON IRELAND. *Conflicts de Limites en Sudamérica*. Buenos Aires, 1942, pp. 115 e ss.; DANIEL SANCHEZ DE BUSTAMANTE. *Bolívia — Sus Derechos en el Pacífico*, 2ª ed., La Paz, 1978, pp. 166-167; LUIS BARRIOS BOR GORO. *La Cuestión del Pacífico y las Nuevas Orientaciones de Bolívia*. Santiago, 1922; CONRADO RIOS GALLARDO. *Después de la Paz*, Santiago, 1926).

(3) HANS KELSEN. *The Law of the United Nations*. Londres, 1951, p. 16; U.N.C.I.O., Doc. 748, transcrito em Kelsen, p. 16, nota 2.

(4) LUIS RECASÉNS SICHES. *Revisión sobre el problema del derecho in statu*, em *Antología Jurídica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1975, p. 319; ANTONIO GOMES ROBLEDO. *Meditación sobre la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1963, p. 9.

internacional de vontades para extinguir a existência ou os efeitos de um tratado injusto deveria ser considerado como uma das expressões mais louváveis e mais altas da ação internacional.

A idéia de justiça se integra ao direito internacional atual através do Preâmbulo (§ 3º), do § 1º do art. 1º e do art. 2º da Carta das Nações Unidas.

A inclusão da referência à justiça, como elemento necessário para o adequado cumprimento do princípio que obriga a solucionar as controvérsias internacionais por meios pacíficos, foi um triunfo latino-americano e de outros países pequenos, que lograram esta transcendente inclusão em São Francisco, modificando-se assim o projeto de Dumbarton Oaks (5).

Ademais, é essencial assinalar que o Preâmbulo da Carta, ao expressar que os povos das Nações Unidas estão resolvidos a “criar condições sob as quais se possa manter a justiça e o respeito às obrigações emanadas dos tratados e de outras fontes do direito internacional”, relaciona os conceitos de justiça com o respeito às obrigações emanadas dos tratados, com o que fornece uma base para encarar a questão da revisão dos tratados injustos, como já havia notado.

Entretanto, são muito poucos, na história do direito internacional, os casos em que a alegação da injustiça por uma parte e a aceitação expressa desta alegação pela outra tenham permitido pôr fim, de comum acordo, a um tratado injusto. As razões anteriormente expostas para mostrar a impossibilidade atual de que um tratado internacional seja anulado por razão de justiça acresce o predomínio da exigência de segurança jurídica — outro dos fins do direito — na sociedade internacional, fazendo com que tal resultado tampouco surja normalmente de uma negociação entre países. Ainda hoje, na embrionária comunidade internacional em que vivemos, a segurança jurídica prima sobre a justiça. GUSTAV RADBRUCH, em um belo estudo, nota que “justiça e segurança jurídica são os fins supremos do direito, mas não em uma linda harmonia, e sim em aguda luta de um contra o outro” (6). “O predomínio de um ou outro destes valores” agrega ele, “não se deixa determinar mediante uma norma supra-ordenada” — tal norma não existe — “mas somente em virtude da decisão responsável das épocas cambiantes” (7). E mesmo ainda hoje se pode supor que muitos Estados, levados por uma concepção já superada, entendem que extinguir um tratado, reconhecidamente injusto, inclusive por mútuo acordo, pode constituir, em princípio, um atentado à segurança jurídica. Esta relação atual — segurança-justiça — deve mudar, esperamos, no mundo de amanhã, em benefício do binômio justiça-segurança. Até hoje se antepõem, ao considerar uma situação como a que analisamos, as idéias de segurança e justiça, dando-se uma preeminência à primeira. No futuro, os termos da relação podem mudar. RADBRUCH mesmo, que escreveu os parágrafos anteriormente transcritos em 1938, agregava em 1946, logo após o fim da

(5) HANS KELSEN, *op. cit.*, Law and justice, pp. 16-19; LELAND M. GOODRICH e EDWARD HAMBRO, *Commentaire de la Charte des Nations Unies*, Neuchâtel, 1948, pp. 119 e 130; EDUARDO JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *Derecho Constitucional de las Naciones Unidas*, Madrid, 1958, pp. 38-41; Declaração do Representante do Panamá, Dr. RICARDO J. ALFARO, em São Francisco, U.N.C.I.O., v. 6, pp. 471-472.

(6) GUSTAV RADBRUCH, *El fin del derecho*, *Anuario del Instituto Internacional de Filosofía del Derecho*, 1937-1938, reproduzido em *El Hombre y el Derecho*. Buenos Aires, 1980, p. 101.

(7) RADBRUCH, *art. cit.*, p. 119.

terrível experiência nazista e da Segunda Guerra Mundial — eventos que provocaram uma modificação significativa em seu pensamento sobre o assunto: “devemos buscar a justiça, mas ao mesmo tempo atentar para a segurança jurídica, já que é ela mesma uma parte da justiça” (8). Não pode haver segurança jurídica sem justiça, e por isso é que se há que reconhecer que um tratado injusto põe em perigo a segurança.

Por isso a afirmação de EAGLETON de que na Carta das Nações Unidas, e especialmente com respeito às competências do Conselho de Segurança, “a segurança está colocada acima da justiça” (9), não é certa nem se ajusta a uma interpretação correta da Carta. Responde, como diz JIMÉNEZ DE ARECHAGA, aos resquícios de reação crítica que provocou o anteprojeto da Carta — as propostas de Dumbarton Oaks —, mas não a Carta tal como foi aprovada (10).

Segurança e justiça, no direito internacional atual, do mesmo modo que na teoria geral do direito, não se opõem, mas, ao contrário, se integram recíproca e necessariamente. Mas, com respeito ao caso concreto de revisão de tratados, ainda estamos no início de um longo processo.

Em uma comunidade internacional mais evoluída, integrada e organizada que a atual, a aplicação da idéia de justiça a casos como o de que tratamos, isto é, como fundamento para um acordo de vontades estatais dirigido a extinguir um ato injusto, não constitui um perigo para a segurança jurídica, mas, ao contrário, uma reafirmação desta segurança, que não é concebível fora do âmbito da justiça.

Não se pode esquecer que a justiça é condição e pressuposto da paz, e que, portanto, a manutenção de uma situação injusta, derivada de um tratado, constitui um elemento que atenta permanentemente contra a paz, provocando assim a ruptura violenta da ordem que se pretende manter.

Com todas as dificuldades que são inerentes ao precisar o conceito de justiça — dificuldades tantas vezes mencionadas na doutrina —, não se pode negar que esta seja um valor que se reconheça e individualize além de qualquer definição e que inclusive aqueles que mais duramente combatem sua aplicação na teoria jurídica reconhecem, em algumas de suas obras, que, sem um objetivo de justiça e de paz, não se pode conceber o direito nem a organização internacional (11), como também o afirma o § 1º do art. 1º e o § 3º do art. 2º da Carta das Nações Unidas.

Até hoje, entretanto, são muito poucos os casos que podem ser citados de um tratado internacional extinto por acordo das partes devido à sua justiça.

Entre estes raros exemplos merece ser recordado o Tratado uruguaio-brasileiro de 1909, que pôs fim ao regime fronteiriço entre o Brasil e o

(8) *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, art. cit., p. 141.

(9) *The jurisdiction of the security Council over disputes*, *American Journal of International Law*, 1946, p. 513.

(10) *Op. cit.*, p. 38.

(11) Especialmente HANS KELSEN, em sua difundida obra *¿Que é la Justicia?* Veja uma enumeração das muitas obras do jurista vienense relativas a este tema em José Fuente Egido, *La Teoría Pura del Derecho y la Ciencia del Derecho Internacional*, Madrid, 1962, p. 25, nota 1.

Uruguai na lagoa Mirim e no rio Jaguarão, que havia sido estabelecido pelo injusto Tratado de 12 de outubro de 1851, especialmente porque impunha uma anormal desigualdade entre as duas partes ⁽¹²⁾.

O caso merece não ser esquecido pelo precedente que implica, pelo que significa como expressão real e concreta da idéia de solidariedade na América Latina e como manifestação de reconhecimento aos governantes e diplomatas, brasileiros e uruguaios, que negociaram e concluíram este tratado de 1909 e, em especial, ao Barão do Rio Branco, então Ministro das Relações Exteriores do Brasil.

— II —

A fronteira entre o Brasil e o Uruguai, naturalmente incluindo a parte relativa à lagoa Mirim e ao rio Jaguarão, foi fixada pelo tratado de limites de 12 de outubro de 1851 ⁽¹³⁾.

Este tratado, um dos cinco tratados de 1851 entre a República Oriental do Uruguai e o Império do Brasil, foi negociado em tristes e peremptórias circunstâncias e constituiu um dos instrumentos internacionais que o Governo de Montevidéu concluiu com a Corte do Rio de Janeiro para lograr a aliança e o apoio militar e econômico desta no conflito bélico que enfrentava com o Governo da Confederação Argentina e com o Governo do Cerrito, que dominava nesse momento todo o território uruguaio, com exceção da cidade de Montevidéu. Deste modo, o tratado de limites de 12 de outubro de 1851 integrou o conjunto de convenções que, ao tornar possível a aliança entre Montevidéu, Entre Rios, e o Império, determinaram o fim do regime de Rosas na Argentina e de Oribe no território oriental. Naturalmente, o “estado de necessidade”, ou pelo menos a angustiada e imperativa exigência do Governo de Montevidéu de conseguir a aliança brasileira, única forma de terminar com a Guerra Grande, que desde 1842 enfrentava contra Buenos Aires e Oribe, tiveram como iniludível contrapartida a aceitação de um tratado de limites — negociado junto com os outros por André Llamas no Rio de Janeiro — que significava para a República Oriental não só a renúncia expressa e formal de territórios tradicionalmente reclamados, como também uma situação de desigualdade e de injustiça, até no que se refere ao novo regime fronteiriço que o tratado estabelecia.

O Uruguai nasceu à vida independente sem fronteiras claras, definidas, fixadas precisamente e delimitadas. Com efeito, os arts. 12 e 13 da Convenção Preliminar de Paz de 28 de agosto de 1828 entre as Províncias Unidas do Rio da Prata e o Império do Brasil — negociada com a mediação da Inglaterra, e do qual surgiu internacionalmente, como Estado livre e independente, a República Oriental do Uruguai — expressavam somente que as tropas argentinas se retirariam “à margem direita do rio da Prata

(12) HANS Kelsen. *La Paz por Medio del Derecho*. Buenos Aires, 1946; *Derecho y Paz en las Relaciones Internacionales*. México, 1943.

(13) La médula de la justicia es la idea de igualdad (RADBRUCH. *Introducción a la Filosofía del Derecho* México, 1955, p. 31).

e do Uruguai”, e que as tropas brasileiras fariam o mesmo “para as fronteiras do Império” (14).

A incerteza fronteiriça entre 1828 e 1851 — já que o Tratado definitivo de Paz entre o Império e as Províncias Unidas, que sem dúvida determinaria os limites do Uruguai, embora estivesse previsto na Convenção Preliminar de Paz, não chegou nunca a celebrar-se, e como a Constituição uruguaia de 1830 nada dizia a respeito das fronteiras do Estado Oriental, e não se celebraram, nem antes nem durante a Guerra Grande (1842-1851), tratados de limites (15), apesar da existência de múltiplas missões, gestões e negociações (16) — não fazia esquecer a tradicional reclamação uruguaia de territórios situados mais ao norte dos rios Quareim e Jaguarão. Se bem que estas aspirações podiam já ser consideradas superadas em 1851 — levando em conta a situação de fato resultante dos avanços portugueses em direção ao sul a partir de 1801, e os lamentáveis acordos de 1819 e de 1821, na época da Província Cisplatina (17) —, era, sem embargo, injusto, lesivo, humilhante, e, ademais, inaceitável, o regime imposto pelo Tratado de limites de 12 de outubro de 1851 a respeito do regime fronteiriço da lagoa Mirim e do rio Jaguarão.

Com efeito, o art. 3º deste tratado estabelecia: “1) . . . a linha divisória circulará a margem ocidental da lagoa Mirim na altura das maiores águas até a desembocadura do Jaguarão; 2) da desembocadura do Jaguarão seguirá a linha pela margem direita deste rio . . .”. Assim se impunha o absurdo critério de uma costa fluvial “seca” (18), isto é, o Uruguai não tinha direito sobre uma parte do espelho de água e do subsolo da lagoa Mirim e do rio Jaguarão.

Ademais, o art. 4º do tratado, depois de estabelecer que o Brasil se encontrava em posse exclusiva do direito de navegação nesta lagoa e neste rio, acrescentava que a República Oriental cedia “ao Brasil, em toda soberania, para o indicado fim, isto é, para a consecução de seu direito de navegação exclusiva, meia légua de terreno em uma das margens da emboca-

- (14) O texto pode ser encontrado em CARLOS VILA SERÉ. *Recopilación de Actas para el Estudio de Nuestros Límites Internacionales*. Montevideú, Biblioteca General Artigas, v. 38, t. III, pp. 149-152.
- (15) Sobre a indefinição limítrofe do novo Estado na Convenção Preliminar de Paz e sua relação com o art. 7.º desta e as propostas na Assembléa Constituinte e Legislativa de 1829, para que a Constituição se referisse à questão dos limites do Estado, veja JUAN E. PIVEL DEVOTO. *El Nacimiento de la República*. Montevideú, 1971, p. 14.
- (16) A Convenção Provisória de Irene-Amba de 25 de dezembro de 1828 entre Frutuoso Rivera e Sebastião Barreto Pereira para a determinação da linha provisória entre as forças brasileiras e argentinas, como consequência da Convenção Preliminar de Paz de 1828, não pode ser considerada um tratado limítrofe. V. seu texto em CARLOS VILA SERÉ, *op. cit.*, pp. 64-66.
- (17) Missões de Carlos G. Villademoros ao Rio de Janeiro, em 1837; Missão do Coronel Zeyes ao Rio de Janeiro, em 1838. Missão de Francisco Magarinos ao Rio de Janeiro, em 1845. Todos os textos das instruções a estes enviados incluem menção à questão fundamental de limites, e podem ser encontrados em VILA SERÉ, *op. cit.*, pp. 79, 95 e 129. V. também a opinião sobre “límites” do Conselho de Estado do Império, *op. cit.*, p. 144.
- (18) Pelo art. 1.º do Tratado de 12 de outubro de 1851 o Uruguai renunciava à aplicação, para a fixação de suas fronteiras com o Brasil, do Tratado de Santo Idelfonso, “última demarcação praticada no tempo dos espanhóis”, ao qual havia feito reserva no Tratado de Incorporação da província Cisplatina ao Reino de Portugal, Brasil e Algarves, de 1821, e o Brasil, por seu turno, renunciava ao limite do rio Arapel — muito mais ao sul que o Quareim — referido no Acordo de 30 de janeiro de 1819, entre o Cabido de Montevideú e as autoridades de ocupação portuguesas. Sobre os aspectos jurídicos desta questão, veja EDUARDO JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *Curso de Direito Internacional Público*, t. 2, Os Estados e seu domínio, Montevideú, 1961, pp. 444 e ss. Para os aspectos históricos, veja EDUARDO ACEVEDO. *Manual de História Uruguaia*, 2.ª ed., Montevideú, 1936, pp. 86 e ss.; JUAN E. PIVEL DEVOTO. *História de la República Oriental del Uruguay, 1830-1930*, Montevideú, MCMXLV, pp. 191 e ss.; ARIOSTO D. GONZÁLEZ. *Estudio Preliminar e los Escritos de Andrés Bliamas*, t. 3, Instituto Histórico y Geográfico del Uruguay, Montevideú, 1952, pp. XXXII e ss.

dura do Cebolati, que fosse designada pelo comissário do Governo imperial; e outra meia légua em uma das margens do Taquarim, designada do mesmo modo, podendo o Governo imperial mandar fazer nesses terrenos todas as obras e fortificações que julgasse convenientes”.

O regime era, na verdade, monstruosamente injusto e humilhante.

Tão grande foi a oposição no Uruguai que se questionou a ratificação do Tratado (19). Ante a gravidade da situação, e com a mediação argentina, se logrou um acordo, concluído em 1852, pelo qual o Brasil aceitou modificar o art. 3º (suprimindo as palavras que indicavam que o limite seria o de maior altura das águas da Lagoa) e o art. 4º, em que se refere à cessão de território nas desembocaduras dos rios Cebolati e Taquarim. Este tratado, de 15 de maio de 1852, cujas ratificações se trocaram em 13 de julho de 1852, com a garantia argentina, datada de 19 de maio de 1852, de que seriam ratificados por ambas as partes os tratados de 1851, foi ratificado pelo Uruguai em 5 de julho de 1852. Pouco depois, foi ratificado pelo Uruguai o Tratado de Limites de 1851. A Assembléa Geral, ao dar sua aprovação para a ratificação do tratado de 15 de maio de 1852, modificatório do de 1851, o fez com a salvaguarda de que o aprovava “com a esperança de ulteriores modificações que pusessem de acordo as estipulações dos Tratados de 12 de outubro de 1851 com os verdadeiros interesses da República” (20).

— III —

Deste modo o Tratado de 1851 havia dado origem a imediatos protestos, interpretações e salvaguardas.

Aprovado e ratificado depois de assinado pelo Governo de fato de Joaquim Suarez, não se conseguiu calar a Oposição diante de seus termos desiguais e lesivos.

Nesse mesmo ano, um intercâmbio de notas — que já anteriormente citamos — precisou a interpretação do art. 4º para impedir uma hermenêutica que tornasse possível o uso, pelo Brasil, dos terrenos concedidos nas desembocaduras do Taquarim e do Cebolati, como pontos estratégicos ofensivos em caso de guerra, e que também modificou o art. 3º (21).

Logo veio o processo de negociação, que culminou com o Tratado de 1852, a que já fizemos menção, e que tornou possível a entrada em vigência do de 1851.

As negociações com o Brasil, dirigidas a retificar os aspectos mais injustos deste tratado de limites de 1851, nunca foram interrompidas. Assim, em 1877, foi assinado Tratado de Comércio e Navegação, que encarava a possibilidade de modificar o regime de navegação na lagoa Mirim e no rio Jaguarão, abrindo-os aos barcos orientais. Mas este tratado — que não

(19) Por notas intercambiadas no Rio de Janeiro em 3 e 31 de dezembro de 1851, os artigos 3 e 4 do Tratado foram interpretados de modo que tentava diminuir a oposição à ratificação. Ver textos em VILA SERÉ, *op. cit.*, pp. 161-165.

(20) Esta fórmula está incluída no *caput* da Lei nº 296, de 15 de maio de 1852, que aprovou o tratado de modificações, previamente à ratificação pelo Poder Executivo, em 5 de julho. O texto do tratado de 1852, com a garantia argentina, e também o texto da lei de ratificação de 1852, estão em VILA SERÉ, *op. cit.* pp. 165-169.

(21) EDUARDO JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *op. cit.*, p. 452; VILA SERÉ, *op. cit.*, pp. 161-165.

mudava o essencial, mas se limitava a reconhecer, “em princípio”, a mútua conveniência para o comércio, a indústria e as boas relações dos dois países, de abrir, por concessão do Brasil, a navegação da lagoa Mirim e do rio Jaguarão à bandeira da República Oriental do Uruguai, o que seria objeto de “negociação ulterior” — não chegou a ser ratificado.

— IV —

A injustiça, e sobretudo as condições em que se assinaram os tratados de 1851, fizeram com que não só o Governo Oriental buscasse sua modificação — embora reconhecendo quase sempre sua existência — como também que, em uma ocasião, defendesse e declarasse sua nulidade.

Em dezembro de 1864, com os navios brasileiros bloqueando o rio Uruguai, com a cidade de Paissandu sitiada e bombardeada pelas tropas revolucionárias do General Flores, auxiliadas pela esquadra imperial e por uma divisão brasileira, o Presidente Atanasio Aguirre ditou um decreto que declarava “rompidos, nulos e cancelados os tratados de 12 de outubro de 1851 e suas modificações arrancadas violentamente à República pelo Império do Brasil” (22).

A Guerra “Civil” terminou com a paz de 20 de fevereiro de 1865, subscrita também por José Maria da Silva Paranhos, Ministro do Brasil. Era o triunfo completo do General Flores, elevado a “Governador Provisório por influência brasileira” (23).

Nesse contexto era evidente que o novo Governo uruguaio teria que considerar nulo o decreto de Aguirre, de dezembro de 1864, e, em consequência, plenamente válido e vigente o Tratado de Limites de 12 de outubro de 1851. Como também não se pode esquecer que em 1º de maio de 1865 foi assinado o Tratado da Tríplice Aliança, entre o Uruguai — governado agora pelo General Flores, que devia pagar sua dívida com o Brasil —, a Confederação Argentina e o Império do Brasil, para empreender a guerra contra o Paraguai.

— V —

Não temos que seguir o largo processo das negociações para obter a modificação do Tratado de 1851. As missões de Vasquez Sagastume em 1878, de Carlos Maria Ramirez em 1887, as gestões de Blas Vidal, de Manuel Herrero y Espinosa em 1890, e a de Carlos de Castro em 1895, terminaram em tristes fracassos (24). Além do mais, o Brasil, é justo reconhecer, embora não tenha acedido às demandas orientais, nunca teve uma posição hermética e inflexível (25). Pelo contrário, mostrava que além da liberdade de navegação para os uriguaiois, “a linha divisória deveria continuar desde a desembocadura do Jaguarão, pelo meio da Lagoa, até frente ao nascimento do Chuí, seguindo as águas até o Oceano” (26).

(22) JUAN E. PIVEL DEVOTO, *op. cit.*, p. 352.

(23) JUAN E. PIVEL DEVOTO, *op. cit.*, p. 354.

(24) V. seu pormenorizado relato em JUAN JOSÉ DE AMÉZAGA, *op. cit.*, pp. 18-39.

(25) A. G. DE ARAÚJO JORGE. *Introdução às obras do Barão do Rio Branco*. Rio de Janeiro, 1945, cap. VII, *Fronteira Brasileiro-uruguaia na lagoa Mirim e no rio Jaguarão*, pp. 190-192.

(26) PINTO DA ROCHA, *O Tratado de Condomínio*. Porto Alegre, 1910, p. 110, citado por CARLOS CARVAJAL, *Nuestro Dominio Fluvial en los Tratados Internacionales*, Montevideo, 1937, p. 128.

Mas, apesar do desalento pelas sucessivas frustrações, o Governo uruguaio não parou em seu empenho em revisar a questão.

Em 1907, apenas iniciada sua presidência, o novo governante do Uruguai, Claudio Williman, resolveu — de acordo com o então Ministro das Relações Exteriores de seu país, Jacobo Varela — confiar a Carlos Maria de Pena a tarefa de tentar uma exploração confidencial, junto à Chancelaria brasileira, para determinar que perspectivas havia para iniciar uma nova negociação.

Neste momento se inicia o processo que levaria ao feliz termo da questão.

É justo reconhecer que o caminho já estava aberto porque, desde 1902, o Barão pensava em uma fórmula que corrigisse a injustiça da solução adotada pelo Tratado de limites de 1851, que constituía o único exemplo, em todos os casos de rios ou cursos de água limítrofes do Brasil, em que este se beneficiava de um regime que negava à outra parte um setor do espelho de água correspondente e a liberdade de navegação. Esta desigualdade, este regime “anacrônico”, como o chamou Araújo Jorge, entre a fórmula de 1851 e todas as outras, constitutiva de uma injustiça, já tinha provocado a meditação no espírito justiceiro do Barão do Rio Branco⁽²⁷⁾. Por isso o Brasil, movido pelo espírito inteligente e justo de seu Ministro das Relações Exteriores, ademais de sua habilidade política e diplomática, adiantou-se em formular inicialmente a questão, antecipando-se a qualquer proposta formal do Uruguai.

— VI —

As instruções de Carlos Maria de Pena, enviado em missão especial pelo Governo uruguaio, consistiam em “explorar as dificuldades que existiam e as soluções que pudessem ser estabelecidas: a) sobre a livre navegação e plena jurisdição da lagoa Mirim e seus afluentes...”.

O enviado especial chegou ao Rio de Janeiro em novembro de 1907 e, depois de ter uma audiência com o Barão, pôde comunicar telegraficamente “que os resultados de sua missão eram satisfatórios”.

No informe que o Dr. Pena redigiu quando regressou a Montevideú disse que da audiência que teve com o Barão no Palácio do Catete resultou:

“Que era possível fazer uma declaração, plena e espontânea, por parte do Brasil, que devolvesse à República Oriental sua jurisdição naquelas águas limítrofes; que trabalharia nesse sentido, e desejava fazer a declaração na oportunidade devida, com o concurso dos homens políticos de seu país, e sem que se possa considerar como compensação de cousa alguma; que falaria com seus amigos, de cuja cooperação necessitava e, especialmente, com o Sr. Senador Pinheiro Machado; que tudo isto obrigaria a uma retificação dos limites de que se tratava; mas ele desejava fazer, acima de tudo, por parte do Brasil, uma declaração tão ampla quanto espontânea.”

(27) A. G. DE ARAÚJO JORGE, *op. cit.*, p. 194.

Em seguida, diz ainda:

“O Sr. Barão, na audiência que tivemos, depois do banquete no Hotel Alexandria, tornou a ratificar-me o manifestado na entrevista do Palácio do Catete, e me confirmou a cooperação decidida de seus amigos e do Sr. Senador Pinheiro Machado, reiterando-me que se faria, pelo Brasil, uma declaração ampla e espontânea sobre a jurisdição plena na lagoa e seus afluentes. E, como eu desejava transmitir algo ao Governo, me disse: “Peço sobre isto a necessária reserva, e para a declaração se deve esperar a devida oportunidade. Pode ser questão de alguns meses, se as cousas nossas forem bem; mas, para o êxito, reitero-lhe reserva.”

Ao final da entrevista o Ministro das Relações Exteriores do Brasil expressou que:

“o propósito que ele vinha perseguindo era o de uma manifestação espontânea sem sombra de compensação alguma, desde que o Brasil o faria, em seu juízo, como princípio de justiça internacional”.

Pela primeira vez se buscava, assim, uma solução para um problema essencial, uma questão limítrofe que lesionava a dignidade da República Oriental do Uruguai, como consequência de sua intrínseca injustiça.

A questão se manteve em estrita reserva durante alguns meses, até que o Ministro do Brasil em Montevidéu, Sr. Cunha, confirmou ao Ministro das Relações Exteriores do Uruguai, Antonio Bachini — que tinha sucedido a Jacobo Varela —, e ao Presidente Williman, os propósitos do Barão do Rio Branco e o estado dos trabalhos empreendidos para reconhecer espontaneamente à República Oriental a plena jurisdição das águas limítrofes que lhe correspondiam.

Em outubro de 1908 o Barão do Rio Branco entregou ao Ministério do Uruguai o projeto de tratado elaborado pela Chancelaria brasileira.

Este projeto estabelecia, em seu art. 1º, que a República dos Estados Unidos do Brasil cedia à República Oriental do Uruguai a parte da lagoa Mirim compreendida entre o arroio de São Miguel e o rio Jaguarão, na forma determinada no art. 3º, e a parte do Jaguarão compreendida entre sua margem direita e a linha divisória fixada no art. 4º. O art. 2º dizia que a cessão dos direitos de soberania do Brasil, baseados, no início, na posse adquirida e mantida, desde 1801 das águas e navegação da lagoa Mirim e do rio Jaguarão, e depois estabelecidos e confirmados pelos pactos de 1851, 1852 e 1853, seria efetuada nas seguintes condições, que a República Oriental do Uruguai aceitava: 1º) salvo acordo posterior, somente as embarcações uruguaias e brasileiras poderiam navegar e comerciar nas águas da lagoa Mirim e do rio Jaguarão e seus afluentes; 2º) respeito aos direitos reais adquiridos nas ilhas e ilhotas que pertenceram ao Brasil desde aquela época e que passam a pertencer à República Oriental do Uruguai; 3º) proibição de estabelecer fortificações e baterias nas águas fronteiriças.

O art. 3º determinava a forma de dividir as águas da lagoa Mirim e todo ele aparece inspirado no mais amplo espírito de justiça.

O art. 4º era mais discutível. Estava redigido da seguinte forma: desde a desembocadura do Jaguarão subirá a fronteira pelo talvegue desse rio, desviando-se apenas o bastante para que o Brasil conserve a ilha de Diniz, e logo voltando ao talvegue, continuará por este até a altura do arroio Lagões, na margem esquerda. Desde esse ponto até acima à linha divisória seguirá a distância média das margens do Jaguarão.

O art. 5º se referia à nomeação de comissões demarcatórias de limites, e o art. 6º estabelecia que a navegação na lagoa Mirim e no rio Jaguarão ficaria aberta aos navios mercantes das duas nações, e que para os navios uruguaios ficaria também aberto o tráfego entre o oceano e a lagoa Mirim pelas águas brasileiras do rio São Gonçalo, da lagoa dos Patos e da barra do Rio Grande, ficando submetidas as embarcações uruguaias e brasileiras, nas águas jurisdicionais de cada uma das duas Repúblicas, aos regulamentos fiscais e de polícia por elas ditados.

A República Oriental do Uruguai declarava abertos, pelo art. 7º, aos navios mercantes do Brasil os rios Taquarim, Cebolati e seus afluentes, com sujeição aos regulamentos fiscais e de polícia que se estabelecessem.

O art. 8º estabelecia que as disposições do tratado não seriam aplicáveis à navegação de cabotagem, isto é, à navegação que se ocupa em transportar mercadorias entre portos do mesmo país.

Tanto o Governo uruguaio como o brasileiro poderiam, segundo o art. 8º, habilitar tantos portos quantos julgassem necessários, dando cada governo aviso ao outro com antecedência de seis meses.

O art. 10 continha uma disposição digna de ser seriamente meditada. Dizia assim: "Os navios de guerra uruguaios poderão transitar livremente por águas brasileiras entre o oceano e a lagoa Mirim, ou estacionar em suas águas; e os navios de guerra brasileiros poderão também subir ou baixar livremente os afluentes da margem ocidental da lagoa Mirim. abertos a navegação pela República Oriental do Uruguai." No último inciso deste artigo se estabelecia que ambos os países se obrigavam a não manter, na lagoa Mirim e em seus afluentes, mais de três embarcações de guerra, devendo ser objeto de ajuste especial o porte, armamento e dimensão das mesmas.

O projeto foi estudado e discutido pelo Governo uruguaio no Conselho de Ministros. Na discussão surgiram algumas objeções ao art. 4º do projeto do Brasil. Antes que se realizasse uma segunda deliberação, o Barão do Rio Branco comunicou à Delegação do Uruguai que o Governo brasileiro havia resolvido substituir o art. 4º do projeto de tratado que desviava do talvegue a linha divisória no rio Jaguarão, com o objetivo de deixar a ilha Diniz em território brasileiro, por um artigo redigido assim: "Desde a desembocadura do rio Jaguarão subirá a fronteira pelo talvegue desse rio até a altura da confluência do arroio Lagões na margem esquerda" (o resto não se altera). "Espero — dizia em uma carta o Barão do Rio Branco — que essa modificação lhe seja agradável. O que lhe posso assegurar é que tive grande satisfação em estar habilitado para formulá-la."

Ao considerar-se novamente a questão no Conselho de Ministros, o Dr. Williman manifestou que, apesar da nova prova de amor à justiça da Chancelaria brasileira, e apesar de que não duvidava da excelente boa vontade que havia demonstrado o país irmão, considerava essencial para a aceitação do tratado a eliminação da cláusula que estabelecia que os vasos de guerra brasileiros poderiam navegar pelas águas de nossos rios interiores que desembocam na lagoa Mirim. Manifestou que reconhecia que essa disposição do Barão do Rio Branco não tinha nenhum perigo, nem obedecia a nenhum propósito ofensivo para a dignidade nacional, mas manteve com firmeza a necessidade de eliminar a cláusula discutida, porque lhe parecia que um país pequeno como o nosso devia ser extremamente zeloso de seus direitos e de seu decoro. Fez notar, também, que não se devia esquecer a suscetibilidade do povo uruguaio, comprovada em muitas oportunidades, e que opinava que a cláusula proposta era de certo modo extemporânea em um tratado de modificação de linhas fronteiriças.

O Sr. Bachini defendeu a disposição do projeto de tratado, por considerá-la eqüitativa e ajustada aos princípios admitidos pelo direito internacional. Dizia que era eqüitativa por estabelecer também para os vasos de guerra uruguaio o direito à navegação pelo rio São Gonçalo e pela lagoa dos Patos, vias de comunicação submetidas à jurisdição brasileira. E, além do mais, a disposição discutida se ajustava aos princípios universalmente admitidos que autorizam a navegação da bandeira de guerra pelas águas abertas à navegação comercial. Em apoio à sua doutrina citou um grande número de tratados.

O Dr. Williman contestou estas observações, dizendo que o princípio de que o direito de navegação da bandeira de guerra exista nas águas abertas ao comércio admitia exceções, e não apresentava a universalidade que se invocava. Lembrou que o rio Escalda, aberto à navegação comercial, não o está aos vasos de guerra, e citou numerosos tratados celebrados em países sul-americanos que contêm disposições especiais sobre a navegação de vasos de guerra.

Por outro lado, o Dr. Williman assinalou que a navegação de vasos de guerra orientais pelas águas do São Gonçalo e da lagoa dos Patos — que são vias que põem em comunicação o Jaguarão e a lagoa Mirim com o oceano — não se equiparava à navegação de vasos de guerra brasileiros por águas do Cebolati e do Taquarim, que são rios interiores que se internam no coração do país. Ademais, convinha não esquecer que a bandeira de guerra da República Oriental do Uruguai em águas brasileiras nunca poderia constituir uma ameaça, nem um incômodo, porque o Brasil contaria sempre com força e poder suficientes para expulsá-la, enquanto que a bandeira do Brasil em rios uruguaio faria sentir a superioridade de seu poder militar.

Insistiu também o Dr. Williman na conveniência de modificar o último artigo, suprimindo o angustioso prazo de doze meses para a celebração do tratado de comércio.

O Dr. Williman, apoiado por vários ministros, decidiu que se exercessem gestões, imediatamente, junto à Chancelaria brasileira para a modi-

ficação ou a eliminação das cláusulas mencionadas, e disse que, ao tomar esta resolução, tinha a convicção profunda de que o Barão do Rio Branco — que tantas provas havia dado de amor à justiça, de respeito aos princípios superiores do direito e de consideração e estima para com o povo uruguaio — não vacilaria em contemplar os argumentos da Chancelaria uruguaia e acederia, com agrado, a reformar o tratado, introduzindo as emendas que acabavam de indicar para a sua aceitação.

O Sr. Dominguez, plenipotenciário uruguaio no Rio de Janeiro, informou ao Barão do Rio Branco das dificuldades que se apresentavam para a aprovação do tratado, e lhe indicou as cláusulas que a juízo de seu governo deveriam ser eliminadas ou modificadas.

O chefe da Chancelaria deu mais provas inequívocas de lealdade, de respeito aos direitos e até à suscetibilidade nacional uruguaia. Sua resposta não se fez esperar. Poucas horas depois de formuladas as observações, o Barão do Rio Branco comunicou que o Governo do Brasil suprimia totalmente o art. 7º, que autorizava a navegação da bandeira mercante brasileira pelos afluentes da lagoa Mirim que se internavam em território uruguaio, e que suprimia também, no art. 10, a parte relativa à navegação dos vasos de guerra brasileiros nesses mesmos rios. Sem embargo, demonstrando a elevação e a amplitude de seus critérios, o Itamarati manifestava que as modificações aceitas não impediam que o Brasil reconhecesse à bandeira de guerra uruguaia o mesmo direito de navegar o rio São Gonçalo e a lagoa dos Patos que tem a marinha mercante, apesar de serem estas águas de jurisdição exclusivamente brasileira (28).

O projeto de tratado apresentado pelo Itamarati sofreu, assim, três modificações, que acolheram os argumentos uruguaiois. Mas essas modificações foram obtidas graças à compreensão e ao espírito de equidade do Ministro de Relações Exteriores do Brasil.

— VII —

Em sua mensagem de 3 de maio de 1909 ao Congresso Nacional, o Presidente da República explicava assim a posição brasileira:

“Desde 1801, como é sabido, ficamos senhores da navegação privativa da lagoa Mirim e do rio Jaguarão e mantivemos ininterruptamente essa posse. Tratados solenes, que celebramos com a República Oriental do Uruguai em 1851 e posteriormente, baseados no **uti possidetis** estabeleceram como limites entre os dois países a margem direita do Jaguarão e a ocidental da lagoa Mirim, da confluência do Jaguarão para o Sul. A continuada agitação e as guerras civis que ensanguentaram a República Oriental, desde a sua independência até 1851, explicavam a precaução, que pareceu conveniente tomarmos então, de evitar freqüentes contatos entre as populações confinantes, naquela região em que um extenso lençol de água, em nosso poder, tornava fácil evitar isso.

(28) Os documentos transcritos e o resumo geral da negociação estão tirados do já citado livro de J. J. DE AMÉZAGA, pp. 39-51.

Mas o próprio ilustre estadista brasileiro que dirigiu as negociações de 1851 deu desde logo a compreender que, mais tarde, o Brasil poderia fazer concessões ao país vizinho e amigo. A situação atual não é idêntica à de mais de meio século atrás. A República Oriental do Uruguai é desde muito tempo um país próspero cujo povo se não mostra menos pacífico, ordeiro e progressista que o das mais adiantadas porções desta nossa América. As idéias de concórdia, em que nos inspiramos todos, e os sentimentos de justiça e equidade aconselham-nos a, espontaneamente — sem solicitação alguma que não houve —, fazer mais do que se esperava de nós, e isso desinteressadamente, sem buscar compensação que outros poderiam pretender, dada a perfeita situação jurídica em que nos achamos. Entendo que é chegada a ocasião de retificar a linha divisória naquelas partes, estabelecendo-a pelo talvegue do Jaguarão e por várias retas, mais ou menos medianas, que, da embocadura desse rio, sigam até ao extremo-sul da lagoa Mirim. Procedendo assim, trataremos aquela República vizinha como temos tratado todas as outras na determinação das nossas fronteiras fluviais e nos conformaremos com as regras de demarcação observadas por todos os demais países na América e na Europa, no tocante a rios e lagos fronteiriços. Autorizei, portanto, a abertura de negociações para um Tratado em que tais regras sejam atendidas, convencido de que esse ato merecerá vossa aprovação e o consenso e o geral aplauso de toda a nação brasileira.”

— VIII —

Quando, em 1907, 1908 e 1909, José Maria da Silva Paranhos concebeu, negociou e concluiu o tratado que pôs fim ao injusto regime fronteiriço imposto pelo de 12 de outubro de 1851, sua figura já era conhecida e admirada nos meios internacionais e todos tinham consciência de que estava à frente do Itamarati uma das personalidades mais prestigiosas da diplomacia brasileira.

Sua intervenção, em 1893, na questão das Palmas (Missões) com a Argentina, durante a arbitragem do Presidente Cleveland, e sua ação no que se refere aos limites do Amapá com a Guiana Francesa, assunto resolvido pelo laudo do Conselho Federal Suíço, em 1900, foram o prelúdio de sua grande ação no Itamarati. No Ministério, o Barão continuou prestando atenção preferentemente — embora não única — aos problemas limítrofes, como o do Acre com a Bolívia, e o dos limites com a Guiana Inglesa.

Mas isso não o impediu jamais de encarar com amplitude e grandeza outros grandes problemas internacionais, de caráter mais geral e prospectivo, como os que mencionou na III Conferência Internacional Americana no Rio de Janeiro, em 1906⁽²⁹⁾, e os tratados nas Conferências de Haia em 1899 e 1909.

(29) Um excelente resumo de todos estes antecedentes pode ser encontrado em OSWALDO DE MORAES CORREIA, *Rio Branco e a Política Exterior do Brasil*. Rio de Janeiro, 1946.

Assim era esta grande figura do direito internacional da América e da diplomacia do Brasil, que viria a permitir, para glória sua, de sua pátria e do Continente, a revisão, espontânea e sem compensações, de um tratado fronteiriço injusto.

O tratado uruguaio-brasileiro de 1909 foi a culminação de sua vida, seu último e maior ato público ⁽³⁰⁾.

É justo recordar, além disso, a grande atuação que tiveram, para que o projeto de tratado pudesse chegar a ser uma realidade, os grandes políticos gaúchos, como o Senador Pinheiro Machado, que por sua procedência e sua história estava especialmente predisposto para compreender os sentimentos uruguaios a respeito do tratado de 1851 e as esperanças que se depositavam em sua revisão.

— IX —

O Preâmbulo do Tratado de 1909 determina assim um objetivo e um sentido:

“A República Oriental do Uruguai e a República dos Estados Unidos do Brasil, com o propósito de estreitar cada vez mais sua antiga amizade e de favorecer o desenvolvimento das relações de comércio e boa vizinhança entre os dois povos, resolveram, por iniciativa do Governo brasileiro, rever e modificar as estipulações relativas às linhas de fronteira na lagoa Mirim e no rio Jaguarão e também, como propunha o Governo Oriental desde dezembro de 1851, as relativas à navegação na mesma lagoa e rio, estipulações essas contidas no Tratado de Limites de 12 de outubro de 1851, no de 15 de maio de 1852, e na Resolução de 22 de abril de 1853, firmados, o primeiro, na cidade do Rio de Janeiro e os outros dois em Montevideú.”

Para cumprir este fim, e pelo art. 1º, o Brasil cede ao Uruguai:

“1º — Desde a boca do arroio São Miguel até a do rio Jaguarão, a parte da lagoa Mirim compreendida entre sua margem ocidental e a nova fronteira que deve atravessar longitudinalmente as águas da lagoa, segundo os termos do artigo III do presente Tratado.

2º — No rio Jaguarão, a parte do território fluvial compreendida entre a margem direita, ou meridional, e a linha divisória adiante determinada, no art. IV.”

Os arts. III, IV, V, VI, VII, VIII, IX e X, fixam a forma de delimitação fronteiriça na lagoa Mirim e no rio Jaguarão, e o regime de livre navegação ⁽³¹⁾.

A cessão que fez o Brasil se tipifica no art. II. Aí se precisa que a cessão de seus direitos de soberania, “baseados, no princípio, na posse

(30) ARAÚJO JORGE diz, com razão, em sua obra anteriormente citada: “O Tratado de 30 de outubro de 1909, concluído entre o Brasil e a República do Uruguai, modificando a linha e o regime de fronteira na lagoa Mirim e no rio Jaguarão, e estabelecendo princípios gerais para o comércio e a navegação naquelas águas, foi o último dos grandes atos internacionais da Rio Branco, e constituiu o florão de remate de sua obra benemérita de retificação do perímetro do território nacional”.

(31) Transcritos no Anexo.

que ele adquiriu e manteve, desde 1801, das águas e navegação da lagoa Mirim e rio Jaguarão, e depois estabelecidos e confirmados solenemente nos pactos de 1851, 1852, e 1853", é feita com base em três condições, que em nada afetam a justiça e a dignidade do Uruguai (32).

Embora não seja historicamente certa, de maneira absoluta, a afirmação de que a revisão se fez "por iniciativa do Governo brasileiro", que se encontra no Preâmbulo, tampouco se pode dizer que seja algo inteiramente falso. Os dois Governos coincidiram e a iniciativa formal brasileira foi motivada e impulsada pelo Uruguai. De todo modo, se essa referência era necessária para chegar ao acordo, nada obstava sua aceitação. E, de igual modo, o parágrafo inicial do art. II, que reconhece e aceita a tese tradicional do Brasil, era imprescindível para que o acordo fosse obtido e, portanto, não se deve criticar o Uruguai por ter aceito esse texto.

O importante era o resultado. E o resultado, em relação ao novo regime fronteiriço e de navegação, foi obtido, eliminando-se o injusto regime anterior.

— X —

O tratado foi assinado no Rio de Janeiro em 30 de outubro de 1909 pelo Ministro de Relações Exteriores do Brasil, Barão do Rio Branco, e pelo Enviado Extraordinário e Ministro Plenipotenciário do Uruguai, Rufino T. Dominguez. Foi ratificado pelo Brasil e pelo Uruguai em 27 de abril de 1910. As ratificações foram trocadas no Rio de Janeiro em 7 de maio de 1910 (33).

— XI —

O tratado brasileiro-uruguaio de 7 de maio de 1913, cujas ratificações foram trocadas no Rio de Janeiro em 12 de agosto de 1914, constitui a aplicação ao caso do arroio São Miguel, que desemboca na lagoa Mirim, e que constitui um pequeno trecho de fronteira sob um regime análogo ao do tratado de 1909 (34). Deve ser considerado como seu complemento necessário (35), já que "retificou" a linha divisória no arroio São Miguel, cujas águas, seguindo o princípio do **uti possidetis** adotado como base em 1851, estavam totalmente sob o domínio uruguaio (35), que assim tomava a mesma atitude, em 1913, que o Brasil, em 1909.

(32) "1.º — Salvo acordo posterior, somente embarcações brasileiras e uruguaias poderão navegar e comerciar nas águas do rio Jaguarão e da lagoa Mirim, como adiante, em outros artigos, está declarado. 2.º — Serão mantidos e respeitados pela República Oriental do Uruguai, segundo os princípios do direito civil, os direitos reais adquiridos por brasileiros e estrangeiros nas ilhas e ilhotas que, por efeito da nova determinação de fronteiras, deixam de pertencer ao Brasil. 3.º — Nenhuma das Altas Partes Contratantes estabelecerá fortificações ou baterias nas margens da lagoa, nas do rio Jaguarão ou em quaisquer das ilhas que lhes pertençam nessas águas."

(33) *Collecção das Lais do Brazil*, 1910, I (Parte 2), pp. 692-699; *Colección de Tratados del Uruguay*, 1928, V, pp. 451-458.

(34) CARLOS VILA SERÉ, loc. cit., art. 19: "A fronteira entre a República dos Estados Unidos do Brasil, desde o Passo Geral do arroio São Miguel até a desembocadura deste na lagoa Mirim, será formada pela linha de média distância entre as margens do citado arroio, do mesmo modo estabelecido para a divisa do rio Jaguarão, desde o arroio Lagões até a confluência do arroio da Mina." "Os dois países, entretanto, exercerão, em comum, jurisdição sobre as águas do mesmo arroio na secção de que se trata". Sobre o sentido geral deste tratado e o início do § 2.º do art. 1.º, que diz "entretanto", devendo haver dito "não obstante", veja o debate ocorrido na Câmara de Deputados do Uruguai em 14 de março de 1914 (LUIZ ALBERTO DE HERRERA. *Acción Parlamentaria*, pp. 27-36).

(35) LUIZ ALBERTO DE HERRERA o qualificou como "convenção complementar" ao tratado de 1909, a efeito da sua interpretação (op. cit., p. 31).

Aplicava-se um tratamento igual a duas situações iguais. Rendia-se desse modo uma nova homenagem à justiça e se aplicava, ao caso fronteiriço do extremo-sul dos limites entre o Brasil e o Uruguai, uma solução integralmente justa.

É interessante notar que o Preâmbulo — diferentemente do Tratado de 1909 — faz referência a este e ao “propósito de estreitar cada vez mais a antiga amizade entre os dois povos”, mas diz ainda: “querendo dar uma demonstração mais de seus respeitos às regras do direito internacional”.

— XII —

As vezes se diz que o abandono, pelo Brasil, no Tratado de 1909, da tese da **costa seca** tinha uma finalidade política contra a Argentina. Em nenhum dos antecedentes diplomáticos que consultei pude encontrar pista de veracidade nesta afirmação. O Brasil, e o próprio Barão, desmentiram esta afirmação com argumentos que não é possível pôr em dúvida ⁽³⁶⁾. No entanto, é evidente que esta atitude do Brasil debilitava a tese argentina da **costa seca** uruguaia no rio da Prata, e fortalecia a tese oriental. Em 1908 e 1909 a questão do rio da Prata estava em forte discussão, pois a Argentina mantinha o critério absurdo da **costa seca** uruguaia, e o confronto entre as teses dos dois governos se tornava cada dia mais acentuado ⁽³⁷⁾, já que até o Protocolo Ramírez-Saenz Peña de 1910 não começaria a diminuir a tensão e a debilitar-se a posição argentina. Por isso a atitude do Brasil em 1909 e a renúncia do Barão à tese da **costa seca** uruguaia, contrária à posição de Estanislao Zaballos, seu antigo oponente no assunto das Palmas (Missões) ⁽³⁸⁾,

(36) CARLOS CARVAJAL, *op. cit.*, p. 131.

(37) O Barão do Rio Branco disse em uma Conferência no Instituto Histórico e Geográfico do Brasil, em 6 de maio de 1909: “Não houve da nossa parte o mínimo pensamento de melindrar nenhum outro Governo ou de influir na solução de alguma outra questão pendente. Quando o Governo brasileiro deliberou, há anos, submeter, em tempo, esse projeto à decisão soberana do Congresso Nacional, nenhuma questão sobre jurisdição em águas fluviais tinha surgido em parte alguma do mundo: todos reconheciam nos ribeirinhos o condomínio nas águas dos rios e lagos lindeiros, salvo quando tratados solenes estabeleciam um regime de exceção, como o que ainda temos na lagoa Mirim e no rio Jaguarão”. Tampouco moveu o Governo brasileiro o desejo de ser agradável ao Uruguai: “Se desejamos remover a exceção que já não é para o nosso tempo, nem para o nosso continente”, dizia Rio Branco nessa mesma noite, “não é com a idéia de merecer agradecimentos e conquistar a gratidão dos nossos amigos do Uruguai. O sentimento da gratidão raros homens o possuem e mais raro ainda ou menos duradouro é ele nas coletividades humanas que se chamam nações. Isso nos ensina eloquentemente a história da sempre tão limpa e generosa política internacional do Brasil, país que, na frase de um ilustre estadista argentino, já foi “libertador de povos oprimidos”. Se queremos hoje corrigir parte da nossa fronteira meridional, em proveito de um povo vizinho e amigo, é principalmente porque esse testemunho do nosso amor ao direito fica bem ao Brasil e é uma ação digna do povo brasileiro”. (V. ARAÚJO JORGE, *op. cit.*, pp. 199-200). Apesar disso, não se pode esquecer que em 1908 as relações entre o Brasil e a Argentina passavam por um momento difícil, e que a inimizade entre Zaballos e Rio Branco criava sérios problemas. Especialmente o famoso caso do telegrama cifrado n.º 9, de setembro de 1908, cuja versão, ao que parece nem bem decifrada nem traduzida, publicou Zaballos, e que fazia referência ao problema limítrofe Brasil—Uruguai, havia criado um ambiente conflitivo e de confrontação (RUBENS FERREIRA DE MELLO, *Textos de Direito Internacional e de História Diplomática, 1815-1949*. Rio de Janeiro, 1950. pp. 205-208).

(38) HÉCTOR GROS ESPIELL, El Protocolo del Rio de la Plata de 1964, em *Política Exterior de la República — Cuestiones de Límites, Río de la Plata*, Montevideo, MRE, MCMLXIV, pp. 114-116. Também em *Anuario Uruguayo de Derecho Internacional*, v. 2, 1963, p. 414; HÉCTOR GROS ESPIELL, Le régime juridique du rio de la Plata, *Annuaire Français de Droit International*, 1964, p. 735; JUAN E. PIVEL DEVOTO, *Historia de los Límites del Río de la Plata, Islas Martín García y Timoteo Domínguez*. Montevideo, 1973.

se constituiu em evidente apoio à causa uruguaia ⁽³⁹⁾ e em um prólogo indireto à solução do problema argentino-uruguaio em 1910, que, por sua vez, precedeu o abono final desse critério injusto nos tratados argentino-uruguaio de 1961 e 1973.

— XIII —

Não há dúvida que os contemporâneos valorizaram em seu real significado o Tratado de 1909, denotando que se baseava no reconhecimento de que a injustiça deve provocar a revisão dos tratados, para que, mediante o acordo das partes, se restabeleça o valor universal da justiça ⁽⁴⁰⁾.

Inclusive autores estrangeiros, como GORDON IRELAND, muitos anos depois, destacaram, com estranheza, este "ato sem precedentes de generosidade diplomática" ⁽⁴¹⁾.

No entanto, se deve reconhecer que a doutrina posterior, e em especial a rica produção jurídica e histórica brasileira ⁽⁴²⁾, não prestaram a atenção que merece este tratado, contentando-se, em geral, com sua simples invocação entre os atos internacionais que fixam os limites do Brasil com o Uruguai ⁽⁴³⁾.

Uma atitude limitada e reticente a respeito do valor e da transcendência dos tratados de 1909 e 1913 carece de sentido e razão, porque a revisão de um tratado de limites como o de 1851, injusto em si e pela forma e circunstância em que foi obtido, por um outro tratado, fundado no reconhecimento espontâneo da injustiça da fórmula original, constitui um dos exemplos mais altos e mais nobres da política exterior, uma demonstração da grandeza diplomática do Brasil, uma mostra excelente da idéia de solidariedade fraterna dos povos americanos, e um caso que deve ser estudado como um precedente inesquecível, capaz de promover no futuro outras formas internacionais que mostrem praticamente o progresso do direito de gentes.

Como contribuição a este reexame da questão desde uma perspectiva atual e como homenagem ao Barão do Rio Branco, a quem o povo uruguaio honrou com um monumento na cidade de Montevidéu, é que hoje escrevi estas páginas.

(39) Sobre a ação do Barão em Washington na questão das Palmas, em que Estanislao Zabal'os atuou como agente argentino, V. OSWALDO DE MORAES CORREIA, *op. cit.*, p. 6; LÍDIA BSESOUCHET, *Rio Branco e as Relações entre o Brasil e a República Argentina*. Rio de Janeiro, 1949. Sobre o caso da fronteira com a Guiana Francesa, V. ANTONIO OTAVIO SÁ RICARTE, *La cuestión del Amapá: La experiencia brasileña en cuanto al arbitraje*, Conferência pronunciada no Instituto Universitario Iberoamericano de Estudios Internacionales, em 6 de junho de 1963, onde está citada farta bibliografia sobre este caso.

(40) CARLOS CARVAJAL, *op. cit.*, pp. 138-139.

(41) ARAÚJO JORGE, *op. cit.*, p. 200; DUNSHEE DE ABRANCHES, *Obras Completas*, v. 1, *Rio Branco e a Política Exterior do Brasil*, Rio de Janeiro, 1945, discurso pronunciado na Câmara dos Deputados em 29 de dezembro de 1909, pp. 34-41; JUAN JOSÉ DE AMÉZAGA, *op. cit.*, pp. 51-55; CARLOS CARVAJAL, *op. cit.*, pp. 119-140; EDUARDO JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *op. cit.*, p. 444; PINTO DA ROCHA, *op. cit.*

(42) GORDON IRELAND, *op. cit.*, p. 137.

(43) Por exemplo: HÉLIO VIANNA, *História Diplomática do Brasil*, Rio de Janeiro, 1958, p. 116; HÉLIO VIANNA, *História das Fronteiras do Brasil*, cap. XV; JOÃO RIBEIRO, *Fronteiras do Brasil*, 2.^a ed., Salvador, s.d., p. 32; FERNANDO ANTONIO RAJA GABAGLIA, *As Fronteiras do Brasil*. Rio de Janeiro, 1916, pp. 255-256.

No que se refere à doutrina uruguaia, os livros de JUAN JOSÉ DE AMÉZAGA, CARLOS CARVAJAL, GUILLERMO GARCÍA MOYANO, CARLOS VILA SERÉ e EDCARDO JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA destacam a importância e significado do mesmo.

Refugiados

PAULO BORBA CASELLA

Advogado militante em São Paulo, formado pela Faculdade do Largo de São Francisco (USP), especializado na área de Direito Internacional.

SUMÁRIO

- 1 — *Introdução*
- 2 — *A definição*
- 3 — *A situação atual*
 - 3.1 — *África*
 - 3.2 — *Oriente Médio*
 - 3.3 — *Europa*
 - 3.4 — *América Latina e Caribe*
 - 3.5 — *Indochina*
- 4 — *Conclusão: perspectivas?*

Abordando o complexo tema *refugiados* me pareceu indispensável definir claramente o alcance do termo. Isto não exime do debate em torno de outros dados que influenciam a matéria, mas se destina tão-somente a delimitar a base, a partir da qual se desenvolve a discussão. É fundamental marcar o ponto de partida, para que se possa ver o quanto se progrediu em relação a este e para que se evite desencontro de conceitos, limitando o alcance e os frutos da discussão.

Passo em seguida a um panorama do mundo atual em suas grandes áreas, evidenciando os principais focos e o comportamento dos fluxos de refugiados no planeta.

O assunto *refugiados* vem recebendo considerável atenção, tendo em vista os grandes e patéticos problemas humanos envolvidos, e que aparecem conjuntamente com problemas políticos, econômicos e sociais, uns e outros em escala nacional e internacional.

A atenção que o assunto vem recebendo pode ser medida pela repercussão dos debates e pelo volume de publicações enfocando esta temática. Exemplo expressivo, e que influiu diretamente na minha reflexão foi o volume dos *Anais da The American Academy of Political and Social Science*, inteiramente dedicado ao assunto, muito embora dando destaque todo especial à perspectiva norte-americana: *The Global Refugee Problem: U.S. and World Response* (GILBERT D. LOESCHER and JOHN A. SCANLAN, special editor of the volume, Beverly Hills, Sage Publications, vol. 467, May, 1983, 254 p.).

Em uma parte final, onde um inevitável ponto de interrogação estreita significativamente o horizonte de perspectivas, necessariamente reinam as conclusões inconclusivas: Qual será o panorama para os próximos anos? Certamente passos significativos já foram dados, muito embora graves problemas persistam e outros possam surgir a qualquer momento.

Terminado o profundo abalo que representou a II Grande Guerra, assistimos a esforços no sentido de trabalhar por um mundo mais justo e evitar que se repetissem os horrores pelos quais tinha passado a humanidade ao longo do conflito. Fazia-se necessário reconquistar a dignidade humana.

O quadro institucional e legal de assistência aos refugiados foi formado no decorrer das décadas de 50 e 60, onde a Convenção sobre refugiados de 1951 e o Protocolo de 1967 são os maiores instrumentos, juntamente com o Estatuto do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (UNHCR), de 1950, e algumas resoluções importantes da Assembléia Geral das Nações Unidas. Junto a estes poderíamos colocar a Convenção da Organização da Unidade Africana referente a aspectos específicos do problema de refugiados na África (1969).

Quando consideramos a questão dos refugiados, não podemos limitar nossa análise à estrita consideração dos instrumentos legais vistos em si mesmos. Os vários instrumentos garantidores dos direitos humanos são parte, certamente muito importante, do panorama geral, mas a realidade mundial inclui muitas outras variáveis.

2 — A definição

A *Convenção relativa ao "status" dos refugiados* (28-7-1951) traz o seguinte enunciado:

"A expressão *refugiado* se aplica a qualquer pessoa que, em virtude de fundado medo de sofrer perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, participação em determinado grupo social ou convicção política, se encontra fora do país do qual é nacional e está impossibilitada ou, em virtude desse fundado medo, não deseja se entregar à proteção desse país."

O critério crucial para definição de um refugiado, em face da Convenção de 1951 ou do Protocolo de 1967, é a existência de fundado

medo de perseguição em virtude de motivos étnicos, religiosos ou políticos.

A definição abrange todos aqueles que estão ameaçados de sanções por lutarem para proteger seus direitos humanos, muito embora não se aplique a qualquer um que possa ser qualificado como transgressor político (que pode, contudo, ser amparado por outras regras de direito internacional).

As definições de refugiados são importantes sob muitos pontos de vista. Antes de mais nada, a definição constante da Convenção sobre Refugiados e do Protocolo é decisiva para caracterizar as obrigações contratuais ou convencionais dos Estados que são signatários desses instrumentos.

Em vista disso, uma pessoa que satisfaça às condições colocadas fica com direito ao amparo da Convenção, inclusive o princípio do *non refoulement*, ou seja, a proibição de retorno forçado de um refugiado para um país onde ele pode vir a sofrer perseguição. Todos os Estados signatários têm, em conformidade com o direito dos tratados, a prerrogativa de exigir que todos os refugiados recebam o que lhes é devido, de acordo com a Convenção — isto inclui o conjunto de direitos chamado de *proteção contratual*.

A Convenção também dá direito ao alto comissariado de verificar a aplicação dos dispositivos da Convenção, e, com relação às pessoas que satisfaçam os critérios, sua função de proteção internacional tem, assim, base convencional segura.

Outro aspecto importante é o fato que as definições da Convenção e do Protocolo foram adotadas por muitas legislações nacionais, tornando-se assim relevantes para a caracterização formal do *status* de refugiados, bem como do asilo, sob a proteção de determinado sistema nacional.

Em se tratando de Estados não signatários da Convenção ou do Protocolo, ou outra convenção com objetivo semelhante, é preciso buscar amparo no Estatuto do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, e outras resoluções da Assembléia Geral da ONU ou mesmo de outros organismos internacionais. O mesmo se aplica, até certo ponto, com relação a Estados que ratificaram a Convenção, com restrições geográficas — com cláusulas tais como “refugiados resultantes de eventos ocorridos na Europa” — ou Estados que não sejam signatários do Protocolo de 1967, ou assuntos não regulados pela Convenção. Nestes casos, será preciso procurar soluções em outras regras de direito internacional.

O princípio do *non refoulement*, por exemplo, pode ser amparado por conceitos reconhecidos de longa data, já proficientemente expostos pelos pais do direito internacional, tais como HUGO GROTIUS ou EMMERICH DE Vattel, de onde podemos deduzir que esta regra reflete um princípio básico do governo civilizado e que, como tal, ultrapassa a sua dimensão de dispositivo convencional.

Igualmente, quando se considera o *asilo* — esta palavra de múltiplas facetas —, os critérios fixados pela Convenção de Refugiados são de pequena relevância. Já no século passado, essa expressão foi largamente utilizada para caracterizar a não-extradição por crimes políticos. A maioria dos Estados, cujos ordenamentos jurídicos prevejam a concessão de asilo, irão considerar as necessidades do autor do pedido em confronto com os interesses da comunidade.

3 — A situação atual

Considerando o mundo atual em suas grandes áreas, podemos evidenciar os principais focos e o comportamento dos fluxos de refugiados no planeta.

As causas subjacentes à criação de refugiados podem ser variadas, mas algumas características perduram. Temendo perseguição, os refugiados se evadem visando evitar situações perigosas, incluindo até mesmo reclusão carcerária ou risco de vida. Como ressaltam EARL E. HUYCK e LEON F. BOUVIER, “refugiado” significa alguém que foge, mas também traz implícita a noção de refúgio ou santuário, a fuga de uma situação insustentável para outra diferente e que se espera seja melhor, além de uma fronteira nacional.

Os deslocamentos de refugiados são parte de um fenômeno mais amplo, muito embora sua relação com acontecimentos concomitantes seja variável. Alguns deslocamentos têm como causa embates políticos ou religiosos, forçando a fuga de elementos envolvidos com a facção perdedora e que passam a sofrer punição e perseguição. Situação até certo ponto semelhante ocorreu com pessoas que se deslocavam livremente através de determinada região e que se viram transformadas em refugiados em virtude de novas fronteiras nacionais que foram fixadas, especialmente na África, após o término do período colonial ou no Oriente Médio, após o encerramento do Mandado britânico na região.

Novos tipos de deslocamentos de pessoas emergiram nos últimos anos e nem sempre é possível caracterizar adequadamente a diferença entre um *refugiado político* e um *refugiado econômico* — definição rejeitada por autores como ATLE GRAHL-MADSEN, que ressalta (*Identifying the World's Refugees*, pp. 15-16):

“There is, however, one phenomenon that cannot be ignored: the dismissal of large groups on the ground that they are merely economic refugees. In my opinion, the term *economic refugee* is a misnomer. Strictly speaking, if a person leaves or stays away from his home country for well founded fear of persecution, that fact overrides all other considerations, and that person is a refugee, full stop.”

Em matéria de refugiados, a principal controvérsia atual é a diferenciação entre refugiados econômicos e políticos.

Deixando de lado uma controvérsia até certo ponto insolúvel e insuperável, podemos apontar três tipos de fatores que podem dar causa a deslocamento internacional de pessoas, configurando fluxo de refugiados. Esses fatores são: *políticos, ambientais e econômicos*.

Refugiados por motivos políticos se enquadram na definição das Nações Unidas, bem como pessoas fugindo aos desastres de uma guerra — estejam ou não ideologicamente envolvidos com um lado ou outro do conflito.

Refugiados por motivos ambientais recebem muito menor atenção, muito embora seja dolorosa a situação de populações atingidas por catástrofes naturais, como terremotos ou secas ou inundações. Enquanto alguns deslocamentos decorrentes de tais tragédias são internos por sua natureza, como o fluxo de nordestinos para o Sudeste do Brasil e muito especialmente para São Paulo, em virtude das secas que com patética regularidade assolam a região, outros são internacionais, como no Sahil africano, onde dezenas de milhares de habitantes do Mali, Mauritània, Chade e outros países se viram forçados a abandonar suas casas e migrar em busca de comida.

Refugiados por motivos econômicos são os mais difíceis de serem definidos, confundindo-se em parte com os assim chamados migrantes (emigrantes e imigrantes). Em termos abstratos poderíamos definir o refugiado econômico como aquele que se vê diante da impossibilidade total de satisfazer suas necessidades vitais no país do qual é nacional, enquanto que o migrante, ao menos em tese, poderia subsistir em seu país natal, mas, insatisfeito com as condições locais, se desloca para outra região, em busca de melhores perspectivas.

Conjuntamente com os fenômenos que dão origem aos fluxos de refugiados estão os fatores que influem no comportamento dos países receptores. Entre esses fatores estão as condições do mercado de trabalho do país receptor, sua estrutura étnica e institucional e a possibilidade de prestação de serviços sociais.

Passando agora a uma apreciação a nível geográfico dos fluxos de refugiados, entre continentes e regiões do mundo: África, Oriente Médio, Europa, América Latina e Caribe, e Indochina, enfocamos os países de origem ou remetentes e os receptores.

3.1 — *África*

Os impérios coloniais em todo o mundo — e muito especialmente no continente africano — traçaram fronteiras dividindo arbitrariamente comunidades raciais, tribais e étnicas. Desde a independência, muitos Estados africanos foram dominados pela instabilidade, conflitos e tensões. Estes fatores, combinados com as grandes secas e a fome, forçaram milhões de africanos a migrar.

Existe atualmente na África contingente de refugiados superior a 2.500.000. De acordo com o *World Refugee Survey 1982*:

“Within the next ten years (1967-1977)... as the liberation struggles and independence gave way to internal ethnic conflicts and oppressive dictatorial regimes in various parts of Africa, as civil war broke out in Chad, and as racist restrictive politics enlarged in Nauribia and South Africa, the number of refugees and displaced persons reached over 3.5 million. The continuing civil war in Chad, and the territorial dispute and fighting in the Ogaden between Ethiopia and Somalia, coupled with the natural disasters of drought... produced the final explosion, which in 1981 resulted in a total of nearly 6.5 million refugees and displaced persons.

Today, although refugees are scattered over dozens of countries... the majority are found in ten countries: ...700.000 in Somalia; 400.000... in both Sudan and Zaire; ...100.000 in Tanzania, Uganda and Nigeria respectively; 50.000 — 75.000 in Angola, Burundi and Algeria and about 20.000 in Cameroon.”

A grande maioria dos refugiados africanos permanece no continente e, em um bom número de casos, repatriação voluntária está ocorrendo.

Muitos dos refugiados que não podem retornar a seus países de origem em virtude da persistência de conflitos e tensões raciais estão sendo fixados em postos rurais no Sudão, Tanzânia e outros países da África Oriental.

Deslocamentos futuros de refugiados vão oscilar em função da situação político-militar e de calamidades naturais. Segundo KENNETH E. HACKETT (in *Africa: Refugee Crises Worsen*, pp. 6/9), a maioria dos africanos:

“want to return to the homes they left. Resettlement out of Africa is rarely desired. It would, in any case, be difficult, since the education levels and rural skills of African refugees do little to prepare them to move easily to another society”.

3.2 — Oriente Médio

No Oriente Médio se destacam três focos extremamente problemáticos: Afeganistão, Palestina e Irã.

O golpe de Estado em abril de 1978 e a invasão soviética em dezembro de 1979 tornaram candente a situação do Afeganistão. Já no início dos anos 70 se registrava fluxo significativo de refugiados afeganes vítimas da fome em direção ao Irã e ao Paquistão. A brutal repressão à resistência nacional após a invasão soviética acelerou o movimento de pessoas, para fora do país, atingindo o conjunto das classes sociais. Antes da invasão já existiam 400.000 refugiados afeganes no Paquistão. Os afeganes fugiram da repressão política e da perseguição religiosa, chegando a tal ponto que, em 1981, um em cada dez afeganes era um

refugiado. Os 2,5 a 3 milhões de refugiados afeganes fazem deles o maior grupo nacional de refugiados no mundo.

Ainda no Oriente Médio, o problema palestino continua a ser um antigo e demorado problema de refugiados, com uma história que data desde a criação do Estado de Israel em 1948, que abrigou cerca de 700 a 900 mil refugiados judeus da Europa, mas juntamente com as guerras na região acabou resultando em um contingente de cerca de 1 milhão e 900 mil refugiados palestinos, que permanecem aspecto essencial em qualquer discussão a respeito do futuro do Oriente Médio.

A revolução islâmica no Irã, em 1979, levou grande número de iranianos a buscar refúgio na Europa Ocidental e Estados Unidos, onde vivem cerca de 10.000 iranianos pleiteando asilo político.

O Paquistão é atualmente o maior receptor de refugiados no Oriente Médio, especialmente como país de primeiro asilo para refugiados afeganes.

Israel é um caso especial, onde todo judeu tem direito de cidadania na *terra de Israel* sendo antes um imigrante do que um refugiado. Desde 1948 Israel absorveu mais de 1 milhão de judeus da Europa, Oriente Médio e África do Norte.

3.3 — Europa

A União Soviética e o bloco de países da Europa Oriental são fontes de refugiados. Dentre os vários motivos que levam pessoas dessa área a fugir para outros países se destacam a falta de liberdade pessoal e de oportunidades econômicas. Os refugiados são, via de regra, vítimas de perseguição em virtude de convicções políticas, crenças religiosas ou antecedentes familiares.

A emigração da URSS é estritamente regulada pelo governo. Contudo, a partir de 1960, as autoridades soviéticas passaram a autorizar a emigração de representantes de alguns grupos étnicos. Fluxo crescente, no correr dos anos 70, limitou-se em boa parte a cidadãos de ascendência alemã, bem como judeus e armênios, apresentando solicitações para irem para a Alemanha Ocidental, Israel ou Estados Unidos.

Dentre os nacionais dos países do bloco oriental, os poloneses se destacam como o maior contingente de refugiados, seguidos por outros grupos, procedentes da Tchecoslováquia, Hungria, Romênia, Bulgária, Iugoslávia e Albânia por diferentes motivos.

Pequenas e médias correntes de refugiados têm fluído para os países da Europa Ocidental, procedentes da URSS e Europa Oriental. Dentre os receptores, e especialmente como país de primeiro asilo se destaca a Áustria, estrategicamente posicionada e para onde se encaminham os refugiados, notadamente poloneses, judeus soviéticos e em maior escala tchecos e outros grupos.

A Alemanha Ocidental também tem recebido contingentes significativos de refugiados de ascendência alemã, que residiam no Leste — entre os quais 8 milhões de refugiados procedentes da Polónia após a II Guerra Mundial. Ainda em 1978, 70.000 refugiados de ascendência alemã, procedentes do Leste europeu, se fixaram na Alemanha Ocidental.

Dentre os outros países da Europa Ocidental, a Suíça, em 1980, contava com um contingente de 40.000 refugiados, especialmente húngaros e tchecos. França, Bélgica, Reino Unido, Holanda e os países escandinavos, em menor escala, também abrigaram refugiados procedentes da URSS e Europa Oriental.

3.4 — América Latina e Caribe

A população de Cuba de 9.800.000 habitantes já deu origem a mais de 1 milhão de refugiados desde que Fidel Castro assumiu o comando da ilha em 1959. Seja por descontentamento com o sistema político e econômico — motivo preponderante nos primeiros anos do governo Castro — dificuldades econômicas e desejo de se juntar a parentes residentes em outros países, em grande maioria nos EUA mais recentemente, têm sido os fatores determinantes do fluxo de refugiados procedentes de Cuba.

Igualmente o Haiti tem sido há décadas foco gerador de refugiados, espalhando-se pelo hemisfério ocidental em busca de emprego. Nos 25 anos durante os quais a família Duvalier dominou o país, esses contingentes aumentaram consideravelmente. Em 1980, segundo estimativas (JAMES ALLMAN) 12% dos haitianos estava vivendo fora do país natal.

Em El Salvador, a violência no país, resultante em 30.000 mortos em 1980/81 de uma população que soma 5 milhões de habitantes, levou centenas de milhares de salvadorenhos a fugirem de suas casas.

Na vizinha Nicarágua, a guerra civil de 1978/79, segundo o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (dados do *World Refugee Survey 1981*, p. 31), fez com que:

“out of a total population of 2.5 million, 150,000 were killed or wounded, some 100,000 became refugees and half were forced to abandon their homes”.

Na Guatemala, problemas políticos levam refugiados a partirem para o México, EUA, e outros países.

Na Argentina, a Comissão de Direitos Humanos estima em 300.000 pessoas o número de argentinos vivendo no exterior, especialmente na Espanha, Itália, México e Venezuela; outros 30.000 aproximadamente estão vivendo no Brasil.

No Chile, desde o golpe de 1973, cerca de 80.000 refugiados estão vivendo no exterior.

Estados Unidos e Canadá são os países que têm recebido o maior número de refugiados latino-americanos. Entre 1959 e 1980 cerca de 850.000 cubanos fugiram para os Estados Unidos. Entre abril e setembro de 1980 um contingente adicional de 125.000 refugiados cubanos se instalou nos Estados Unidos.

Em 1981 e 82 Canadá começou a admitir número maior de refugiados do continente, notadamente chilenos e salvadorenos.

A maioria dos latino-americanos que foge de seus países procura refúgio nos países vizinhos. A tradição que vem de longa data de receber refugiados dos países vizinhos tem perdurado. Esta é uma característica do continente latino-americano, intimamente relacionada com as condições políticas dos países da região. Como frisa C. HEALE RONNING no seu *Diplomatic Asylum — Legal norms and political reality in Latin American relations* (The Hague, Martinus Nijhoff, 1965, pp. 214-55):

“The practice of diplomatic asylum in Latin America seems to have been more the result of that area’s own conditions and antecedents than the result of conscious application of European practices. (...) the diplomatic agents recognized that the practice was no longer sanctioned in Europe but justified their actions in terms of Latin American experience.”

Vale, contudo, frisar que, muito embora seja prática costumeira, existem controvérsias com relação ao alcance e à exata natureza do direito de asilo no âmbito da América Latina:

“In the two conventions which have received the widest ratification (Havana, 1928 and Montevideo, 1933) the right was made dependent upon pre-existing custom, treaties or legislation. International agreements which flatly declare that the institution will be recognized have received much less support. A great deal of inconsistency can be noted within the practice of particular states and, while some states have shown a greater consistency, there is evidence that in doing so they have insisted that the practice of asylum is *not* sanctioned by any customary rule of law.”

3.5 — *Indochina*

Depois de trinta anos de conflitos ininterruptos, inicialmente com os franceses e depois com os americanos, regimes de esquerda assumiram o comando do Vietnã, Laos e Cambodja em 1975. Após a evacuação americana, cerca de 200.000 pessoas abandonaram o Vietnã do Sul e o Cambodja. Somando os contingentes provenientes dos diferentes países, atingimos a cifra de 150.000 refugiados em 1982.

A maior parte do encargo de dar primeiro asilo aos refugiados indochineses tem recaído sobre a Tailândia, onde a presença de 600.000 refugiados provenientes do Vietnã, Cambodja e Laos, nos últimos sete

anos, representou pesada carga econômica, política e social, que o governo tailandês se recusa a prolongar por muito tempo. Em menor escala, têm atuado como países de primeiro asilo, especialmente para refugiados vietnamitas, Malásia, Indonésia, Singapura, Filipinas e Hong-Kong.

Os países do Sudeste asiático se opõem a qualquer fixação permanente de refugiados, temendo instabilidade dentro de suas fronteiras, limitando-se a aceitar refugiados em regime temporário.

A República Popular da China acolheu em 1978/79 cerca de 265.000 refugiados vietnamitas. Os Estados Unidos, por volta de outubro de 1982, já tinham acolhido cerca de 618.000 refugiados indochineses. Outros países, com destaque para o Canadá, Austrália, França e Alemanha, receberam cerca de 300.000 refugiados.

O fluxo de refugiados provenientes da Indochina pode continuar no futuro em decorrência de variáveis políticas e militares e da situação econômica do Sudeste asiático.

4 — Conclusão: perspectivas?

“The refugee phenomenon is as old as time and as recent as today. The Bible tells of the exodus out of Egypt to the Promised Land; the daily press in headlines and the weekly news magazines in vivid colors portray the flight of persons from natural or man-made disasters around the world in Central America, Africa, the Middle East, and Southeast Asia. Today one may point almost anywhere on a spinning globe and put a finger on a refugee situation” (EARL E. HUYCK e LEON F. BOUVIER, *The Demography of Refugees*, p. 40).

O *World Refugee Survey 1982* fala em 10 milhões de refugiados. Este é, sem dúvida, um número assustador. Ainda mais quando se tem em mente que o número efetivo de refugiados é seguramente apenas uma parcela de um número potencial, que é praticamente impossível conhecer com exatidão.

Qual será o panorama para os próximos anos? Aumentará o número de refugiados no mundo? E, em caso positivo, em que proporções?

E não se pode desvincular a análise do problema dos refugiados do cenário mundial onde se insere tal problema: um sistema em crise é menos generoso. Os problemas econômicos e sociais que se foram intensificando e tornando mais agudos a partir da década de 70 se refletiram no estancamento da busca de soluções e modelos, nos moldes da Convenção de 1951 ou do Protocolo de 1967.

Temos que estar preparados, podendo contar com um modelo conceitual e administrativo para poder enfrentar o problema de refugiados, no lugar e no tempo onde eles surgirem.

O Conselho Federal de Comércio Exterior

MIRCEA BUESCU

Professor da PUC — RJ. Sócio do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro.

Completou-se em junho meio século desde a criação do Conselho Federal de Comércio Exterior (pelo Decreto nº 24.429, de 20 de junho de 1934). Não parece tratar-se de aniversário muito expressivo. Afinal, não era mais uma repartição federal, como foram muitas, antes e depois? Entretanto, os historiadores da economia brasileira, os poucos que trataram do caso, apontam o referido Conselho como o primeiro órgão com pretensões, embora não explícitas, de planejamento global da economia (1).

(1) Por exemplo, CARLOS VON DOELLINGER (Introdução ao livro *A Controvérsia do Planejamento da Economia Brasileira*. Rio de Janeiro, IPEA/INPES, 1977, p. 12): "... o mais antigo e de maior atuação (órgão de planejamento) foi o Conselho Federal de Comércio Exterior... Embora criado com a finalidade de controlar e organizar o comércio exterior..., assumiu aos poucos a função de organizador da economia". Também John D. Wirth (*A Política de Desenvolvimento na Era de Vargas*. Rio de Janeiro, FGV, 1973, pp. 4-5) diz que o Conselho "representou um esforço pioneiro"; ele era tido "como autoridade suprema em matéria de política comercial, com poderes para disciplinar a atuação dos produtores nacionais" e tornou-se "importante órgão formulador da política comercial".

A iniciativa enquadrava-se numa tendência universal. Desde o fim do século XIX o liberalismo econômico — que nunca funcionou em forma pura — deixou paulatinamente lugar a um sistema de economia mista, combinando os mecanismos do mercado, na base de livre iniciativa e concorrência, com uma forte intervenção estatal. As necessidades logísticas da Primeira Guerra Mundial acentuaram a tendência. Mais tarde, a Grande Depressão de 1929 aumentou a desconfiança na economia livre, dando lugar a políticas econômicas nitidamente centralizadas, sobretudo nos países de estrutura política autoritária, como a Alemanha nazista e a Itália fascista. A experiência soviética de planificação centralizada contribuiu para a ilusão de uma economia perfeitamente equilibrada, ao abrigo das flutuações conjunturais. No ínterim, KEYNES deu novo embasamento teórico ao intervencionismo governamental em dimensões macroeconômicas, e a Segunda Guerra Mundial, com suas complexas necessidades econômicas, incentivou a proliferação dos órgãos oficiais de direção e controle da economia. Entretanto, somente depois da última guerra houve, nos países democráticos, planejamento econômico global e criação de organismos *ad hoc* (2). Até lá, a intervenção estatal, mesmo durante o **New Deal** norte-americano, foi setorial, implementada através de instituições de competência limitada, sem a presença de um órgão específico de planejamento centralizado (3).

Até certo ponto pode-se dizer que a criação do Conselho Federal de Comércio Exterior foi medida pioneira, mas ele também teve no início apenas objetivos setoriais, de comércio exterior, como indicava seu próprio nome. O interesse pelo comércio exterior era justificado, pois este representava ainda, naquela época, um dos setores mais dinâmicos da economia brasileira. E a Grande Depressão tinha afetado brutalmente as trocas com o exterior: as exportações caíram de £ 94,8 milhões em 1929 para £ 35,8 milhões em 1933 — uma queda de quase dois terços — e as importações acompanharam na degradingolada, prejudicando o desempenho geral da economia. Veremos mais adiante, contudo, que sob a aparência de uma preocupação setorial, o CFCE (Conselho Federal de Comércio Exterior) teve veleidades maiores, no sentido de controle mais amplo da economia.

(2) Por exemplo, na França, em 1946, com a criação do Comissariado Geral do Plano. (NIVEAU, M. *História dos Fatos Econômicos Contemporâneos*. São Paulo, DIFEL, 1969, pp. 342-367).

(3) *Ibidem*, pp. 241-251.

É interessante observar que dois aspectos peculiares na organização do CFCE iriam permanecer, de forma quase constante, nas futuras experiências administrativas brasileiras de planejamento econômico. Um dos aspectos consistiu no caráter de órgão colegiado. De acordo com o Decreto nº 24.429/1934, o Conselho, sob a presidência do Chefe do Governo (era a época do Governo Provisório), se compõe de representantes dos Ministérios das Relações Exteriores, Fazenda, Agricultura, Trabalho, Indústria e Comércio, além de representantes do Banco do Brasil e da Associação Comercial, bem como três pessoas “de idoneidade e competência reconhecidas” e quatro consultores técnicos (art. 3º). Até a criação do Ministério de Planejamento e Coordenação Geral em 1962/1964 prevaleceram, como órgãos planejadores, formações colegiadas, como foi principalmente o Conselho de Desenvolvimento (1956) (4). E mesmo depois da criação do Ministério houve uma volta para órgãos colegiados, como foi o caso do Conselho Nacional de Desenvolvimento (1974).

O segundo caráter peculiar consiste na centralização do planejamento nas mãos do Presidente da República, num organismo diretamente subordinado ao Presidente (5). Evidentemente, num regime presidencialista o Presidente é chefe do Governo ao qual são subordinados os Ministros, mas o intuito de considerar o planejamento como atividade privativa do Presidente aparece no fato de que não se cria um Ministério, mas apenas um conselho que assessora o Presidente. Assim se apresentaram todos os órgãos, inclusive o citado Conselho de Desenvolvimento até a criação do Ministério do Planejamento. Porém, mesmo depois deste ato a tendência recente foi de se voltar para um órgão de assessoramento do Presidente: assim, o Ministério do Planejamento foi transformado em Secretaria de Planejamento da Presidência da República (1974). A tendência acentuou-se justamente no tempo dos Presidentes mais centralizadores.

No caso do CFCE a dependência direta ao Chefe do Governo é nítida. Este é seu presidente e nomeia tanto seus membros como seus consultores técnicos (art. 3º). Em outro local, o Decreto nº 24.429/1934 declara expressamente que o Conselho será “uma organização autônoma, dire-

(4) Sobre essa evolução, v. MONTEIRO, Jorge Vianna — CUNHA, Luiz Roberto A. Alguns aspectos da evolução do planejamento econômico no Brasil (1934-1963). *Pesquisa e Planejamento*, v. 4, n. 1, fev. 1974; dos mesmos autores: A organização do planejamento econômico: o caso brasileiro — *ibidem*, v. 3, n. 4, dez. 1973.

(5) JOHN D. WIRTH (*op. cit.*, p. 4) qualifica o CFCE como “instrumento pessoal de Vargas”.

tamente subordinada ao Chefe do Governo" (art. 7º) (6). O caráter consultivo do CFCE resulta de que é qualificado apenas como "órgão coordenador", não lhe cabendo tomar decisões. Na formulação final (Decreto-Lei nº 1.163, de 17 de março de 1939) fica esclarecido que "só depois de aprovadas (pelo Presidente da República) as suas deliberações produzirão efeito" (art. 1º).

O Decreto-Lei nº 74, de 16 de dezembro de 1937, ao reformular a constituição do CFCE, conservou-lhe o mesmo caráter colegiado, reforçando a dependência ao Presidente da República. O Conselho se compunha de 10 conselheiros e 5 consultores técnicos, todos nomeados pelo Presidente. Nova estruturação foi feita pelo Decreto nº 1.163/1939 que, mais uma vez, sublinhou que o Conselho "é subordinado diretamente ao Presidente da República" (art. 1º) e que várias atribuições lhe cabem "como órgão informativo do Presidente da República" (art. 3º). Desta vez, o Conselho tem 16 conselheiros, todos nomeados pelo Presidente da República, que tem liberdade quase completa no que concerne à sua qualificação (art. 5º).

O Decreto nº 24.429/1934 e os Decretos-Leis nºs 74/1937 e 1.163/1939 dão vários detalhes sobre a estrutura administrativa e o funcionamento do CFCE, de menor interesse. Já o Decreto nº 2.308, de 3 de fevereiro de 1938, será dedicado à organização da Secretaria do Conselho, e novas funções serão criadas através do Decreto-Lei nº 2.355, de 1º de julho de 1940. De modo geral verifica-se o fenômeno habitual do crescimento "vegetativo" de um organismo público, devido à ampliação de suas atribuições, bem como à sua própria expansão burocrática. Dentro do objetivo limitado deste artigo é mais importante prestar atenção àquelas atribuições em sua formulação inicial e em sua extensão ulterior.

A evolução da competência do CFCE refletiu um pragmatismo tradicional da política econômica costumeira, além da tendência centralizadora, já mencionada, inerente ao próprio planejamento.

No início, essa competência limita-se aparentemente aos problemas de comércio exterior, porém já em caráter de "órgão coordenador de todos os departamentos federais e estaduais", nas palavras introdutórias do

(6) É curiosa a afirmação de WIRTH de que, "de fato, o CFCE se vinculava administrativamente tanto ao Itamarati quanto a Vargas" (*op. cit.*, p. 5). O Ministério das Relações Exteriores figurava com papel distinto no Conselho apenas pelo fato de que lá sediava o Conselho (art. 6º do Decreto nº 24.429/1934) e que, na ausência do Chefe do Governo, o Conselho trabalhava sob a presidência do representante do Itamarati, que era seu diretor-executivo (art. 5º). É relevante que, mais tarde, as atribuições dos serviços comerciais do Ministério foram transferidas para o CFCE (Decreto-Lei nº 74/1937), contrariamente à determinação anterior de passar ao Ministério todas as atribuições ligadas ao comércio exterior (Decreto nº 21.305, de 19 de abril de 1932).

diploma legal de sua criação. Este, no seu art. 2º, detalha essa competência, mas vê-se logo que, com vistas ao comércio exterior, se fala em “promover o maior consumo nacional da produção do país” e nas relações da importação com a produção nacional — uma evidente extensão para os problemas globais da economia nacional.

A organização do CFCE pelo Decreto-Lei nº 74/1937 revela, ainda mais, a extensão da competência, pois uma de suas três câmaras trata de “produção, consumo e transportes” (art. 7.º) e os seus consultores técnicos devem ser especialistas não apenas em comércio exterior, mas também em “transportes, economia rural, direito comercial e estatística” (art. 2º).

Mais tarde, no Decreto nº 2.308/1938 se faz alusão, em várias oportunidades, a atribuições mais amplas. Por exemplo, à seção de legislação, tratados e pesquisas econômicas competirá estudar “a legislação nacional e estrangeira que, versando sobre assuntos econômicos ou financeiros, possa, de qualquer modo, interessar ao Brasil” (art. 12); também, “reunir informações sobre as condições da produção, do beneficiamento, do acondicionamento e do transporte dos produtos brasileiros” (*ibidem*); bem como reunir informações referentes “à produção industrial, mineira e agrícola” (*ibidem*).

A tendência torna-se mais explícita no Decreto-Lei nº 1.163/1939 que praticamente transforma o CFCE num órgão geral, embora alternativo, de coordenação econômica: “Até que se instale o Conselho da Economia Nacional, compete ao CFCE desempenhar as funções de coordenação e fomento da produção nacional que, pela sua natureza especial, já não vierem sendo exercidos por outros órgãos do Governo. Incumbe-lhe estudar a coordenação dos diferentes institutos e conselhos de produção já criados, bem como a criação de novos” (art. 2º). Esta última competência é extremamente relevante.

Ainda mais instrutivo é o levantamento dos assuntos estudados pelo CFCE (7), observando-lhes a variedade e extensão fora do terreno próprio do comércio exterior. Na impossibilidade de uma pesquisa mais ampla, a enumeração de alguns temas da pauta do Conselho é elucidativa (8):

— no setor industrial: proteção da indústria existente contra a ação dos trusts; estudos para apresentação de planos de instalação das indús-

(7) WIRTH (*op. cit.*, pp. 35-51) refere-se a vários processos, porém todos ligados ao comércio exterior.

(8) O levantamento foi feito, com presteza e cuidado, por SILVANA ERSE CYRINO, a quem agradeço.

trias básicas; regulamentação definitiva das indústrias em superprodução; indústrias que podem ser incentivadas ou estabelecidas; organização da indústria siderúrgica; plano de estabelecimento de usinas elétricas do Governo;

— no setor demográfico: colonização rural e sua importância para expansão econômica; transporte de imigrantes para seringais; correção do desequilíbrio entre populações litorâneas e do interior; organização de núcleos rurais;

— no setor agrícola e florestal: crédito agrícola e industrial; seguro agropecuário; reflorestamento;

— no setor da infra-estrutura: estabelecimento de rede metropolitana de vias férreas eletrificadas;

— no setor de desenvolvimento regional: plano de organização do indicador geral dos Estados e Municípios; criação de uma fundação dos Municípios; crédito hoteleiro e turístico;

— no setor do desenvolvimento social: regulamentação da fiscalização sanitária; construção de casas populares; incentivos para instalação de casas de saúde; melhora do abastecimento; barateamento do custo de vida; e, finalmente, problemas abrangentes, inclusive esboços com vista a uma política global de planejamento:

— estudos sobre problemas do pós-guerra; criação de um Conselho Federal de eficiência nacional; estudos sobre a criação do Conselho Nacional de Economia; programa de reconstrução econômica (1936); plano econômico, financeiro, industrial, agrícola e comercial (1937); plano quinquenal; diretrizes fundamentais para um planejamento econômico (1947).

O CFCE foi extinto em 1949, mas representou um marco no caminho para planejamento e centralização econômica. Já no ano de sua criação foi implantado o Plano da Viação Nacional, seguido de vários planos setoriais, até aparecerem, mais tarde, os planos globais, a partir do Plano Trienal (1963) até o III PND (1979), embora este último tenha registrado um certo afrouxamento na "onda planejadora".

Não cabe avaliar aqui os méritos ou as culpas do planejamento. Vale apenas o registro histórico de que o CFCE deu um primeiro passo nessa evolução por todos nós vivida.

A incidência da norma jurídica e o fato jurídico

MARCELO DA COSTA PINTO NEVES

Professor auxiliar da Faculdade de Direito
de Recife (Universidade Federal de
Pernambuco).

SUMARIO

1. A estrutura da norma jurídica
2. A incidência da norma jurídica
3. O suporte fático
4. O fato jurídico
 - 4.1. Conceito e composição do fato jurídico
 - 4.2. Classificação dos fatos jurídicos
 - 4.2.1. Conforme as suas inter-relações (SCHREIER)
 - a) Fatos jurídicos parciais ou dependentes e fatos jurídicos totais ou independentes
 - b) Fatos jurídicos compatíveis e incompatíveis
 - 4.2.2. Conforme os elementos constitutivos do suporte fático
 - 4.2.3. Conforme os efeitos

Bibliografia

1. *A estrutura da norma jurídica*

A norma jurídica tem a estrutura de um juízo. Aos juízos entitativos (ou enunciativos), cuja proposição ⁽¹⁾ é composta de dois termos, o *sujeito* e o *predicado*, unidos pelo verbo *ser* (a cópula), exprimindo que algo é, tem sido

(1) "A proposição é o enunciado de um juízo" (LOUIS LIARD. *Lógica*. Trad. de GODOFREDO RANGEL. 9ª ed., São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1979, p. 27). "La envoltura verbal del juicio se llama *proposición*" (EDUARDO GARCÍA MAYNEZ. *Lógica del Juicio Jurídico*. México, Fondo de Cultura Económica, 1955, p. 14).

ou será de certa maneira (2), contrapõem-se os juízos imputativos (ou prescritivos, ou atributivos) — dentre os quais se inclui o juízo jurídico —, cuja função é prescrever condutas aos destinatários do ordenamento normativo. Enquanto os juízos enunciativos indicam relações de causalidade, os juízos normativos apontam relações de imputabilidade (3). Portanto, a *pretensão de verdade* é própria dos juízos enunciativos, ao passo que a *pretensão de validade* identifica os juízos normativos (4).

Discute-se qual a estrutura relacional do juízo implicado na norma jurídica (5). Considerando a norma jurídica geral (abstrata), HANS Kelsen caracterizou-a logicamente como juízo hipotético. Para ele, só a norma primária, que imputa a uma conduta ilícita uma sanção, apresenta um autêntico valor ontológico. Conforme a teoria pura do direito, a norma secundária — reguladora da conduta lícita — “resulta seguramente supérflua em uma exposição estrita do direito”, estando contida na norma primária, “que é a única norma jurídica genuína” (6). Na norma jurídica estaria implicado apenas um juízo hipotético, dado que a norma secundária seria apenas uma *variável nominal*. Afastando-se, neste particular, do pensamento de Kelsen, escreve LOURIVAL VILANOVA: “Como reduziu a norma à proposição primária (norma sancionadora), deixou de perceber, cremos, que havia, na estrutura formal da proposição jurídica integral, *uma disjunção de duas implicações, isto é, duas estruturas hipotéticas relacionadas disjuntivamente*” (7).

Coube à teoria egológica, considerando o fenômeno jurídico em sua integridade, isto é, tendo em vista ambas as possibilidades da conduta humana juridicizada, restabelecer a norma jurídica em sua completude, atribuindo-lhe a estrutura de um juízo disjuntivo. Segundo CARLOS COSSIO, “la norma jurídica completa, que en cuanto concepto adecuado al objeto ha de ser disyuntiva para referirse a la posibilidad de posibilidades y no sólo a la posibilidad que se da,

(2) Cf. ABELARDO TORRE. *Introducción al Derecho*. 7ª ed. Buenos Aires, Editorial Perrot, 1975, p. 142.

(3) Sobre as diferenças entre o princípio da causalidade e o princípio da imputação, v. HANS KELSEN. *Teoria Pura do Direito*. Trad. port. de JOÃO BAPTISTA MACHADO. 3ª ed., Coimbra, Arménio Amado, 1974, pp. 137-139.

(4) V. EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ. *Lógica del Juicio Jurídico*, ob. cit., pp. 58-81; LOURIVAL VILANOVA. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo, R.T. — EDUC, 1977, pp. 99 e 100.

(5) V. ABELARDO TORRE, *op. cit.*, pp. 144-146; ENRIQUE R. AFTALIÓN, FERNANDO GARCÍA OLANO e JOSÉ VILANOVA. *Introducción al Derecho*. 11ª ed., Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1980, pp. 100-105.

(6) HANS KELSEN. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Trad. esp. de EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ. México, UNAM, 1979, p. 71. Neste mesmo sentido, manifesta-se este jurista, in *Compendio de Teoría General del Estado*. Trad. esp. de Luiz Recaséns Siches e JUSTINO DE AZCARATE. 2ª ed., México, Editora Nacional, 1980, pp. 52 e 124-127; *Teoría General del Estado*. Trad. esp. de LUIS LEGAZ LACAMBRA. 15ª ed., México, Editora Nacional, 1979, pp. 86-88. “No habría así en la norma secundaria ningún nuevo objeto de conocimiento jurídico” (AFTALIÓN, OLANO e VILANOVA, *op. cit.*, p. 103).

(7) *Op. cit.*, p. 90.

tiene dos miembros, a los que proponemos llamarlos endonorma (conceptuación de la prestación) y perinorma (conceptuación de la sanción), no sólo para terminar con el caos de las designaciones de normas primaria y secundaria que los diferentes autores usan con sentido opuesto, sino para subrayar que se trata de una norma única y no de dos normas, punto indispensable para entender el concepto de la norma jurídica como un juicio disyuntivo. (...) Si la conducta está conforme con el primer miembro de la norma (la endonorma), la conducta es monovalente: siempre es lícita; si está conforme con el segundo miembro (la perinorma), la conducta es bivalente: primero es ilícita y después deviene lícita" (8).

O juízo disjuntivo é um juízo complexo, sendo composto de dois juízos hipotéticos, cuja conexão proposicional é expressa pela conjunção *ou*. Isto infere-se da maneira como o próprio Cossio formula literalmente a estrutura da norma jurídica: "Dada una situación coexistencial como el hecho inicial de una totalidad sucesiva (H), debe ser la prestación de alguien (P) como alguien obligado (Ao), ante alguien titular (At); o dado el entuerto como no prestación (no-P), debe ser la sanción del responsable (S) impuesta por un funcionario obligado a ello (Fo) gracias a la pretensión de la Comunidad (pC)" (9).

LOURIVAL VILANOVA, embora concordando com a disjuntividade do juízo implicado na norma jurídica, conforme Cossio, não adota a terminologia do jusfilósofo argentino, denominando a endonorma de *norma primária* e a perinorma de *norma secundária*, em sentido inverso do da teoria kelseniana. Justifica a sua terminologia, salientando "não ser possível considerar a norma que não sanciona como supérflua" e explicando que "as denominações adjetivas 'primária' e 'secundária' não exprimem relações de ordem temporal ou causal, mas de antecedente lógico para conseqüente lógico" (10).

Preferimos a terminologia da teoria egológica, tendo em vista que as expressões *norma primária* e *norma secundária* conduzem a entender tratar-se de duas normas, enquanto as expressões *endonorma* e *perinorma* melhor designam os seus objetos, isto é, melhor indicam as partes (membros) interdependentes de uma mesma norma.

Embora a norma jurídica geral (abstrata) tenha sempre a estrutura de um juízo disjuntivo, a norma jurídica individual pode apresentar a forma de um juízo categórico. Disto bem se apercebeu Kelsen:

"Apenas as normas individuais podem ser categóricas, no sentido de que prescrevem, autorizam ou positivamente permitem uma dada

(8) *La Teoría Egológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*. 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964, pp. 661-662. Enfatiza o jurista argentino: "La norma jurídica mienta la libertad de la conducta en la totalidad de sus posibilidades, pues considera lo que ocurriere como deber y también lo que ocurriendo, no ocurriere como deber (es decir, lo que ocurriere como transgresión), captando así plenamente el hecho de la libertad, que consiste en ser posibilidad" (*op. cit.*, p. 338).

(9) *Op. cit.*, p. 686.

(10) *Op. cit.*, pp. 64-65. A terminologia do jurista pernambucano coincide com a de FRITZ SCHREIER (cf. *Conceptos y Formas Fundamentales del Derecho*. Trad. esp. de EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ. México, Editora Nacional, 1975, pp. 154 e 240-241).

conduta de determinado indivíduo sem a vincular a determinado pressuposto". Contudo, ele adverte que "as normas individuais também podem ser hipotéticas, quer dizer, fixar apenas como condicionalmente devida a especificada conduta de um determinado indivíduo" (11).

Vale salientar que, apenas antes de sua concretização mediante o fenômeno da incidência, a norma jurídica geral apresenta a estrutura de um juízo disjuntivo, compondo-se de dois juízos hipotéticos interconexos. Com a incidência da endonorma ou da perinorma, a norma jurídica geral, concretizando-se, assume a estrutura de um juízo categórico. Não é outro o ponto de vista de GARCÍA MÁYNEZ:

"Aun cuando parezca paradójico, antes de la realización de sus supuestos toda norma es hipotética y, cuando aquéllos se producen, deviene categórica" (12).

Tanto a endonorma como a perinorma compõem-se, sob o prisma lógico, de um suposto (ou pressuposto, ou antecedente, ou hipótese de incidência, ou descritor) e de uma disposição (ou preceito, ou consequência, ou prescritor), unidos pela cópula imputativa (deve ser). O suposto da endonorma pode referir-se a fatos que não a conduta (humana), embora a disposição, seja endonormática ou perinormática, dirija-se sempre à conduta (humana). Daí salientar Kelsen:

"Na verdade, a consequência não é imputada apenas a uma conduta humana, ou — expresso na terminologia usual — a consequência não é somente imputada a uma pessoa, mas também a fatos ou circunstâncias exteriores. Mas é sempre e apenas a conduta humana que é imputada" (13).

Todavia, há de ressaltar-se que o suposto da perinorma descreve, necessariamente, uma conduta (humana) ilícita, seja comissiva ou omissiva.

Dado o fenômeno da consecutividade normativa, muito bem analisado por CARLOS COSSIO (14), é possível que a endonorma de uma norma coincida, concorde ou se superponha com a perinorma de outra. Isto ocorre, por exemplo, entre a perinorma que imputa uma sanção pelo inadimplemento de uma obrigação tributária e a endonorma que impõe ao fiscal de tributos a expedição do auto de infração.

2. A incidência da norma jurídica

O suposto da norma jurídica descreve hipoteticamente os fatos naturais ou sócio-culturais que, ocorrendo concretamente, irradiam os efeitos que a disposição prescreve abstratamente.

(11) *Teoria Pura do Direito*, ed. cit., pp. 154-155. No mesmo sentido, v. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES. *Lançamento Tributário*, Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 111.

(12) *Introducción al Estudio del Derecho*. 31ª ed., México, Porrúa, 1980, p. 14.

(13) *Teoria Pura do Direito*, ed. cit., p. 152. A respeito, afirma ainda este autor: "En este sentido, hechos que no representan un comportamiento humano pueden entrar en el contenido de una norma de derecho" (*Teoría General del Derecho y del Estado*, ed. cit., pp. 3 e 4).

(14) Cf. *op. cit.*, pp. 663-673.

A concretização dos fatos previstos no suposto constitui o fenômeno da incidência da norma jurídica, o qual faz surgir, necessariamente, o fato jurídico. No suposto está representado abstratamente o suporte fático, que, ao realizar-se, conduz infalivelmente à incidência da norma jurídica. A norma incidente, qualificando-o juridicamente, transforma-o em fato jurídico. “A regra jurídica” — afirma PONTES DE MIRANDA — “é objetiva e incide nos fatos; o suporte fático torna-se fato jurídico” (15). E esclarece: “se aquilo que a regra jurídica prevê se compõe, no mundo dos fatos, incide ela, qualificando como fato jurídico aquilo que foi previsto e se compôs” (16). Daí denominar-se, precedentemente, de *hipótese de incidência* (17) o suposto jurídico.

A incidência da endonorma antecede, lógica e cronologicamente, à incidência da perinorma. A perinorma incide quando descumpridos os deveres jurídicos decorrentes da incidência da endonorma.

A incidência caracteriza-se pela *infalibilidade* e pela *inesgotabilidade*.

A infalibilidade (18) decorre do fato de que, composto o suporte fático, a norma jurídica incide necessariamente, imputando determinada (s) conduta (s) a um ou mais membros da comunidade jurídica. No caso de normas jurídicas *não-cogentes*, embora a sua incidência esteja condicionada à vontade do destinatário (19), não se pode negar a infalibilidade da mesma. Na hipótese, por exemplo, de normas dispositivas, o núcleo do suporte fático é integrado pelo fato da não-manifestação de vontade em sentido diverso do que estatui a norma. Ocorrendo esta manifestação, o suporte fático é insuficiente, não incidindo a norma. Não acontecendo esta manifestação, o suporte fático torna-se suficiente, dando-se a incidência da norma (20).

A infalibilidade da incidência importa que ela independe da observância ou aplicação da norma (21). Malgrado a eficácia (sentido kelseniano) — que se realiza mediante a observância e a aplicação das normas incidentes — constitua ideal de toda ordem jurídica, em muitos casos, seja por inexistir obser-

(15) *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, Borsoi, t. V (1955), § 599, nº 2, p. 225.

(16) *Incidência e Aplicação da Lei*. *Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco*, a. 1, n. 1. Recife, 1956, p. 52. Dentro desta orientação, escreve MARCOS BERNARDES DE MELLO: “A incidência é, assim, o efeito da norma jurídica de transformar em fato jurídico a parte do seu suporte fático que o direito considerou relevante para ingressar no mundo jurídico” (*Contribuição à Teoria do Fato Jurídico*, Maceió, 1980, p. 33).

(17) Expressão que foi adotada pela grande maioria dos tributaristas brasileiros, destacando-se GERALDO ATALIBA, com o seu valioso trabalho *Hipótese de Incidência Tributária*. São Paulo, R.T., 1973.

(18) Cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro, Borsoi, t. 1 (1954), § 5º, nº 1, p. 16.

(19) Cf. MARCOS BERNARDES DE MELLO, *Contribuição à Teoria do Fato Jurídico*. Maceió, 1980, p. 36.

(20) Neste sentido, v. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro, Borsoi, t. 3 (1954), § 250, nº 3, p. 10.

(21) Sobre a distinção entre observância e aplicação, v. HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, ed. cit., p. 327; JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, *Lançamento Tributário*, ed. cit., pp. 92-94.

vância ou aplicação, seja por não haver coincidência entre incidência e aplicação, a norma incidente torna-se ineficaz (não é cumprida espontânea ou coativamente).

A incidência é inesgotável, isto é, toda vez que o suporte fático realiza-se, a norma jurídica incide. Mesmo quando a norma jurídica se refira a uma única situação, estará caracterizada a inesgotabilidade da incidência, significando que, "sempre que o seu suporte fático se tornar concreto e suficiente, ela incidirá" (22).

Não basta que a lei exista para que possa incidir. A incidência da norma jurídica pressupõe a sua vigência. Embora existente, a norma jurídica, não estando em vigor — como, por exemplo, a lei no período da *vacatio legis* e as normas constitucionais suspensas durante o estado de sítio (arts. 156 e 157 da Constituição federal) —, não incidirá.

Dáí conceituar-se a vigência como a possibilidade de a norma incidir. "Estar em vigor a lei" — salienta PONTES DE MIRANDA — "não significa que a lei já incida. Significa, apenas, que a lei já *pode incidir*" (23). Em suma, a vigência é a incidibilidade da norma jurídica.

A incidência só é possível dentro do âmbito de validade da norma. O âmbito de validade, conforme KELSEN (24), abrange quatro esferas: a espacial, a temporal, a pessoal e a material (25). A norma não incide fora de qualquer destas esferas de validade. Uma lei municipal só incide nos limites territoriais do Município. As normas revogadas, ou cujo prazo de validade tenha-se esgotado, não mais incidem. O Estatuto dos Funcionários Públicos Federais não incide em relação aos *empregados* da União. As normas de direito civil reguladoras do contrato de prestação de serviço não incidem sobre as relações trabalhistas. Assim sendo, constata-se que o âmbito de validade (KELSEN) da norma jurídica confunde-se com o seu âmbito de incidência (PONTES DE MIRANDA).

O efeito imediato da incidência da norma jurídica é a juridicização do suporte fático, isto é, a constituição do fato jurídico. Carece de rigor científico a distinção entre normas jurídicas juridicizantes, desjuridicizantes e pré-juridicizantes (ou pré-excludentes de juridicidade) (26). Para que um determinado fato jurídico seja desjuridicizado, é imprescindível a constituição de um outro fato jurídico que tenha o efeito de expulsá-lo do "mundo" jurídico. Ou seja, a desjuridicização de um fato jurídico está condicionada à ocorrência

(22) MARCOS BERNARDES DE MELLO, *op. cit.*, p. 37.

(23) *Incidência e aplicação da lei*, in rev. e vol. cit., p. 52. A respeito, v. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, *Lei Complementar Tributária*, São Paulo, R.T. — EDUC, 1975, pp. 39-40; MARCOS BERNARDES DE MELLO, *op. cit.*, pp. 37-39.

(24) Cf. *Teoría General del Derecho y del Estado*, ed. cit., pp. 49-51; *Teoría Pura do Direito*, ed. cit., pp. 32-35.

(25) Sobre a classificação das normas jurídicas desde o ponto de vista dos seus diversos âmbitos de validade, v. LUIS RECASENS SICHES, *Introducción al Estudio del Derecho*. 5ª ed., México, Editorial Porrúa, 1973, pp. 179-181; EDUARDO GARCIA MAYNEZ, *Introducción al Estudio del Derecho*, ed. cit., pp. 80-83; ABELARDO TORRE, *op. cit.*, pp. 147-148 e 150-151.

(26) Distinção formulada por PONTES DE MIRANDA (cf. *Tratado de Direito Privado*, ed. cit., t. 1, pp. 28 e 75) e adotada por MARCOS BERNARDES DE MELLO (cf. *op. cit.*, pp. 46-48).

de uma situação fática hipoteticamente prevista na norma jurídica. Só com a incidência da norma sobre esta situação fática (suporte fático), juridificando-a (= transformando-a em fato jurídico), é que haverá a expulsão de um fato jurídico do sistema. Por isso, o exemplo dado por MARCOS BERNARDES DE MELLO, apontando o art. 1.151 do Código Civil como norma jurídica desjurificante (27), é falho.

No caso, se houve ingratidão do donatário, o contrato de doação é revogável pelo doador. Para que o negócio jurídico da doação seja desjurificado, é indispensável que se realize um determinado suporte fático, composto dos seguintes elementos: 1) ingratidão do donatário; 2) manifestação de vontade revogatória do doador. Desta maneira, com a incidência do mencionado artigo 1.151 sobre este suporte fático, constitui-se o fato jurídico de revogação da doação.

Também a pré-exclusão da juridicidade de um suporte fático está condicionada à juridificação de um outro suporte fático. Aqui igualmente, o exemplo do prof. MARCOS BERNARDES DE MELLO, ao indicar o art. 160 do Código Civil como espécie de norma pré-excludente de juridicidade (28), mostra-se falho. Na hipótese, a legítima defesa, o estado de necessidade e o exercício regular de um direito são os suportes fáticos sobre os quais incide o art. 160, transformando-se em fatos jurídicos excludentes da incidência do art. 159, ou seja, fatos jurídicos que impedem a constituição do ato ilícito.

Na realidade, portanto, é completamente falso contraporem-se as normas jurídicas cuja incidência provoca a juridificação do suporte fático àquelas cuja incidência importa a desjurificação de um fato jurídico ou a pré-exclusão de juridicidade de um suporte fático. A incidência da norma jurídica terá sempre o efeito imediato de juridificar um suporte fático qualquer. O fato jurídico daí resultante é que poderá ser desjurificante de outros fatos jurídicos ou pré-excludente da juridificação de outros suportes fáticos, como também apenas invalidante ou deseficacizante de outros fatos jurídicos. Nenhuma dessas conseqüências realizar-se-á sem a intermediação de um fato jurídico.

3. O suporte fático

O suporte fático é o fato (ou conjunto de fatos) natural ou sócio-cultural ao qual as normas de direito (positivo) atribuem efeitos jurídicos. Constitui-se dos dados-de-fato previstos abstratamente na hipótese de incidência normativa. Sua realização concreta implica a incidência da norma jurídica, que o transforma em fato jurídico. Apresenta-se, pois, como o substrato do fato jurídico, embora nele possam estar incluídos fatos já juridificados (29).

(27) Cf. *op. cit.*, p. 47.

(28) Cf. *op. cit.*, pp. 47-48.

(29) Cf. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, t. 1, ed. cit., § 13, nº 4, pp. 34-35. O Prof. MARCOS BERNARDES DE MELLO (*op. cit.*, p. 26), baseado nos ensinamentos de PONTES DE MIRANDA, distingue o suporte fático hipotético e o suporte fático concreto. Para manter o rigor terminológico, empregaremos a expressão *suporte fático* apenas nesta última acepção. O que ele denomina *suporte fático hipotético* identifica-se com o conceito de *hipótese de incidência* (ou suposto, ou antecedente, ou pressuposto, ou descritor).

O suporte fático, seja um fato natural ou sócio-cultural, não entra no "mundo" jurídico com sua estrutura e conteúdo originários, como bem enfatiza PONTES DE MIRANDA: "Não entra, sempre, todo ele. Às mais das vezes, despe-se de aparências, de circunstâncias, de que o direito abstraiu; e outras vezes se veste de aparências, de formalismo, ou se reveste de certas circunstâncias, fisicamente estranhas a ele, para poder entrar no mundo jurídico" (30). Daí ressaltar KARL ENGISCH que, "nas regras jurídicas, não é uma situação de fato em si dada que é conceitualmente fixada e tornada objeto de enunciados cognitivos, mas, antes, as situações da vida que são demarcadas e por assim dizer *recriadas* (...) como pressupostos de certas conseqüências jurídicas" (31). Numa linguagem metafórica, pode-se afirmar que a norma incidente "purifica" o suporte fático, elevando-o à categoria dos fatos jurídicos.

O suporte fático pode ser simples ou complexo, conforme seja composto de um único fato ou de um grupo de fatos. Em regra, o suporte fático é complexo (32), nele sobrelevando-se o núcleo. O núcleo (ou *cerne*) é a parte do suporte fático de cuja composição depende a própria "existência" do fato jurídico (33). Distinguem-se, pois, os elementos que integram o núcleo (completantes) e os elementos que apenas o complementam (complementares) (34). Enquanto os primeiros referem-se à "existência" do fato jurídico, os segundos produzem conseqüências tão-só quanto à validade ou à eficácia do mesmo.

Para que a norma jurídica incida, é imprescindível a suficiência do suporte fático: o suporte fático insuficiente não se transforma em fato jurídico. Quando se trata de suporte fático simples, o problema se resume à verificação da ocorrência do fato normativamente previsto. Em se tratando de suporte fático complexo, cabe constatar se todos os seus elementos nucleares se compuseram (35).

Quando a vontade é elemento relevante (atos jurídicos *lato sensu*), o suporte fático pode ser eficiente ou deficiente. Ao passo que a insuficiência do suporte fático implica a "inexistência" do fato jurídico, a deficiência importa-lhe tão-somente a invalidade ou a ineficácia. O suporte fático é deficiente por lhe faltar qualquer dos seus elementos complementares (36).

(30) *Tratado...*, I, ed. cit., § 7, nº 1, p. 20. Neste mesmo sentido, v. LOURIVAL VILANOVA, *op. cit.*, pp. 46-47.

(31) *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. port. de J. BAPTISTA MACHADO. 3ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1977, p. 20.

(32) Cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...*, I, ed. cit., § 8, nº 5, p. 25.

(33) Cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...*, I, ed. cit., § 13, nº 2, pp. 33-34; MARCOS BERNARDES DE MELLO, *op. cit.*, p. 28.

(34) Cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...*, III, ed. cit., p. 12; MARCOS BERNARDES DE MELLO, *op. cit.*, p. 29.

(35) Cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...*, I, ed. cit., § 9º e § 10º, nº 6; MARCOS BERNARDES, *op. cit.*, pp. 42-44.

(36) Cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro, Borsol, t. 4 (1954), § 356, nº 1, pp. 3-4; MARCOS BERNARDES DE MELLO, *op. cit.*, pp. 44-46.

4. O Fato Jurídico

4.1 Conceito e composição do fato jurídico

Quando qualificado pela norma jurídica incidente, o suporte fático transforma-se em fato jurídico. “Fato Jurídico” — define PONTES DE MIRANDA — “é o suporte fático que o direito reputou pertencer ao mundo jurídico” (37).

Conforme afirmamos anteriormente, quando convertido em fato jurídico, o suporte fático perde sua estrutura e seu conteúdo originário. Nem todas as propriedades do fato natural ou sócio-cultural previsto na hipótese de incidência têm relevância jurídica. Como salienta LOURIVAL VILANOVA, “o que determina quais propriedades entram, quais não entram, é o ato-de-valorização que preside à feitura da hipótese da norma” (38). Daí declarar PONTES DE MIRANDA que “o fato jurídico é o que fica do suporte fático suficiente, quando a regra jurídica incide e porque incide” (39). Por outro lado, a norma jurídica incidente acrescenta novas propriedades ao suporte fático.

Vale salientar, igualmente, que nem sempre o desaparecimento ou a transformação do suporte fático implica a extinção ou a modificação do fato jurídico e vice-versa. “La extinción de la situación de hecho natural” — afirma SCHREIER — “no significa necesariamente la desaparición del hecho jurídico. Por otra parte, el hecho natural puede perdurar aún cuando el jurídico haya sido aniquilado” (40). O exemplo dado pelo jurista austríaco é bastante esclarecedor:

“El fallecimiento real del ausente, verbigracia, es jurídicamente irrelevante mientras no existe una declaración de muerte” (41).

Assim como se devem distinguir o suporte fático e o fato jurídico, há de evitar-se também a confusão entre fato jurídico e suposto jurídico (hipótese de incidência). Sem rigor conceitual e terminológico, FRITZ SCHREIER indentificou o fato jurídico e o suposto jurídico, discorrendo:

“Por lo que toca, en primer término, a la palabra hecho jurídico, hay que advertir que consideramos como sinónimos los vocablos hecho jurídico y supuesto jurídico. La expresión hecho jurídico es indudablemente equívoca, ya que también se usa para designar un hecho real, temporalmente localizado. No creemos, sin embargo, que estas dos significaciones puedan ser confundidas y, en consecuencia, preferimos emplear la expresión consagrada por la terminología jurídica tradicional, pero en el sentido de supuesto o hipótesis jurídica” (42).

Em realidade, porém, como observa GARCIA MÁYNEZ (43), o *fato jurídico*, enquanto conceito ontológico-jurídico fundamental, é o correlato, no plano

(37) *Tratado...*, I, § 7, nº 1, p. 20.

(38) *Op. cit.*, p. 46.

(39) *Tratado...*, I, § 23, nº 1, p. 77.

(40) *Conceptos y Formas Fundamentales del Derecho*. Trad. esp. de EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ. México, Editora Nacional, 1975, p. 177.

(41) *Op. cit.*, pp. 146-147.

(42) *Op. cit.*, p. 145.

(43) *Cf. Lógica del Concepto Jurídico*. México, Fondo de Cultura Económica, 1959, p. 175.

da conduta, do *suposto jurídico*, o qual se inclui entre os conceitos lógico-jurídicos fundamentais. Enquanto o suposto é elemento da norma jurídica abstrata, "o fato jurídico não é parte sua, senão realização da hipótese que a norma abstratamente formula" (44).

Do exposto, infere-se que o fato jurídico não é um objeto puramente *ideal*, tampouco um objeto simplesmente *real*.

O fato jurídico é composto do suporte fático, que é o seu substrato, *mais* o sentido ou significado que a este atribui a norma jurídica incidente.

O suporte fático é o seu componente *real, existencial*; a norma jurídica incidente confere-lhe o componente *ideal* (o sentido ou significado jurídico). Mesmo quando o suporte fático é composto de outro fato jurídico, este incorpora ao novo fato jurídico o seu substrato real.

Diante de tudo isto, constata-se que não foi bem formulada por SCHREIER a chamada *lei da causalidade jurídica*: "No hay consecuencias de derecho sin supuesto jurídico" (45). Conforme sustenta GARCÍA MÁYNEZ, "lo que produce las consecuencias de derecho no es el supuesto de la norma, sino su *realización*, y aquéllas no fungen como elementos de un juicio, sino de una *relación jurídica*" (46). O suposto jurídico e a disposição normativa apenas prevêem abstratamente os fatos e efeitos jurídicos, respectivamente. Os efeitos jurídicos só são produzidos quando, incidindo a norma jurídica sobre o suporte fático, constitui-se o fato jurídico. Portanto, com rigor conceitual e terminológico, propomos a seguinte formulação da denominada *lei da causalidade jurídica*: "Não há efeito jurídico sem fato jurídico" (47).

4.2 Classificação dos fatos jurídicos

4.2.1 Conforme as suas inter-relações (SCHREIER)

a) Fatos jurídicos parciais ou dependentes e fatos jurídicos totais ou independentes

Segundo FRITZ SCHREIER (48), ao fato jurídico que é condição necessária e suficiente da consequência de direito, ou seja, que produz por si só, independentemente de qualquer outro fato jurídico, os efeitos jurídicos previstos na disposição normativa, dá-se a denominação de *fato jurídico total ou independente*; ao fato jurídico cujos efeitos jurídicos só se irradiam quando da *existência* de um ou mais outros fatos jurídicos, dá-se a de *fato jurídico parcial*

(44) GARCÍA MAYNEZ. *Filosofía del Derecho*. México, Porrúa, 1974, p. 348. Refutando diretamente Schreier, escreve este autor: "El hecho jurídico no es supuesto de las normas atributivas y prescriptivas, sino realización de la hipótesis que cada una de ellas formula" (*Lógica del Concepto Jurídico*, ed. cit., p. 176).

(45) *Op. cit.*, p. 146.

(46) *Lógica del Concepto Jurídico*, ed. cit., p. 166. "No terreno jurídico, regra jurídica e suporte fático devem concorrer como causas do fato jurídico, ou das relações jurídicas" (PONTES DE MIRANDA, *Tratado...*, I, § 23, nº 2, p. 77).

(47) Sobre a *causalidade jurídica*, v. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...*, I, § 6, pp. 18-19.

(48) *Cf. op. cit.*, pp. 147-148.

ou dependente. Os fatos jurídicos parciais podem ser absoluta ou relativamente dependentes:

“Absolutamente dependientes son los hechos jurídicos que por sí mismos no engendran ninguna consecuencia, es decir, aquellos que sólo producen consecuencias de derecho cuando forman parte de un hecho jurídico total. (...) Relativamente dependientes son los hechos jurídicos que pueden producir por sí determinadas consecuencias de derecho, pero no otras, que solamente engendran cuando se hallan unidos a nuevos hechos jurídicos relativa o absolutamente dependientes” (49).

Criticando a classificação do jurista austríaco, GARCÍA MÁYNEZ sustenta que “los llamados por él *absolutamente dependientes* en rigor *no son hechos jurídicos*, ya que no pueden, por sí, esto es, independientes de los demás que fungen como *elementos* del hecho jurídico total, producir efectos jurídicos” (50). Entretanto, há situações em que a norma jurídica incide sobre o seu suporte fático, transformando-o em fato jurídico, mas este não produz imediatamente os efeitos previstos na disposição normativa, os quais só se irradiarão quando da ocorrência de um fato jurídico futuro (51). Exemplificando: os efeitos jurídicos específicos do testamento estão condicionados à morte do testador; nem por isso pode negar-se que o ato de testamento seja um fato jurídico. Portanto, malgrado a definição de SCHREIER ter sido mal formulada, podendo levar a equívocos, não se confundem os fatos jurídicos absolutamente dependentes e os simples elementos do suporte fático de um fato jurídico.

Com base na classificação acima considerada, SCHREIER distinguiu a fusão unilateral e recíproca dos fatos jurídicos:

“En el caso de la fusión unilateral, la consecuencia del hecho jurídico fundante puede producirse aún cuando el supuesto jurídico fundado no se realice. (...) Entre los *hechos jurídicos recíprocamente fusionados* se encuentran aquellos relativamente a los cuales *la consecuencia del hecho jurídico fundante se halla condicionada por la realización del hecho jurídico fundado*. La relación de fusión es, pues, reversible, porque cada hecho parcial ... es, al mismo tiempo, fundante e fundado. Ocurre esto en el caso de los hechos absolutamente dependientes” (52).

Contudo, também em se tratando de fatos jurídicos relativamente dependentes, encontram-se casos nos quais há relação de fusão recíproca, sendo necessário, nestas hipóteses, que o fato jurídico seja “qualificado em uma forma específica” (53).

(49) FRITZ SCHREIER, *op. cit.*, pp. 149-150.

(50) *Filosofía del Derecho*, ed. cit., pp. 353-354.

(51) Nestas hipóteses, segundo a terminologia de PONTES DE MIRANDA (cf. *Tratado...*, I, § 5º, nº 2, pp. 16-17), há a *eficácia da regra jurídica* ou *nomológica*, mas *ainda não há a eficácia jurídica*.

(52) *Op. cit.*, pp. 151-153.

(53) FRITZ SCHREIER, *op. cit.*, p. 153.

b) *Fatos jurídicos compatíveis e incompatíveis*

Os fatos jurídicos compatíveis somam suas conseqüências ou, ao constituírem um fato jurídico total, produzem unitariamente novos efeitos. Como bem define GARCÍA MÁYNEZ, expressando o pensamento de SCHREIER, “un hecho jurídico es incompatible con otro si, al enlazarse con él, aniquila sus efectos” (54). O exemplo mais sensível desta categoria está constituído pela condição resolutória: “sua realização produz o efeito de aniquilar o fato jurídico sujeito à tal condição” (55).

SCHREIER classifica os fatos jurídicos incompatíveis em duas espécies: os absoluta e os relativamente incompatíveis.

“En primer lugar” — afirma ele —, “tenemos hechos jurídicos absolutamente incompatibles (negativos), que no pueden desempeñar más función, al encontrarse con otros hechos de determinada especie, que la de aniquilar a estos últimos. (...) Ejemplos: desistimiento, revocación, renuncia, rescisión. En segundo lugar, hay hechos jurídicos relativamente incompatibles, que tienen significación jurídica propia, ya sea como hechos jurídicos dependientes o independientes; pero que, al encontrarse con otros hechos jurídicos de determinada especie, los aniquilan. La muerte de un hombre, por ejemplo, es supuesto jurídico del derecho hereditario, pero al mismo tiempo destruye determinados hechos jurídicos. Así, por ejemplo, la pena desaparece con la muerte del condenado” (56).

Salienta SCHREIER que a distinção entre fusão unilateral e recíproca também é aplicável aos fatos jurídicos incompatíveis.

“Existe fusión recíproca” — discorre ele — “cuando la incompatibilidad es reversible, es decir, cuando los hechos jurídicos se destruyen recíprocamente, de tal suerte que todas las consecuencias jurídicas existentes desaparecen. (...) También existe la posibilidad de una fusión unilateral, la cual ocurre cuando la consecuencia jurídica del hecho fundante resulta aniquilada, en tanto que el hecho jurídico fundado tiene una nueva consecuencia de derecho. Es claro que esta figura sólo es posible cuando el hecho fundado es relativamente incompatible, porque a un hecho jurídico absolutamente incompatible no se le puede imputar ninguna consecuencia de derecho” (57).

Retificando o mestre austríaco, é de afirmar-se que, em se tratando de fusão unilateral, o fato fundado jamais será absolutamente incompatível, porque, em caso contrário, ele não produziria nenhum outro efeito que o de aniquilar o fato fundante.

(54) *Introducción al Estudio del Derecho*, ed. cit., p. 179.

(55) FRITZ SCHREIER, *op. cit.*, p. 176.

(56) *Op. cit.*, p. 178. v., a respeito, GARCÍA MÁYNEZ, *Filosofía del Derecho*, ed. cit., pp. 355-356.

(57) *Op. cit.*, pp. 178-179.

4.2.2. Conforme os elementos constitutivos do suporte fático

São fatos jurídicos todos os fatos naturais ou sócio-culturais a que o ordenamento jurídico imputa determinados efeitos. Neste sentido lato, a expressão *fato jurídico* é empregada para designar “todo acontecimento, dependente, ou não, da vontade humana, a que o direito atribui efeito”⁽⁵⁸⁾. Conforme os elementos que a norma jurídica considera relevantes à *entrada* do fato no mundo jurídico, isto é, tendo em vista os elementos nucleares do suporte fático, os fatos jurídicos *lato sensu* incluem-se em uma das seguintes categorias: a) fato jurídicos *stricto sensu*; b) atos-fatos jurídicos lícitos; c) atos jurídicos lícitos; d) atos-fatos jurídicos ilícitos; e) atos jurídicos ilícitos.

PONTES DE MIRANDA acrescenta a categoria dos fatos jurídicos ilícitos:

“Sempre que alguém responde pela força maior, ou pelo caso fortuito, responde pelo fato ilícito; com ela, lesado foi direito absoluto (fato ilícito absoluto), ou direito relativo (fato ilícito relativo). Houve fato ilícito. Não houve ato humano”⁽⁵⁹⁾.

Em realidade, entretanto, a ilicitude decorre do descumprimento dos deveres (*lato sensu*) impostos a determinada pessoa pelo dispositivo (= preceito ou prescriptor) de uma endonorma, ou seja, a ilicitude é o resultado da não realização da conduta (comissiva ou omissiva) imputada pelo dispositivo de uma endonorma a determinado sujeito de direito. Como dissemos anteriormente (v. item 1), embora a hipótese de incidência da endonorma possa referir-se a fatos que não a conduta (humana), seu preceito sempre prescreve uma conduta. Daí por que a incidência da perinorma pressupõe a ocorrência de uma ação ou omissão que contrarie a conduta estabelecida no preceito da endonorma incidente. Tão-somente a conduta (humana) é qualificável em lícita ou ilícita. Aos demais fatos jurídicos não é aplicável esta distinção: eles não representam o cumprimento ou o descumprimento de deveres imputados pelas normas jurídicas; apenas criam efeitos jurídicos. Assim compreendendo, incluímos na categoria dos fatos jurídicos *stricto sensu* os pretensos “fatos jurídicos ilícitos” (o caso fortuito e a força maior que importam a responsabilização de um sujeito de direito).

Fato jurídico *stricto sensu* é todo aquele em cujos elementos essenciais do suporte fático não se encontra qualquer ato humano. Escreve PONTES DE MIRANDA: “Fatos jurídicos *stricto sensu* são os fatos que entram no mundo jurídico, sem que haja, na composição deles, ato humano, ainda que, antes da entrada deles no mundo jurídico, o tenha havido; e.g., nascimento, morte, idade, adjunção, mistura, confusão, produção de frutos, aluvião, aparição de ilha”⁽⁶⁰⁾.

(58) ORLANDO GOMES. *Introdução ao Direito Civil*. 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1971, p. 225.

(59) *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro, Borsoi, t. 2 (1954), § 162, nº 1, p. 193.

(60) *Tratado...*, II, § 160, nº 1, p. 187. “Todo fato jurídico em que, na composição do seu suporte fático, entram apenas fatos da natureza, independentes de ato humano como dado essencial, denomina-se fato jurídico *stricto sensu*. O nascimento, a morte, o implemento de idade, a confusão, a produção de frutos, o aluvião, a avulsão, são exemplos de fatos jurídicos *stricto sensu*” (MARCOS BERNARDES DE MELLO, *op. cit.*, p. 70).

Eventualmente, ao suporte fático do fato jurídico *stricto sensu* estão ligados atos humanos, como, por exemplo, no caso de morte provocada por assassinio ou suicídio. Isto, todavia, em nada atinge a classificação do fato jurídico, dado que, conforme bem observa MARCOS BERNARDES DE MELLO, "se o fato, em si, prescinde de ato humano para existir, a presença de um ato, eventualmente, em sua concreção, não o desfigura nem o faz mudar de categoria" (61).

Quando, embora se encontrem atos humanos entre os elementos essenciais do suporte fático, a vontade não lhe é elemento relevante, estamos diante de um ato-fato jurídico. Nesta hipótese, apenas interessa o resultado do ato humano, sendo indiferente se o agente o quis ou não. Abstrai-se do ato humano, portanto, qualquer elemento volitivo (62).

O ato-fato jurídico pode ser lícito ou ilícito, conforme haja observância ou inobservância do que prescrevem as normas jurídicas incidentes. Não há por que empregar-se a terminologia *ato-fato jurídico* e *ato fato ilícito*, eis que o *ato-fato ilícito* é um fato juridicamente qualificado e, conseqüentemente, também é um ato-fato jurídico. Entre os atos-fatos jurídicos lícitos destacam-se os seguintes: tradição da posse; tomada de posse; ocupação; especificação; feitura de livro, de quadro, de estátua; descoberta científica; habitação; invenção; abandono da posse; abandono da propriedade imobiliária; imposição de nome ou de pseudônimo; auto-imposição de nome e de pseudônimo; pagamento (63). Dentre os atos-fatos jurídicos ilícitos sobressaem-se o mau uso da propriedade, a tomada de posse com violação da posse de outrem e a gestão de negócios contra a a vontade presumível ou manifestada do dono (64).

O ato jurídico lícito é espécie de fato jurídico cuja vontade é elemento nuclear do suporte fático. Se a vontade for irrelevante, o ato humano entrará para o mundo jurídico como *ato-fato jurídico*.

Na categoria dos atos jurídicos lícitos, a maioria dos autores distinguem o grupo dos atos jurídicos *stricto sensu* e o dos negócios jurídicos. No entanto, não há unidade doutrinária quanto aos elementos diferenciadores. Para grande parte da doutrina, o que diferencia o ato jurídico *stricto sensu* do negócio jurídico são os seus efeitos jurídicos: quando estes são livremente escolhidos pela vontade, o ato jurídico chama-se *negócio jurídico*; se prefixados pela norma jurídica incidente, denomina-se *ato jurídico stricto sensu* (65). Este critério classificatório carece de rigor científico, tendo em vista que a predeterminação legal dos efeitos jurídicos é uma simples questão de grau, de quantidade: há sempre certos efeitos jurídicos normativamente prefixados, inafastáveis pela vontade.

(61) *Op. cit.*, p. 71.

(62) Cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, t. 1, § 26, p. 83, nº 2, e t. 2, § 209, pp. 372-373; MARCOS BERNARDES DE MELLO, *op. cit.*, p. 71.

(63) Cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...*, II, pp. 186 e 373-394.

(64) Cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...*, II, pp. 186 e 193.

(65) Nesta orientação, v. M.M. DE SERPA LOPES, *Curso de Direito Civil*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, v. 1, 1954, nº 243, p. 400; CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, 3ª ed, Rio de Janeiro, Forense, 1971. v. 1, nº 82, p. 283.

Daí alguns autores terem procurado critérios classificatórios mais rigorosos. Segundo PONTES DE MIRANDA, “no ato jurídico *stricto sensu*, a vontade é sem escolha de categoria jurídica, donde certa relação de antecedente a consequente, em vez de relação de escolha a escolhido” (66). O negócio jurídico dele diferencia-se por implicar escolha de certa categoria jurídica. A prefixação legal dos efeitos a serem produzidos pela categoria jurídica escolhida não descaracteriza os negócios jurídicos. “No negócio jurídico” — afirma MARCOS BERNARDES DE MELLO — “a vontade é manifestada para compor o suporte fático de certa categoria jurídica, à sua escolha, visando à obtenção de efeitos jurídicos que tanto podem ser predeterminados pelo sistema, como deixados livremente a cada um” (67). Rigorosamente, pois, o que o distingue do ato jurídico *stricto sensu* é a faculdade de escolha da categoria jurídica. “Em ambas as situações” — conclui MARCOS BERNARDES DE MELLO — “temos, em comum, a circunstância de que a vontade é elemento nuclear do suporte fático e, portanto, a sua manifestação serve à atuação (incidência) da norma jurídica correspondente, e como dado diferencial, o poder de escolha da categoria jurídica” (68). No ato jurídico *stricto sensu*, a manifestação de vontade limita-se a compor o suporte fático, ao passo que, no negócio jurídico, ela importa opção entre as categorias juridicamente permitidas. São exemplos de atos jurídicos *stricto sensu* a constituição de domicílio, o perdão, a quitação e a confissão. Dentre os negócios jurídicos, sobressaem-se as promessas unilaterais e os contratos.

Aos atos jurídicos lícitos contrapõem-se os atos jurídicos ilícitos. Estes são atos humanos (comissivos ou omissivos) que se opõem à conduta imputada positiva ou negativamente pelo sistema jurídico. A composição do seu suporte fático — constituído por conduta que descumpra a endonorma incidente — é *causa* da incidência da perinorma e, portanto, condição da aplicação de uma ou mais sanções. Dele diferencia-se o ato-fato jurídico ilícito. A culpa (*culpa stricto sensu* ou dolo) não é elemento relevante do suporte fático do ato-fato ilícito, interessando apenas o resultado do ato humano, mas ela apresenta-se como elemento essencial do suporte fático do ato ilícito (69).

O ato ilícito pode ser relativo ou absoluto. O ilícito relativo pressupõe a existência de uma relação jurídica de direito pessoal entre o lesante e o lesado (por exemplo: o inadimplemento de débitos e o descumprimento de deveres conjugais). O ilícito absoluto independe da existência de qualquer relação jurídica relativa entre o autor e a vítima (por exemplo: o furto e o homicídio).

4.2.3. *Conforme os efeitos*

Exceto o ato constituinte originário, todo fato jurídico é o resultado da incidência de uma norma jurídica *positiva*. Neste sentido, todo ele é fato nor-

(66) *Tratado...*, II, § 227, nº 2, p. 447.

(67) *Op. cit.*, p. 73.

(68) *Op. cit.*, p. 72.

(69) Em sentido contrário, PONTES DE MIRANDA admite atos ilícitos *lato sensu* sem culpa (*lato sensu*), não os incluindo na categoria dos atos-fatos ilícitos (cf. *Tratado de Direito Privado*, t. 1, § 28, nº 1, p. 88, e t. 2, § 165, nºs 1 e 2). Entretanto, dado que nestas hipóteses apenas o resultado danoso do ato humano é juridicamente relevante, infere-se que se trata de espécies de atos-fatos ilícitos.

mativo-positivamente pré-qualificado. Todavia, quanto aos seus efeitos, distinguem-se os fatos jurídicos normativos e os fatos jurídicos não-normativos. Os fatos jurídicos normativos são aqueles que criam normas jurídicas gerais ou individuais. Os não-normativos não as criam.

Dentre os fatos jurídicos criadores de normas jurídicas gerais, destacam-se o ato legislativo e o costume jurídico. O ato legislativo resulta da incidência das normas constitucionais. Estas prescrevem o procedimento de elaboração das normas legais e, em regra, determina parcialmente — direta ou indiretamente — o seu conteúdo⁽⁷⁰⁾. A norma geral (lei) criada pelo ato legislativo pode ter vigência (incidibilidade) imediata (a partir da data da publicação) ou diferida (há o período da *vacatio legis*.)

A validade jurídico-normativa do fato costumeiro pode decorrer de normas constitucionais ou legais, mas há também os costumes constitucionais, cujo fundamento imediato de validade é, na concepção kelseniana, a *norma fundamental* (71). A respeito da norma jurídica costumeira escreveu AUSTIN:

“La costumbre se convierte en derecho positivo quando es adoptada como tal por los tribunales, y cuando las decisiones judiciales inspiradas en ella son hechas valer por el poder del Estado. Pero antes de ser adoptadas por los tribunales y revestidas con la sanción jurídica, son simplemente una regla de moralidad positiva, una regla generalmente observada por los ciudadanos e súbditos, regla que adquiere la única fuerza que puede atribuirsele en virtud de la desaprobación general que recae sobre aquél que la viola” (72).

Contestando este ponto de vista, discorre corretamente KELSEN:

“AUSTIN passa por alto el hecho de que la regla creada consuetudinariamente puede establecer sanciones — y tiene que ser de tal especie para poseer carácter jurídico —, de tal manera que la ‘costumbre se encuentra ‘revestida’ con la sanción jurídica antes de ser ‘adoptada por los tribunales’. (...) La afirmación de que los tribunales tienen

(70) “Nel passaggio della norma costituzionale a quella ordinaria sono frequenti ed evidenti sia i limiti materiali che quelli formali” (NORBERTO BOBBIO, *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*. Torino, G. Giappichelli, 1960, p. 47).

(71) Sobre a norma fundamental como pressuposição lógico-transcendental, v. HANS KELSEN: *Teoria Pura do Direito*, ed. cit., pp. 277-285; *Teoria General del Derecho y del Estado*, ed. cit., pp. 136-137. Em realidade, a “norma fundamental”, que não é propriamente uma norma e muito menos uma norma de direito positivo, constitui a utilização do *principio ordenador* da teoria kantiana no campo da dogmática jurídica, como adverte RECASÈNS SICHES: “No es difícil darse cuenta de que la *norma fundamental* de KELSEN significa para el derecho (y para la teoría jurídica), lo mismo que el *yo trascendental* kantiano para el conocimiento de la realidad, esto es, para la física. La norma fundamental es el principio ideal que reduce a unidad absoluta todos los elementos jurídicos y que, por tanto, crea, posibilita, condiciona o explica el objeto de conocimiento, es decir, el derecho” (In HANS KELSEN, *Compendio de Teoria General del Estado*, ed. cit., *Estudio Preliminar*, p. 71).

(72) Apud HANS KELSEN, *Teoria General del Derecho y del Estado*, ed. cit., pp. 150, nota 57.

que aplicar la regla creada por medio de la costumbre, necesariamente implica la de que la Constitución, escrita o no escrita, instituye a la costumbre como procedimiento de creación jurídica, y ello implica a su vez que los individuos que a través de su conducta forman la costumbre, son órganos del orden jurídico..." (73).

Assim compreendido, conclui-se que é diretamente do fato jurídico do costume que nasce a norma costumeira, sendo função dos tribunais aplicá-la ao caso concreto, criando norma individual.

Os fatos jurídicos criadores de norma geral não atingem diretamente as relações jurídicas (situações jurídicas e relações jurídicas *stricto sensu*). Entretanto, as normas jurídicas por eles criadas prevêm abstratamente, em suas hipóteses de incidência, os fatos aos quais as suas disposições imputam o efeito de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas. Estes fatos, que se juridicizam com a incidência das normas gerais, são os atos jurídicos criadores de normas individuais e concretas, ou os fatos jurídicos não-normativos. Em ambas as categorias, distinguem-se os fatos de *eficácia* (efeito jurídico) imediata e os de *eficácia* (efeito jurídico) diferida. Os fatos de *eficácia* diferida estão subordinados a termos ou condições *suspensivas*.

"Cuando la eficacia (constitutiva, modificativa o resolutoria) se encuentra sujeta al advenimiento o realización de un suceso *cierto*, nos hallamos en presencia de un *hecho jurídico sujeto a término*. Si, por el contrario, el acontecimiento venidero es contingente o incierto, la eficacia del hecho resulta *condicional*" (74).

Dentre os fatos jurídicos criadores de norma individual e os fatos jurídicos não-normativos, encontrar-se-ão fatos dos quais resultarão, cumulativa e concomitantemente, efeitos constitutivos, modificativos e extintivos de relações jurídicas, como, por exemplo, o fato jurídico da morte.

Entre os fatos jurídicos criadores de norma individual destaca-se o ato sentencial. Este é o produto da incidência das normas jurídicas gerais — substantivas e adjetivas — pertinentes ao caso em julgamento, implicando, pois, limites materiais e formais ao órgão que o põe. Também se incluem nesta categoria o ato jurídico administrativo e o ato jurídico negocial.

São incontáveis as espécies de fato jurídico não normativo; todo fenômeno natural ou sócio-cultural qualificado por normas jurídicas transforma-se em fato jurídico. Constituem espécies de fato jurídico não-normativo, entre outras, o nascimento, a morte, o acidente de trabalho, a gestão de negócios, o aluvião, a avulsão e o delito.

(73) *Teoría General del Derecho y del Estado*, ed. cit., nota 57, pp. 150-151. Como bem observa este autor, "la costumbre es procedimiento de creación jurídica en el mismo sentido que la legislación" (*op. cit.*, p. 151).

(74) EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ, *Introducción al Estudio del Derecho*, ed. cit., p. 178. Ao contrário do que pensa este autor (cf. *op. cit.*, pp. 178-179), o fato jurídico sujeito a termo final ou a condição resolutória não é fato de *eficácia* diferida. O implemento do termo final ou da condição resolutória importa o aniquilamento dos efeitos jurídicos que o fato anterior *vinha produzindo*.

BIBLIOGRAFIA

- AFTALIÓN, Enrique R., OLANO, Fernando García e VILANOVA, José. *Introducción al Derecho*. 11ª ed., Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales 1980.
- ATALIBA NOGUEIRA, José Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. São Paulo, Revista dos Tribunals, 1973.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*. Torino, G. Giappichelli, 1960.
- BORGES, José Souto Maior. *Lei Complementar Tributária*. São Paulo, R.T./EDUC, 1975.
- *Lançamento Tributário*. Rio de Janeiro, Forense, 1981.
- COSSIO, Carlos. *La Teoria Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*. 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. port. de J. BAPTISTA MACHADO. 3ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1977.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1971.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. port. de João Baptista Machado. 3ª ed., Coimbra, Arménio Amado, 1974.
- *Teoría General del Derecho y del Estado*. Trad. esp. de EDUARDO GARCÍA MAYNEZ. 2ª ed., 2ª reimp., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.
- *Teoría General del Estado*. Trad. esp. de LUIZ LEGAZ LACAMBRA, 15ª ed. México, Editora Nacional, 1979.
- *Compendio de Teoría General del Estado*. Trad. de LUIS RECASENS SICHES e JUSTINO DE AZCARATE. 2ª ed., México, Editora Nacional, 1980.
- LIARD, Louis. *Lógica*. Trad. de Godofredo Rangel. 9ª ed., São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1979.
- MAYNEZ, Eduardo García. *Lógica del Juicio Jurídico*. México, Fondo de Cultura Económica, 1955.
- *Lógica del Concepto Jurídico*. México, Fondo de Cultura Económica, 1959.
- *Filosofía del Derecho*. México, Porrúa, 1974.
- *Incidência e Aplicação da Lei*. *Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco*, Marcos Bernardes de. *Contribuição à Teoria do Fato Jurídico*. Macaé. 1980.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro, Borsoi, 1954-1955, t. 1-5.
- *Incidência e Aplicação da Lei*. *Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco*. Recife, a. 1, n. 1, 1956.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1971, v. 1.
- SCHREIER, Fritz. *Conceptos y Formas Fundamentales del Derecho*. Trad. esp. de Eduardo García Máynez. México, Editora Nacional, 1975.
- SERPA LOPES, M. M. de. *Curso de Direito Civil*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1954, v. 1.
- SICHES, Luis Recaséns. *Introducción al Estudio del Derecho*. 5ª ed., México, Porrúa, 1979.
- TORRE, Abelardo. *Introducción al Derecho*. 7ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1975.
- VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo, R.T./EDUC, 1977.

A propósito do cinqüentenário da “Lei de Luvas”

LUÍS ANTONIO DE ANDRADE
Desembargador aposentado do Tribunal
de Justiça do Rio de Janeiro. Da Aca-
demia Brasileira de Letras Jurídicas

SUMÁRIO

- I — A “Lei de Luvas” e o direito comum
- II — Principais dúvidas e controvérsias, debeladas e ainda existentes. Exemplos
- III — Necessidade de reformulação do Decreto nº 24.150 e da legislação concernente à locação imobiliária. Algumas sugestões

— I —

1. No dia 20 de abril deste ano, o Decreto nº 24.150 — a chamada “Lei de Luvas”, na realidade “Lei **contra** as Luvas”, completou meio século de existência.

A história desse notável diploma já foi contada em minúcias pelo Ministro GOULART DE OLIVEIRA, em 1941 (1), e, mais recentemente, pelo Prof. ALFREDO BUZAID (2).

Inspirou-se o Decreto nº 24.150, como é sabido, nas leis francesas de 30 de junho de 1926 e de 22 de abril de 1927, embora em muitos passos delas se aparte. Um ponto, porém, convém desde logo pôr em destaque, para efeito de desenvolvimento desta nossa conversa: entre nós a renovação do contrato se dá compulsoriamente. Não pode o locador a ela **recusar-se**, pura e simplesmente. Na lei francesa, ao contrário, pode o locador opor-se à renovação, sem necessidade de justificar a recusa, desde que indenize ao locatário os prejuízos causados pela não renovação.

2. Fixado isso, voltemos à nossa lei.

Poucas foram as alterações por ela sofridas. Praticamente, duas vezes, e, sobretudo pelo mesmo motivo: em 1939 e 1973, para afeiçoá-la aos

(1) *Renovação do Contrato*, Rio, Freitas Bastos, 1941, v. I, nº 78, p. 77.

(2) *Da Ação Renovatória*, 2.ª ed., S. Paulo, Saraiva, 1981, v. I, nº 63, p. 125.

sistemas processuais dos Códigos de Processo Civil então promulgados, e, servindo-se da oportunidade, para nela introduzir pequenas modificações.

Não obstante, e paradoxalmente, saber o que ainda se encontra em vigor no tocante às matérias tratadas pelo Decreto nº 24.150 já se constitui em árduo problema. E, mais árduo ainda, saber se as locações subsumidas ao regime do aludido estatuto devem obedecer aos preceitos do Código Civil ou aos da Lei do Inquilinato.

Sobre o primeiro ponto, vê-se, por exemplo, que para o eminente Prof. ALFREDO BUZAID, “a Lei nº 6.014, de 27 de dezembro de 1973, recompôs totalmente o Decreto nº 24.150”; “não mais vigoram os arts. 354 a 365 do Código de Processo Civil de 1939, ou porque foram incorporados no Decreto nº 24.150, ou porque foram revogados” (3). **Data venia**, tal não ocorre, pois continuam em plena vigência os arts. 355, 356, 357, 359 e 360 do velho Código, por força do disposto no art. 1.218, inciso III, do Estatuto de 73. Para se chegar a tal conclusão basta comparar os dois textos.

Quanto à segunda questão, bem mais delicada, provém a perplexidade das normas constantes do **caput** e dos §§ 2º e 3º do art. 1º da chamada “Lei do Inquilinato”: o primeiro declarando que as locações dos prédios urbanos por ela regular-se-iam; o segundo, prescrevendo que as locações para fins comerciais ou industriais continuariam regidas pelo Decreto nº 24.150; e o terceiro dispondo que não proposta a ação renovatória do contrato, prevista na “Lei de Luvás”, “**sujeitar-se-á** a locação ao regime estatuído” por ela, “Lei do Inquilinato”.

A primeira vista tudo faz crer que **dois** são os regimes a que ficam submetidas as locações de prédios urbanos: em princípio, a “Lei do Inquilinato” — é a regra do **caput**; em se tratando, porém, de locações para fins comerciais, a “Lei de Luvás” — é a exceção do § 2º; abandonada pelo locatário a proteção por esta dispensada — submissão da locação ao regime da “Lei do Inquilinato” — volta-se à norma do **caput**.

O raciocínio a **contrario sensu** do disposto no § 3º — não proposta a renovatória **sujeita-se** a locação ao regime da “Lei do Inquilinato” — e o fato de em três dispositivos desta fazer-se alusão expressa às locações protegidas pela “Lei de Luvás”, poderiam levar a suposição de que tais arrendamentos se submeteriam **no mais** às normas do Código Civil e não às da “Lei do Inquilinato”, podendo, em consequência, por exemplo, ser cobrado o aluguel **adiantadamente**; serem cobradas do locatário às despesas **extraordinárias** do condomínio; ser desnecessária a vênia conjugal para as locações ajustadas por mais de 10 anos, etc.

Nesse particular, inteira razão tem o Ministro ALFREDO BUZAID, ao frisar que, hoje, “tudo quanto concerne à locação de prédios urbanos tem

(3) Ob. e vol. cit., n.º 390, p. 630.

só dois diplomas legais — a Lei nº 6.649 e o Decreto nº 24.150 — e que a Lei do Inquilinato “passou a ser o **direito comum** em lugar do Código Civil, cujas regras foram em parte absorvidas, em parte revogadas e em parte ampliadas” (4).

— II —

3. Logo após a entrada em vigor do Decreto nº 24.150, inúmeras foram as dúvidas e controvérsias suscitadas em torno da interpretação de seus dispositivos. Grande parte delas foi, com o tempo, sendo debelada pela doutrina e pela jurisprudência. Apenas para exemplificar, lembremos três casos.

4. O Decreto nº 24.150, ao cuidar dos casos de retomada, especificou, na letra **d** do art. 8º, a hipótese de estar o locador “obrigado, por determinação de autoridades públicas, a realizar no prédio obras que importarão na sua radical transformação, ou modificações de tal natureza, que aumentarão o valor da propriedade”.

E como o elenco do art. 8º não previu a retomada **voluntária** para edificação de maior vulto, duas correntes se formaram: uma, tendo à frente o Prof. DARCY BESSONE DE OLIVEIRA ANDRADE(5), o Ministro GOULART DE OLIVEIRA(6), vasta jurisprudência, e a concordância de ALFREDO BUZAID(7), de NASCIMENTO FRANCO — NISSEKE — GONDO(8), OSWALDO OPITZ - SILVIA OPITZ(9) e outros, entendeu que a parte final da letra **d**, citada (“ou modificações de tal natureza que aumentarão o valor da propriedade”), continha em si a previsão da retomada voluntária, sem imposição da autoridade pública (DARCY BESSONE); e que na expressão “defesa de direito”, constante do art. 8º, **caput**, envolve a retomada para construção espontânea de maior porte, e resulta do direito de propriedade e do decorrente poder do proprietário de gozar e dispor da coisa, desde que atendidas as restrições legais ditadas pelo interesse social (Jurisprudência, FRANCO-GONDO e OPITZ).

Com tais raciocínios não concordaram ETIENNE BRASIL(10), aciando-os de “infiltração ampliativa”, e PONTES DE MIRANDA(11), taxando-os de “sofisma” e verberando a jurisprudência por estar a introduzir “espécie nova”, “não contida” no art. 8º

Os tribunais não acolheram as objeções e firmaram jurisprudência que se consolidou na Súmula nº 374, do Pretório Excelso: “Na retomada para

(4) Ob. e vol. cit., Prefácio da 2.ª ed., p. XIV.

(5) **Do Direito do Comerciante à Renovação do Arrendamento**. Belo Horizonte, Imprensa Oficial do M. Gerais, 1940, n.º 62, p. 108.

(6) Ob. cit., v. II, n.º 746, p. 326.

(7) Ob. cit., v. II, n.º 217/8, pp.377-8.

(8) **Ação Renovatória e Ação Revisional do Aluguel**, 4.ª ed., S. Paulo, Revista dos Tribunais, 1983, n.º 161, pp. 161-4.

(9) **Problemas de Locação Comercial e Industrial**. S. Paulo, Revista dos Tribunais, 1964, p. 204.

(10) **Inquilinato Comercial**. Rio, Coelho Branco, 1951, n.º 307, p. 232.

(11) **Tratado de Direito Privado**. 2.ª ed., Rio de Janeiro, Borsari, 1962, t. 41, § 4.527, n.º 3, pp. 207-10.

construção mais útil, não é necessário que a obra tenha sido ordenada pela autoridade pública.”

5. Outra questão debelada foi a de saber se, sendo o contrato renovando de prazo superior a 5 anos, a renovação deveria ser decretada por tempo idêntico.

Sendo a “Lei de Luvas”, nesse particular, omissa, decidiu-se, a princípio, que a renovação deveria ser decretada por tempo igual ao do contrato renovando: contrato de 8 anos, renovação por 8 anos; contrato de 10 anos, renovação por 10 anos, e assim por diante. A inflação, por um lado, e, por outro, a circunstância de a revisão do aluguel só ser admissível após decorridos três anos da primeira renovação do contrato — 11 e 13 anos, nos casos figurados —, fez com que os tribunais mudassem de orientação e passassem a reduzir para 5 anos o prazo da renovação, pouco importando tivesse o contrato renovando duração maior. E a matéria pacificou-se com a edição, pelo Supremo Tribunal Federal, da Súmula nº 178: “Não excederá de cinco anos a renovação judicial do contrato de locação, fundada no Decreto nº 24.150, de 20-4-34.”

6. Outro ponto que deu ensejo a acirradas discussões foi o de saber se válida é a cláusula que proíbe a cessão do contrato de locação, ou faz depender a sua transferência de prévio assentimento do locador.

É que se, por um lado, tanto o Código Civil (art. 1.201, parágrafo único), quanto as leis do inquilinato (na atual, art. 10), sempre subordinaram a cessão da locação a assentimento do locador; por outro, o Decreto nº 24.150 assegura aos cessionários e sucessores o direito à renovação conferido ao locatário (art. 3º).

Após infundável discussão, acabou por prevalecer o entendimento de que a cessão do contrato é livre e independe de concordância do senhorio quando, com ela, é também transferido o negócio explorado no prédio pelo inquilino. Assim não fosse, a venda do estabelecimento, ou seja, a livre disponibilidade do fundo de empresa criado pelo locatário, ficaria na dependência da vontade do locador, ilidindo os objetivos colimados pela “Lei de Luvas” — coisa que seu art. 31 fulmina com a sanção de nulidade.

7. São esses apenas três exemplos de problemas dentre muitos outros já dirimidos.

Mas os que ainda persistem, bem numerosos, e alguns de superlativa importância prática, continuam a desafiar a argúcia do intérprete, apesar dos 50 longos anos já decorridos. No debelá-los mostraram-se até hoje inermes os institutos de que se valeram o velho e o novo Código de Processo Civil para a correção de desarmonias entre teses jurídicas — o prejudgado, o recurso de revista, a uniformização da jurisprudência e o próprio recurso extraordinário.

Por mais significativas, vale a pena destacar aqui algumas das divergências mais relevantes.

8. Começemos por uma bem antiga mas que, recentemente revivida, assume agora foros de atualidade.

Queremos nos referir à tese do respeito à locação pelo adquirente, mesmo inexistindo no contrato cláusula de vigência em caso de alienação do prédio, ou, quando existente, não estiver a mesma registrada no Registro de Imóveis.

Em 1941 — já lá vão 43 anos — sustentava GOULART DE OLIVEIRA que, com o advento do Decreto nº 24.150, a norma consignada no art. 1.197 do Código Civil, segundo a qual a venda rompe a locação, “perdeu a sua eficácia” (12), pois, aplicada que fosse, “destruiria o significado integral da lei de luvas, na sua finalidade asseguradora, dentro de suas normas, da proteção ao fundo de comércio explorado” (13).

ALFREDO BUZAID, 17 anos mais tarde, na 1ª edição de sua preciosa monografia sobre a ação renovatória(14), já defendia o mesmo ponto de vista, e, na 2ª edição, que é de 1981, volta, com mais ênfase e novos argumentos, a por ele se bater.

Parte o Mestre por último referido do raciocínio de que diversas são as ordens jurídicas a que pertencem o Código Civil e o Decreto nº 24.150, não havendo, pois, como conciliar o princípio insito no art. 1.197 daquele — segundo o qual a venda rompe a locação — com o da continuidade do arrendamento, e da tutela do fundo de comércio, que deste é pressuposto. O entendimento contrário — argumenta — “frustra a tutela concedida ao fundo de comércio, permitindo que o adquirente o destrua ao sabor de sua vontade e a qualquer tempo, declarando rescindida a locação; introduz um regime de desigualdade, pelo qual se dá ao comprador do imóvel o que expressamente se recusou ao antigo proprietário; e amplia o direito de propriedade, tornando-a sagrada e inviolável, exatamente onde o legislador a restringiu para condicionar o seu uso ao bem-estar social” (15).

Na mesma linha de raciocínio poder-se-ia aduzir, ainda, que se o fundo de comércio, ou de indústria, constitui uma **propriedade** (16), que coexiste juridicamente com a do imóvel, “sem que uma tenha preponderância sobre a outra” (17) — duas propriedades **distintas**, com proprietários **diversos** — seria estranho admitir que, alienada uma delas, a outra percesse, sem participar da transação.

9. Outra matéria polêmica resulta da interpretação do art. 26 do Decreto nº 24.150, que assegura ao locador, “as mesmas condições do inquilino”, propor a ação a que se refere o citado decreto “para regular o seu dever de prorrogar ou não a locação”.

(12) Ob. cit., v. II, n.º 665, p. 227.

(13) Ob. cit., v. II, n.º 663, p. 226.

(14) *Da Ação Renovatória*, S. Paulo, Saraiva, 1958.

(15) Ob. cit., v. I, n.º 111, pp. 213/4.

(16) PONTES DE MIRANDA, ob. e vol. cit., § 4.495, n.º 4, p. 10.

(17) ALFREDO BUZAID, ob. cit., v. I, n.º 69, p. 134.

Dentre as questões que a exegese do artigo suscita, uma se destaca primordialmente: trata-se, aí, de ação apenas **negatória** da renovação ou, através dela, pode o locador, também, pedir a **renovação** do contrato?

Reconhece PONTES DE MIRANDA que o Decreto nº 24.150 deixou à doutrina e à jurisprudência a tarefa de desenvolver o conteúdo do art. 26⁽¹⁸⁾. ALFREDO BUZAID, após frisar que a jurisprudência, nesta matéria, é divergente, acrescenta: "Apesar de contar o Decreto nº 24.150 quase meio século, ainda não se tranqüilizou"⁽¹⁹⁾, havendo acórdãos que negam ao locador ação para prorrogar a locação e outros que lhe concedem tanto a ação renovatória como a negatória. NASCIMENTO FRANCO e NISSKE GONDO testemunham, a seu turno, que, "por falta de clareza, o art. 26 sempre foi e continua sendo fulcro das mais acirradas desinteligências sobre o que pretende dizer e regular"⁽²⁰⁾. Os dois primeiros — e com eles OSWALDO OPITZ e SILVIA OPITZ⁽²¹⁾ — entendem ser o locador legitimado ativo para pedir a renovação — ação constitutiva positiva.

NASCIMENTO FRANCO e NISSKE GONDO são de parecer que só em dois casos é cabível a ação renovatória promovida pelo locador: a) para impugnar, por antecipação, a eventual pretensão do locatário à renovação do contrato; e b) obter a fixação judicial de aluguel novo, estando o inquilino de acordo com a prorrogação⁽²²⁾.

A nosso ver, o que o locador pode pretender, através do art. 26, é que a justiça declare **não possuir** o locatário os pressupostos para o exercício da renovatória; ou, possuindo tais pressupostos, ser reconhecida a existência de alguma das exceções previstas no art. 8º, impeditivas da renovação (uso próprio, reconstrução, transferência de fundo de comércio de cônjuge, etc.). Não é a ação do art. 26 admissível, se o que o locador pretende é obter a renovação **contra a vontade** do locatário.

10. Discussão que parece não ter mais fim é a que diz respeito à soma dos prazos dos contratos menores de 5 anos para a formação do quinquênio ensejador da renovação da locação. Aí, tanto a doutrina quanto a jurisprudência ainda não encontraram caminho, não obstante estes 50 anos decorridos.

Para uns, como BUZAID, a existência de um contrato com o prazo mínimo de 5 anos, para ensejar a ação renovatória, é **requisito essencial**, por isso que "quem deliberadamente contrata por menor prazo, para não se submeter ao regime do Decreto nº 24.150, pratica ato ilícito dentro dos limites da autonomia da vontade individual"⁽²³⁾. E porque assim pensa, não admite o eminente professor paulista a soma de prazo menores, ainda que ininterruptos. Forma ao seu lado OSWALDO OPITZ

(18) Tratado de Direito Predial, v. V, § 30, p. 147.

(19) Ob. cit., 2.ª ed., v. II, n.º 277, p. 468.

(20) Ob. cit., n.º 35, p. 39.

(21) Ob. cit., p. 302.

(22) Ob. cit., n.º 35, p. 39.

(23) Ob. cit., v. I, n.º 143, p. 263.

e SILVA OPITZ⁽²⁴⁾ e NASCIMENTO FRANCO e NISKE GONDO⁽²⁵⁾, lembrando estes, porém, que a jurisprudência tomou outro rumo e admite, sem vacilações, a soma de prazos menores. Assim é, em verdade. Diríamos, mesmo, que a jurisprudência tomou **vários rumos**, pois julgados há somando prazos menores, mas contínuos; ou mesmo com pequenos hiatos; ou com largos intervalos de locação por tempo indeterminado, desde que contínua a exploração do mesmo fundo de comércio; e assim por diante.

Como decorrência dessa atitude liberal da jurisprudência, outro problema surgiu: admitida a **accessio temporis**, qual deve ser o prazo da renovação? Para uns, deve ele ser igual ao do último contrato. Mas aí surge outra questão: sendo ele de um ano, ou de seis meses, renovado por um ano ou por seis meses, provavelmente, ao término da demanda, tal prazo já se terá escoado, e muitas vezes perdida pelo locatário a oportunidade de novo pedido renovatório. Como solução, a tendência mais recente dos tribunais é estabelecer em 5 anos o tempo de duração para o contrato renovado, pondo termo, assim, a esta espécie de prazo “tampão”, que ninguém deseja e que só inconvenientes acarreta.

11. Outra **vexata questio** diz respeito à renovação do contrato por parte de locatário que anteriormente purgara a mora.

Exige a “Lei de Luvas” instrua o locatário a petição inicial com a prova do **exato cumprimento** do contrato em curso (art. 5º, b).

Não raro, impugna o locador o pedido renovatório, alegando impon-tualidade no pagamento do aluguel, pelo fato de haver o locatário, no curso do contrato renovando, purgado a mora, como de há muito previsto nas leis do inquilinato.

AGOSTINHO ALVIM⁽²⁶⁾ e, com ele, NASCIMENTO FRANCO e NISKE GONDO⁽²⁷⁾ e muitos arestos entendem que envolvendo a purgação da mora confissão de culpa, a ação renovatória ficará comprometida.

ALFREDO BUZAID⁽²⁸⁾ e alguns julgados supõem diversamente. E a nosso ver, com razão.

Por mais de uma feita⁽²⁹⁾ tivemos ocasião de lembrar que, por definição, a emenda da mora tem por virtude alimpar todos os efeitos decorrentes da mora. Purgar a mora (do latim “purgare”, purificar), em sentido jurídico, é, como a palavra indica, cancelar, reparar, limpar, purificar,

(24) Ob. cit., p. 73.

(25) Ob. cit., n.º 67, p. 73.

(26) **Aspectos da Locação Predial**. 2.ª ed., S. Paulo, Editora Jurídica e Universitária, 1966, n.º 51, p. 159.

(27) Ob. cit., n.º 91, p. 100.

(28) Ob. cit., v. I, n.º 182, p. 331.

(29) **Revista Forense**, v. 102, p. 423; **Os Novos Aluguéis na Locação de Imóveis**. 3.ª ed., Rio, Forense, 1965, p. 115; **Locação e Despejo**. Forense, pp. 115-45.

corrigir os efeitos produzidos pelo retardamento. Admitir a possibilidade da emenda da mora — como faz a lei — mas negar-lhe — como pretendem aqueles autores e arestos — o efeito de convalescer o contrato, de reparar por completo a situação criada pela mora, é dar com a mão esquerda e tirar com a direita. A emenda da mora, em tais condições, confundir-se-ia, em última análise, com o simples pagamento, que é a execução voluntária da obrigação, sem dar, no entanto, ao **solvens** os direitos que do pagamento lhe advêm. Admitir a possibilidade de ser recusada a renovação do contrato, apesar da purgação, é negar a finalidade precípua do instituto da **emendatio**, que é, precisamente, a de redimir os faltosos. Para estes é que a purgação existe, assim como para os pecadores é que existe o purgatório. Purgada, a mora desaparece, não sendo legítimo invocá-la para, por via oblíqua, dela extrair conclusões danosas ao devedor.

Dai o acerto de BUZARD, ao dizer que “a purgação da mora vale como esponja, que apaga a culpa do retardamento na solução da dívida de aluguel” (30).

12. Dentre as inumeráveis questões geradas pelo processo inflacionário que nos assola, um, respeitante ao aluguel nas ações renovatórias, parece estar, no momento, na tábua das discussões e gerando polêmicas.

Consiste ele na resposta à seguinte indagação: Inexistindo no contrato renovando cláusula de correção monetária, pode o Juiz, na sentença, ao julgar procedente a ação, determinar que o aluguel por ele fixado seja corrigido anualmente, com base na variação do valor de referência (ORTN)?

Como bem acentuam NASCIMENTO FRANCO e NISKE GONDO, “há fortes divergências no tocante à aplicação, pelo juiz, do ... aluguel ... monetariamente corrigido, segundo índices oficiais, nas ações renovatórias” (31).

Dois são os argumentos em que se estribam os opositores da inserção, pelo juiz, da cláusula corretiva: a) o de que isto importaria em alteração unilateral do contrato em favor de uma das partes e em detrimento da outra; b) e o de que o **quantum** a ser fixado deve atender ao valor do aluguel, reputado justo na **época da renovação do contrato**.

Insustentáveis nos parecem tais ponderações, principalmente nos dias que passam e em que tudo se corrige, inclusive as custas judiciais.

Há quase 20 anos, quando a correção monetária não tinha, ainda, o cunho de generalidade que hoje possui, já sustentávamos não poder a Justiça, sob pena de falhar à sua missão precípua, **ignorar** a realidade e continuar a proferir decisões pelos moldes anteriores, tradicionais,

(30) Ob. vol. e loc. cit.

(31) Ob. cit., n.º 219, p. 209.

quando as condições eram diversas e quando o fenômeno inflacionário não existia com a intensidade então imperante. E acrescentávamos:

“Queremos nos referir de modo especial à maneira de ser fixado o novo aluguel nas ações renovatórias de locação, fundadas na chamada “Lei de Luvas”.”

“Até então” — dizíamos — “esse novo aluguel era arbitrado pelo juiz para prevalecer, **imutável**, durante 5 (cinco) anos a fio (primeira renovatória), ou para valer por 3 (três) anos, até que surgisse a possibilidade da ação revisional prevista no art. 31 do Decreto nº 24.150, de 1934.

Resultado disso é que — mantida que seja tal orientação — nas referidas ações o aluguel, justo para os primeiros meses, aos poucos vai se desatualizando, vai decrescendo, vai se tornando irrisório. À medida que o tempo passa, sobem os preços de todas as utilidades, o poder aquisitivo da moeda reduz-se — mas o aluguel continua o mesmo.”

E prosseguíamos:

“O Decreto nº 24.150 ... não contém qualquer disposição que imponha ao juiz a fixação de aluguel **único** para **todo o prazo** contratual renovado. Ao contrário, seu objetivo é o de que o juiz fixe o alugel que lhe parecer **justo**, dentro, naturalmente, da proposta formulada.

Em face da realidade atual, dos precedentes legislativos e da orientação adotada pelo Governo e pelo Congresso, por que, então, não adotarem os tribunais como **regra**, no estabelecer o novo aluguel, o princípio da correção monetária desse aluguel?

Se no tocante às locações residenciais, em que a proteção legal sempre se fez mais presente, é esse, hoje, o critério, por que não estendê-lo, também, às locações comerciais e industriais, em que os meios de defesa do locatário são maiores, por isso que os meios de defesa do locatário ensejam lucro?”

E, mais adiante, finalizávamos:

“Adotando o juiz o critério da correção monetária do aluguel que arbitrar para o contrato renovando ... concorrerá também para que praticamente desapareçam as ações **revisionais**, pois atualizado periodicamente o aluguel através da correção monetária, dificilmente sofrerá esta distorção superior a 20% das estimativas feitas” (82).

(32) Os Novos Aluguéis na Locação de Imóveis, 3.ª ed., Rio, Forense, 1965, 96-A, X, pp. 106-10.

Tais palavras — repetimos — foram escritas em 1965, já lá vão cerca de 20 anos, e constam do pequeno livro que escrevemos sob o título — **Os Novos Aluguéis na Locação de Imóveis**.

Nada mudou — ao contrário, agravou-se bastante — de lá para cá.

E o mesmo pensamento que as palavras lidas traduzem, vemo-lo recentemente defendido, com o brilho que nos faltou, por ALFREDO BUZAID, na 2ª edição de sua obra tantas vezes aqui citada, e pelo Juiz CAETANO JOSÉ FONSECA COSTA, na proposição apresentada, há precisamente um ano, no VI Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada, realizado em Belo Horizonte.

O primeiro, após colocar o problema, indaga:

“Será lícito ao juiz, ao decidir a ação renovatória, **rever** não apenas o valor locativo, mas também **alterar** o seu critério, impondo ao locatário a obrigação de pagar aluguel **variável** corrigível anualmente, quando a cláusula contratual estipula, para toda a duração do contrato, aluguel **fixo**? Eis o problema.”

E responde:

“A jurisprudência que, na hermenêutica do Decreto nº 24.150, assumiu papel relevante, constituindo soluções de equidade, poderá certamente uniformizar o sistema, estabelecendo, por ocasião da renovação do contrato, a revisão **anual** do aluguel. Basta para tanto que invoque a cláusula **rebus sic stantibus**, aplicando-a ao contrato renovando, desde que o requeira o locador.”

E, páginas adiante, após lembrar que o art. 16 da “Lei de Luvas” recomenda a apreciação dos princípios da equidade, remata:

“A aplicação da cláusula **rebus sic stantibus**, com fundamento na equidade, aos contratos regidos pelo Decreto nº 24.150, permitirá ao juiz alterar o aluguel **fixo** por um aluguel variável corrigível anualmente, o qual tem o condão de assegurar o equilíbrio econômico entre a prestação e a contraprestação” (38).

CAETANO JOSÉ DA FONSECA COSTA, trilhando caminho análogo e apontando precedentes jurisprudenciais emanados do I Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, do qual participa, dá mais ênfase ao sentido de pura recomposição que a cláusula corretiva representa, assim sintetizada pelo ilustre Juiz PAULO ROBERTO DE FREITAS, em julgado de que foi relator:

“Corrigir as cifras mesmo quando as partes não previam a correção é obedecer-lhes a vontade, pois significa manter relação entre o valor real das prestações e das contraprestações e era isso que as partes queriam, quando fizeram o contrato.

(33) Ob. cit., v. II, n.º 245, p. 422.

A inserção de cláusula é simples aplicação do juízo de equidade, que o art. 16 do Decreto n.º 24.150 autoriza seja utilizado pelo juiz”⁽³⁴⁾.

No VI Encontro já referido, a proposição defendida por CAETANO, e que tomou o n.º 6, foi aprovada à unanimidade, tal como apresentada:

“Nas ações renovatórias e revisionais de locação comercial ou industrial, amparadas pelo Decreto n.º 24.150, pode o julgador estabelecer no novo contrato a correção monetária do aluguel, de acordo com a variação das ORTNs, ainda que inexistente a mesma no contrato anterior”⁽³⁵⁾.

13. Já que estamos a relembrar questões até hoje não pacificadas, principalmente pela jurisprudência, vejamos, agora, uma que parece de menor monta mas, em verdade, de certo valor, ou melhor, de valor incerto: a do valor da causa.

As soluções têm variado de maneira desconcertante.

Para uns, dispondo o art. 34 do Decreto n.º 24.150 que “para o cálculo da taxa judiciária tomar-se-á por base o valor de um ano de aluguel segundo o preço do contrato em vigência”, esse será o valor da causa.

THEOTONIO NEGRÃO⁽³⁶⁾ informa que a jurisprudência ainda não se firmou, quanto ao valor da causa nas ações renovatórias: o valor total dos aluguéis em vigor, segundo 5 arcos que indica; a soma da renda anual ofertada pelo autor, de acordo com dois outros acordãos apontados; a soma de todos os aluguéis propostos, segundo dois julgados.

Para BUZAID⁽³⁷⁾, a solução acertada é a que manda atribuir à causa o resultado da soma de tantos aluguéis mensais quantos sejam os do contrato renovando.

NASCIMENTO FRANCO e NISSKE GONDO, ao contrário, sustentam ser ele o correspondente aos aluguéis propostos⁽³⁸⁾.

Parece ser este último o entendimento correto.

Cumpra, porém, afastar o raciocínio, que surge de quando em vez em certos julgados, de que o valor da causa é o previsto no inciso V do art. 259 do CPC. Não parece procedente tal conclusão, pois a renovatória não tem por objeto a existência, a validade, o cumprimento, a modificação

(34) *Anais do VI Encontro dos Tribunais de Alçada do Brasil*. Belo Horizonte, Littera Maciel, 1984, pp. 106-7.

(35) *Idem*, pp. 102 e 170.

(36) *CPC e Legislação Processual em Vigor*. 12.ª ed., S. Paulo, Revista dos Tribunais, no.º 1 ao art. 5.º do Dec. 24.150, p. 583.

(37) *Ob. cit.*, v. II, n.º 314, p. 524.

(38) *Ob. cit.*, n.º 139, p. 140.

ou a rescisão do negócio jurídico, mas, sim, o estabelecimento de novo ajuste.

Dai decorre que, não se enquadrando a ação renovatória em qualquer dos incisos do art. 259, o valor da causa será arbitrado pelo autor, e, em tal caso, falece ao juiz qualidade para determinar a sua correção ~~ex officio~~. E, não impugnado, o valor presumir-se-á aceito pelo réu.

Diremos mais: a impugnação, se houver, deve ser rejeitada pelo juiz se o valor da causa não constituir óbice à interposição de recurso extraordinário, nem alterar a competência recursal, dada a falta de **interesse** na impugnação.

Em todo o direito processual domina o princípio de que o processo judicial só pode atuar havendo **interesse** por parte de quem o invoca. Conhecidos brocardos jurídicos proclamam o acerto: "Point d'intérêt, point d'action"; "L'intérêt est la mesure des actions"; "L'interesse è la misura delle azioni". E, entre nós, atestam-no várias disposições legais: Cód. Civil, art. 76; Cód. Proc. Civil, arts. 3º; 267, VI; 295, III; 155, parágrafo único; 856 e 856, § 1º; 1.194; **et passim**.

Observe-se, por outro lado, que o requisito do **interesse** não se restringe à **propositura** da ação: incide ele no tocante à prática de quaisquer atos processuais.

Nessa conformidade a lição de ELIÉZER ROSA:

"Não é o interesse um requisito apenas da ação, mas de todos os direitos processuais exercitáveis mediante o processo judicial" (39).

14. É pena que, à míngua de tempo, não possamos abordar vários outros temas, relevantes e polêmicos, que a disciplina da locação comercial suscita, tais como o da retomada para uso próprio e para uso de sociedades; o das locações mistas; o das cláusulas de recondução; o do prazo de decadência; o do direito de preferência do locatário à compra do imóvel; o da revisão trienal do aluguel; e de tantos outros.

— III —

15. A existência de todas essas dúvidas, divergências e polêmicas, de modo algum decorre de falhas ou defeitos do Decreto nº 24.150, mas sim da própria evolução social e das mutações de toda ordem por que passou o mundo nesses últimos 50 anos. Situações impossíveis de prever em 1934 — inflação, superpopulação dos centros urbanos, crise das construções, novas e sofisticadas atividades mercantis etc., — tudo isso indica a necessidade de uma profunda reformulação da lei protetora

(39) Dicionário de Processo Civil. 2ª ed., S. Paulo, Bushatsky, 1973, verbete "Interesse de Agir", p. 288.

do fundo de comércio e de indústria. Como bem observa JOSSERAND, "à temps nouveaux, institutions nouvelles".

16. Mas não só a "Lei de Luvas" demanda novas vestes. Toda a caótica legislação concernente à locação imobiliária, espalhada por nada menos de 16 leis e atos normativos, está a clamar por uma providência: a reunião num só diploma legislativo — o "Estatuto da Locação" — dessa variada gama de leis.

Tal providência viria coroar os esforços em boa hora iniciados pelo Ministério da Justiça, com a publicação de textos legais em vigor sobre determinadas matérias, entre as quais a da locação e arrendamento de imóveis. Trata-se de iniciativa que está a demandar complementação, através dos preconizados aprimoramento e consolidação.

17. No que respeita especificamente à "Lei de Luvas" alguns tópicos poderiam ser desde logo aflorados:

a) Ampliação do círculo de pessoas atualmente por ela amparadas, de modo a abranger, por exemplo, os titulares de fundo de comércio cujos contratos refogem ao âmbito de sua incidência, como é o caso dos profissionais liberais. Isso talvez fosse possível sem o emprego, sempre problemático de uma enumeração casuística, mediante a utilização do conceito de **empresa**, que já figura no Projeto de Código Civil ora em tramitação no Congresso Nacional (art. 969 do PLC 118, de 1984), abrangendo, assim, todas as atividades profissionais lucrativas.

b) Aperfeiçoamento dos requisitos objetivos hoje exigidos para o bom êxito da ação renovatória.

Seria indispensável manter-se a exigência do contrato escrito? Se o que visa a lei é a proteção do **fundo de comércio** instalado ou criado pelo locatário no imóvel, por que subordinar a renovação à existência de um contrato escrito de pelo menos 5 anos? O locatário que está na exploração do mesmo negócio há 10 ou 20 anos não tem direito algum? Deverá continuar sujeito a ser despedido imotivamente através da denúncia vazia? Na França, desde 1946, as locações por tempo indeterminado, que vigorem por 4 anos consecutivos, fazem jus à proteção da lei de amparo ao fundo de comércio.

Alternativamente, será de manter-se o prazo mínimo de 5 anos dando-se azo, com isso, às intermináveis disputas que ainda hoje se travam em torno da soma de prazos? No direito francês a renovação se dá por 9 anos.

c) Melhor disciplinamento de certas locações que, pelas suas peculiaridades, diferem das demais, tal como se verifica, por exemplo, com a de imóveis especializados e com a de unidades dos centros comerciais (shopping centers).

No que concerne aos primeiros, como hotéis, praças de esporte, cinemas, teatros, dados em locação já com as características necessárias à atividade que vai ser desenvolvida — com ou sem clientela — cumpriria antes de mais nada trazer para o corpo da lei aquilo que constitui hoje mera construção pretoriana: a possibilidade da renovação, sem prejuízo de poder o locador retomá-lo e nele exercer ou permitir que se exerça a mesmíssima atividade desenvolvida pelo antigo locatário.

Quanto aos “shopping centers”, vários são os aspectos que demandariam disciplina específica, dadas as singularidades que os envolvem, afastando a conveniência de a eles se aplicarem vários princípios e normas adequados às demais locações. Tudo indica que aos ocupantes de módulos de tais centros não se deve negar, em princípio, o direito à renovação dos contratos. Há que levar em conta, todavia, certos aspectos específicos.

Impende considerar, por exemplo, que o complexo de estabelecimentos e atividades que integram um “shopping center”, se submete a princípios mercadológicos que lhe são próprios, aos quais não pode permanecer indiferente o legislador.

É de destacar-se, ademais, que a constituição de um centro comercial reclama uma avultada soma de recursos, e que no mundo dos negócios constitui praxe — eticamente inatacável — cobrar-se antecipadamente dos locatários uma parcela de tal soma. Cumpre afastar a idéia, sob todos os aspectos indefensável, de que nessa antecipação se caracterizassem “luvas”, vedadas como tais pela lei em vigor e suscetíveis mais tarde de repetição, como vem sendo maliciosamente pleiteado por alguns locatários.

As locações em “shopping centers”, além disso, parece especialmente adequado o sistema de estipulação de aluguéis em percentuais sobre o faturamento ou os lucros do locatário, sobre o qual, em certos pontos, tem de pronunciar-se o legislador, coibindo abusos de parte a parte.

E haveria, por fim, que considerar nessa matéria, a possibilidade, já sustentada, ampla e brilhantemente, por BUZAID⁽⁴⁰⁾, de reputar-se válida cláusula que nas locações de centros comerciais, condicione a cessão da locação ao consentimento prévio do empreendedor, que tem a incumbência de dar organicidade ao conjunto, velando pelo desenvolvimento dos negócios ali instalados.

18. Os pontos aqui ressaltados constituem elenco meramente exemplificativo dos tópicos a respeito dos quais está chamado a manifestar-se o legislador.

De tudo se conclui que inadiável é, em verdade, a consolidação — a que há pouco aludimos.

(40) Ob. cit., v. II, n.º 10, p. 660.

Una reforma importante de la ley procesal civil española

ANTONIO M^a LORCA NAVARRETE

Titular Numerario de Derecho Procesal.
San Sebastián. España.

SUMARIO

I. *Líneas generales de la reforma*

II. *Desarrollo básico de la reforma aprobada*

I. *Líneas generales de la reforma*

En una legislatura básicamente socialista favorecida por la mayoría absoluta de las Cortes Generales de España ha tenido lugar una de esas reformas que históricamente se han prodigado poco en las leyes procesales españolas. Le ha tocado el turno, ahora, a la ley procesal civil española, que tras superar con lucidez el centenario (pues indico que la Ley de Enjuiciamiento Civil española — desde ahora LEC — se promulgó por Real Decreto de 3 de febrero de 1881) se encontraba precisada de una reforma urgente. La reforma de la LEC de 1881 tras la labor de los parlamentarios ha sido publicada en el Boletín Oficial del Estado Español (B.O.E.) del día siete de agosto del presente año de 1984 y es

conocida como la ley 34/1984 de seis de agosto de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta ley de reforma de la LEC española ha supuesto un cambio de rumbo en determinadas materias procesales que exigían una rápida modificación y que la propia exposición de motivos de la ley de reforma urgente de la LEC (desde ahora ley de RULEC) cifra fundamentalmente en tres materias:

- a) todo lo relativo a la concesión del beneficio de justicia gratuita;
- b) a la fijación de un nuevo proceso civil declarativo ordinario tipo a través del procedimiento que sigue el juicio de menor cuantía que desplaza así al juicio declarativo de mayor cuantía como enjuiciamiento tipo de la LEC; y
- c) la modificación de todo el Título XXI de la LEC que se encontraba referido al recurso de casación y al que ahora la ley de RULEC da una nueva redacción. Por tanto, se modifica, yo diría que profundamente también, la casación.

Las demás modificaciones que la ley de RULEC contiene, aún siendo importantes son cualitativamente de menor entidad a las tres ya reseñadas.

II. Desarrollo básico de la reforma aprobada

He señalado ya como las líneas generales de la ley de RULEC se apoyan básicamente en tres modificaciones importantes de la vigente LEC. Por lo que se refiere a la primera de las referidas modificaciones, esto es, la relativa a la concesión de la justicia gratuita, la ley de RULEC es en cierto modo radical, incluso a nivel semántico por abandonar el decimonónico término de *pobre* por el más acorde de *justicia gratuita*. Básicamente la ley de RULEC, dando nueva redacción al art. 14 de la LEC, establece que se reconoce el derecho a la justicia gratuita a quienes tengan unos ingresos o recursos económicos que por todos los conceptos no superen el doble del salario mínimo interprofesional vigente en el momento de solicitarlo (En la actualidad el salario mínimo interprofesional en España cuando escribo estas líneas es de 34.740 pesetas/mes).

Tradicionalmente, la doctrina procesal para la administración de justicia gratuita solía señalar dos sistemas:

1º — enumerar una serie de supuestos de pobreza, de tal forma que se conceda el beneficio a aquellas personas que se encuentren dentro del supuesto legal previamente establecido o 2º — partir de una

fórmula o cláusula general definitoria de la insuficiencia de recursos económicos, facultando al Juez para la aplicación de beneficio a los casos concretos.

En el primer sistema el arbitrio judicial es muy restringido, pues únicamente debe examinar el Juez si el solicitante se encuentra, o no, comprendido en alguno de los supuestos legales.

En el segundo caso el Juez goza de un amplio arbitrio, pues a la vista de las circunstancias de cada caso en particular, concede o deniega el beneficio, dentro de una orientación finalista de la Ley.

En España la Ley de Enjuiciamiento Civil se inspiraba en el primer sistema al enumerar casuísticamente el derogado art. 15 LEC una serie de supuestos de *probreza legal*. Pero la rigidez del sistema se atemperaba después de la importante reforma introducida por el Real Decreto-Ley de 3 de febrero de 1925, que al modificar varios artículos de la LEC se aproximó a un sistema intermedio en que se concede cierto arbitrio judicial, para poder ponderar las circunstancias particulares de cada caso.

En la actualidad y con la ley de RULEC puedo afirmar que el legislador español ha optado por el segundo sistema, es decir, se parte de una fórmula o cláusula general definitoria de la insuficiencia de recursos económicos (art. 14 LEC) para que luego y no obstante los Jueces y Tribunales, atendidas "la circunstancias de familia del solicitante, número de hijos o parientes a su cargo, estado de salud, obligaciones que sobre él pesan, costo del proceso u otras circunstancias análogas" (art. 15 LEC), puedan reconocer el derecho de justicia gratuita en los casos concretos.

También y otra de las circunstancias, a mi modo de ver favorables de la ley de RULEC, es la de que la tramitación de la concesión del beneficio de justicia gratuita se hace a través de un trámite procedimental ciertamente breve y presidido por las notas de inmediatez, concentración y oralidad propias del *juicio verbal* de la LEC española. Se abandona así en la ley de RULEC el trámite de incidentes que regulaba la LEC para la concesión de la antes denominada "pobreza legal" y la condición del mismo de ser de *previo pronunciamiento*, esto es que mientras no se decidía sobre el incidente de "pobreza" (siempre según la terminología ahora derogada) no podía plantearse la cuestión principal para la cual se pedía la "pobreza legal". Ahora con la ley de RULEC ya no sucede así, pues el procedimiento para la concesión de

la justicia gratuita se simplifica como he señalado respecto del sistema anterior y contra lo que ocurría antes la tramitación de este beneficio no suspende la tramitación del pleito para el cual se solicita. En mi opinión se ha avanzado, dándose un contenido más relevante y actual al art. 119 de la Constitución española que señala que “la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y en todo caso respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”. Por lo demás y en el desarrollo de los *efectos de la justicia gratuita* traigo aquí a colación la nueva redacción del art. 31 de la LEC que le otorga la ley de RULEC y según el cual la parte contraria a la que haya obtenido la gratuidad mediante declaración judicial gozará provisionalmente de:

1º — exención del pago de toda clase de derechos o tasas judiciales y de la necesidad de reintegrar el papel que usen para su defensa;

2º — inserción gratuita en los periódicos oficiales de los anuncios y edictos que deban publicarse a su instancia;

3º — exención de hacer los depósitos que sean necesarios para la interposición de cualesquiera recursos, hasta tanto se dicte resolución firme y definitiva en el proceso principal.

Mediante este precepto pienso que se trata de evitar que la parte que pide la “pobreza” emplee las garantías del proceso para retrasar el mismo. La solercia o astucia de la parte que solicita el beneficio de justicia gratuita para plantear pleitos sin más o ya en ellos retrasarlos, se neutraliza pues con la concesión también a la parte contraria de los beneficios de esa misma justicia gratuita. En último término, además, se evitaría que quien pleitee a través del beneficio de justicia gratuita lo haga sin más con la sola finalidad de obligar a la parte contraria a realizar los gastos propios del proceso que él en cambio no tendría que afrontar al obtener la justicia gratuita. Este efecto se elimina con acertado criterio con la actual redacción del art. 31 LEC.

En cuanto a la segunda de las modificaciones básicas que introduce la ley de RULEC se trata de la referida al cambio del proceso tipo a seguir en la aplicación de la actual LEC. Antes de la ley de RULEC el proceso declarativo ordinario tipo era el denominado de *mayor cuantía*, lento y costoso, heredero directo del *solemnis ordo iudiciorum* de inspiración medieval. Ahora y con la ley de RULEC se desplaza el peso del enjuiciamiento civil al denominado por la LEC juicio declarativo ordinario de *menor cuantía* que pasa a ser el de mayor contingencia

procesal por obra del reformado artículo 484 LEC, pues según él se decidirán en juicio de menor cuantía:

1.º — las demandas ordinarias cuyo interés económico pase de quinientas mil y no exceda de cien millones de pesetas;

2.º — las relativas a filiación, paternidad, maternidad, capacidad y estado civil de las personas;

3.º — las demandas cuya cuantía sea inestimable o no pueda determinarse ni aun de forma relativa por las reglas que se establecen en el art. 489 LEC; y

4.º — cualquier tipo de demanda para la que no se disponga otra cosa, quedando tan sólo el mayor cuantía:

1.º — para las demandas cuyo valor o interés económico exceda de cien millones de pesetas, y 2.º — las relativas a derechos honoríficos de la persona.

Por otro lado, destaca en la nueva regulación que se da al juicio de menor cuantía la llamada *comparecencia* que sigue en gran medida a la *Erste Tagsatzung* de la Ordenanza Procesal civil austríaca, obra del genial jurista Franz Klein y ya expandida por ejemplo a Portugal y Brasil a través del llamado *despacho saneador* como es el caso portugués. Pero en esta reforma el legislador español ha llegado tarde, pues la *Erste Tagsatzung* austríaca después de ser tildada de inadecuada e impracticable ha sido eliminada en Austria por la Novela que entró en vigor el 1.º de mayo de 1983 (Z. N. V.) y me temo que ese sea el camino de la ya nata "comparecencia" en el juicio de menor cuantía, habida cuenta del poco apego a la oralidad del jurista español que se halla más cómodo con la *escritura* en la elaboración de sus "comparecencias" ante los tribunales.

La finalidad de la *comparecencia* es buena pues en definitiva se trata, como señala la exposición de motivos de la ley de RULEC, de que, una vez formulados los correspondientes escritos de alegaciones y explicitados, por tanto, los términos del debate, pueda lograrse un acuerdo que reemplace a la sentencia, sometándose a las reglas de ejecución de ésta. De no lograrse el acuerdo, la comparecencia tiene la finalidad de corregir posibles defectos o faltas en los escritos o en los presupuestos y, en todo caso, tiende a esclarecer la posición de las partes, a delimitar las cuestiones de hecho en las que exista conformidad o discrepancia y a hacer posible con vistas a la prueba, que estén claramente definidas las posiciones en conflicto. Además el que la comparecencia se celebre

ante el Juez permitirá a éste darse cabal cuenta de la dimensión jurídica del problema, así como de sus aspectos psicológicos y éticos, esto es, del fondo humano y social de la contienda, a la vez que, ordinariamente, permitirá la sustitución de la vista por un escrito dedicado a resumir las pruebas como antecedente inmediato de la sentencia.

Pues bien, pese a tan buenos deseos, dudo de la virtualidad de la reforma, dada la inercia existente en nuestra administración de justicia de caminar hacia la escritura haciendo muy difícil o impracticable la inmediación de juez. Espero que la *comparecencia* no se quede en un mero trámite *escrito* que se verifica ante el oficial del juzgado.

Por último y por lo que se refiere al recurso de casación la reforma también ha sido bastante profunda, pues se deroga totalmente el título XXI de la LEC y se da a todo él una nueva redacción. Lo más significativo es la refundición en un solo recurso casacional de los dos anteriores por infracción de ley o doctrina legal y quebrantamiento de forma en una sola vía casacional que cuenta con los siguientes cinco motivos:

1º — abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción;

2º — incompetencia o inadecuación del procedimiento;

3º — quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte;

4º — error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios;

5º — infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

Pues bien, en el primer motivo se acogen cuestiones atinentes a la jurisdicción; e nel segundo a la competencia; en el tercero al quebrantamiento de las formas esenciales del juicio; en el cuarto las cuestiones atinentes a la prueba y en el quinto la anterior infracción de ley o de doctrina legal, ahora denominadas "ordenamiento jurídico" y "jurisprudencia" respectivamente.

Aparte de esta remodelación de motivos casacionales, que de ser quince han pasado a ser sólo cinco, la otra gran reforma de la ley de RULEC es abandonar en gran medida el formalismo procedimental que antes afectaba a la casación. Ahora la casación española se hace más asequible y mucho menos formalista a través del planteamiento de un *solo* procedimiento casacional.

Alternativas para o sistema judiciário criminal

WILLIAM CLIFFORD
Criminólogo Internacional (1)
Tradução de

ARMIDA BERGAMINI MIOTTO

Coordenadora do Curso de Especialização em Direito Penitenciário. Faculdade de Direito. Universidade Federal de Goiás.

Existe um livro pouco conhecido mas (na minha opinião) muito importante, intitulado **Social Control in a Simple Society**, escrito há alguns anos por um homem significativamente chamado Gulliver. Preliminarmente, ele foi a uma distante região da Tanzânia, às margens do Lago Vitória, com o fito de observar um ramo da tribo Arusha, por ser esse um pequeno número de pessoas vivendo junto com tanta singeleza, a ponto de não ter formalmente qualquer organização política. Constituíam o que os antropólogos sociais denominam "sociedade acéfala". Como se sabe, até mesmo as tribos costumam ser organizadas de modo bem complicado; essa, porém, não o era.

Tratava-se de uns poucos clãs convivendo em paz e harmonia; se, porém, alguma contenda surgisse entre eles, os anciãos se reuniam, sem qualquer formalidade, para resolver o assunto, fosse ele uma alegada quebra de contrato, um dano ou um fato criminoso. A sanção era invariavelmente uma forma de compensação: o ofensor ou seu clã tinha de dar um certo número de animais ao ofendido, de acordo com a decisão de informal assembleia dos anciãos. Tudo muito expedito, notando-se que a maior parte das questões se liquidadavam pacificamente. Gulliver, no entanto, quis saber que é que aconteceria caso o ofensor não pagasse. Afinal, não havia quem exercesse funções de polícia, de oficial de justiça ou outro funcionário judiciário, para executar a sentença; nenhum grupo dominava os demais; não havia formalidades processuais para sanar erros e omissões.

Descobriu ele que o meio usual para o "litigante" inconformado conseguir seus direitos era esperar pela subsequente assembleia dos anciãos. Então, logo que os anciãos estivessem reunidos, começava a gritar tão ruidosamente e com tanto espalhafato, que lhes impossibilitava tratar de qualquer outro assunto enquanto não tivesse sido dada atenção ao seu clamor.

Título original: Alternatives to the Criminal Court System.

(1) William Clifford, após ter sido, durante vários anos, Chefe do Departamento de Prevenção do Crime e Justiça Penal, das Nações Unidas, assumiu o cargo de Diretor do **Australian Institute of Criminology** — AIC (cuja área de influência se estende a todas as ilhas do Continente Oceânico), cargo esse que ocupou até recentemente; foi, então, prestar serviços especificamente no **Institute of National Affairs** — INA, de Papua, Nova Guiné. Quando o presente texto foi elaborado, Mr. Clifford ainda era Diretor do AIC, embora em vésperas de deixar o cargo. Convém que o leitor tenha presente essa circunstância, pois, ainda que universais os conceitos, as exemplificações às vezes se referem expressa ou implicitamente àquele País-Continente. (Nota da Trad.)

Os anciãos nada podiam fazer, porque não tinham processo de execução. Por outro lado e ao mesmo tempo, nenhum outro assunto podiam examinar, porque a gritaria era de propósito para lhes impedir qualquer atividade. Se ele fosse persistente, o clã do ofensor omissivo poderia vir a ser persuadido por outrem a induzir o velhaco a pagar a sua dívida. Isso feito, a assembléia podia passar a outros assuntos.

Pois bem: se afastarmos nosso pensamento dessa pequena, insignificante reunião às margens do Lago Vitória, e o levarmos para a digna de todos os noticiários Assembléia Geral das Nações Unidas, em Nova Iorque, haveremos de nos dar conta de que assim chamada **civilização** é ainda bem singela no que se refere ao modo de tratar e tentar resolver as controvérsias. Quem quiser que, em Nova Iorque, lhe seja dada atenção, terá de gritar persistir gritando. O cenário internacional ainda tem suas fontes em leis costumeiras, e quem tem problemas a solucionar tem de valer-se de modos de agir que talvez não sejam mais eficazes do que os da tribo Arusha, isto é, gritar, vociferar mais alto do que quem quer que seja, para atrair a atenção.

A moral desta comparação é a seguinte: a eficiência para solucionar os problemas não é necessariamente função da nossa sofisticação legal — embora não raro sejamos erroneamente levados a crer que assim deva ser. Por mais que sejam inteligentes e bem elaboradas nossas leis, têm muito menos influência sobre o comportamento das pessoas, do que certas imposições ditadas pelos costumes da respectiva sociedade. Uma das razões de as leis modernas terem tão pouco efeito sobre as **gangs** de delinquentes é a força da sua disciplina interna e dos códigos rígidos que se encontram implícitos nas organizações expressamente sem lei. E se continuarmos a preparar as crianças para o “desafio da mudança”, ao invés de para a “conformidade”, outra expectativa não podemos ter que a de culturas sociais divergentes, com uma variedade de normas e valores diversos que hão de surgir. De fato, é isso que estamos positivamente incentivando, com a nossa falta de orientação e de liderança, nesta sociedade pluralista. Quando certo comportamento leva a uma independência que, arrogante e destemida, se permite quaisquer iniciativas e empreendimentos, nós o premiamos; quando, porém, o mesmo comportamento simplesmente desemboca no crime, nós o punimos, e nos admiramos de que nossos condenados não só não se arrependam, mas estejam convencidos de serem vítimas de um sistema de dois pesos e duas medidas. O fato é que temos demasiada confiança nas nossas leis e nas formalidades processuais e judiciárias.

Que é que tudo isso tem a ver com possíveis alternativas do nosso (australiano) sistema judiciário criminal? Tem muito que ver, simplesmente porque levamos duzentos anos ou mais, buscando modernizar uma sociedade complexa, aberta, liberal e extraordinariamente diversa nos seus valores fundamentais, tolerante quanto à ausência de padrões ou normas de comportamento. Ao mesmo tempo, temos estado abafando essa variedade social com um enorme volume de pormenorizada legislação fundada em princípios claramente uniformes, que já não têm a aceitação generalizada que seria de desejar, porque existem divergências entre o nosso direito e a nossa moral. Enquanto alto e bom som temos defendido a liberdade individual,

até mesmo contra os interesses da comunidade, e procurado controlar nossa sociedade cada vez mais atomizada, com um vago poder burocrático e um verdadeiro delírio de legislação, essa legislação foi se tornando, necessariamente, mal aplicada e cada vez mais ineficaz para controlar ou sequer para orientar o comportamento público.

Em realidade, deveria não ser surpresa para nós o fato de o número de crimes registrados numa sociedade democrática ser proporcionalmente inverso ao número de leis e de pessoal a serviço delas. Olhando, porém, as taxas de crimes através do mundo, vemos que são mais altas onde existem mais leis escritas, mais advogados, mais juizes, e mais criminólogos, enquanto que o crime não é tido como problema lá onde, não existindo leis escritas, tampouco existem serviços específicos para assegurar a observância e a aplicação das leis. Isso tem, certamente, algo a nos ensinar, pois não se trata de mera coincidência ou simples questão de melhores registros. No mundo ocidental, aproximadamente metade dos crimes jamais são registrados, constituindo o que se denomina "cifras negras do crime". Nas sociedades tribais, tão coesas, um fato de má conduta não pode tão facilmente ficar oculto. Em outras palavras: sabe-se que nessas sociedades os crimes são controlados mesmo não sendo formalmente registrados.

Durante os dois últimos séculos, ao mesmo tempo que estivemos burlando a liberdade individual, a partir da lei natural dos estoicos, passando pelos direitos naturais de Rousseau, até à moderna configuração internacional dos direitos humanos, estivemos desvalorizando a influência da família, do grupo e da comunidade. Garantimos maior independência aos indivíduos — não só do ponto de vista legal (civil), como também político, econômico e social — mas os concentramos (muito rapidamente, em termos históricos) em coletividades urbanas extensas, cujos grupos, atomizados, são tão dependentes de serviços de subsistência, que não poucos milhões de pessoas se têm tornado vulneráveis não só aos ventos das mudanças políticas, econômicas e sociais, como a qualquer dos pequenos mas cruéis grupos terroristas ou até mesmo a alguém, individualmente, capaz de manter uma cidade inteira como refém.

Com efeito, destruímos os direitos da família e da comunidade — as melhores fontes de todo e qualquer controle do comportamento — em favor dos apreciados benefícios de uma individualidade relativamente sem peias e do direito de todos a proceder mal. Então, no nosso desespero por conter essa massa de indivíduos libertos dos naturais freios da família e da comunidade, nós nos precipitamos numa volumosa legislação e numa reforçada burocracia. Dizem que os americanos atiram dinheiro nos problemas, com a esperança de afugentá-los. Parece que nós outros, com a mesma esperança, atiramos leis neles... ou, como disse certa vez o Juiz Chefe do Tribunal Superior da Austrália do Sul: "Deus pode estar morto, mas agora nós temos cinquenta mil assistentes sociais..."

Significa, tudo isso, a cada vez maior intromissão do judiciarismo em áreas antes deixadas a controles informais. A investida dos procedimentos formais não apenas eliminou grande parte da responsabilidade que era da comunidade, da família ou dos particulares, mas, de vez que, por causa

das mudanças sociais, tais grupos se tornaram indefinidos e ineficientes, a lei raramente deixa de se apressar em preencher as lacunas. Surge, assim, uma espécie de paradoxo, isto é, quanto mais um indivíduo se emancipa do seu grupo social, mais ele fica submetido a normas e regras providas de alguma autoridade mais distante, a qual, uma vez que não pode ter invariavelmente êxito nas suas tentativas de controle, é iniquamente manipulada pelos inteligentes e astutos. Sem dúvida, a aplicação de tão grande volume de leis tem de ser discricionária. Se assim não for, nós estaremos literalmente impossibilitados de sequer nos mover. Há poucos anos, no Reino Unido, qualquer policial podia, para o controle do comportamento das pessoas em público, valer-se de certas normas legais que os próprios policiais denominavam "breathing acts" (leis da respiração), pois à luz delas até a respiração poderia ser interpretada como transgressão. Logo se vê que exageravam, é claro. Todavia, ninguém ignora quanto e como somos submetidos a normas e regras pelo Estado moderno. Todos nós conhecemos bem o preconceito social que se intromete sorrateiramente na aplicação da lei. De outro modo não poderia ser explicado o fato de 30 ou 40 por cento dos nossos presos serem aborígenes, ou o de a maioria dos processados provirem dos grupos de mais baixa renda. Nossas leis não são somente discriminatórias na aplicação. São tão numerosas e complexas que talvez tenhamos de, em breve, reformular o adágio que diz que a ignorância da lei não escusa. Nos dias que correm, já se escusa até mesmo a advogados a ignorância daqueles ramos do direito a que não se dedicam profissionalmente.

Vale frisar: se todas as leis tivessem de ser observadas, nós não poderíamos sequer nos mover. Podemos, no entanto, só porque a Polícia e a Justiça agem discricionariamente. De vez que chegam ao conhecimento da Polícia somente cerca de 50% de todos os crimes cometidos, e de vez que ela exerce a sua discricião para reduzir a porcentagem dos casos encaminhados à Justiça, a deplorável precissão daqueles que, todos os dias, são processados pode ser tão-somente uma fração do número total de delinquentes. Isso quer dizer que é muito maior o número dos que permanecem em liberdade. Semelhante situação tende a fazer com que aqueles que são alcançados pela Justiça se configurem como os bodes expiatórios do grande problema do crime numa sociedade. Nesse sentido, podemos ver que a Justiça pode rotular pessoas como criminosas, como pessoas diferentes das outras; ademais, a seleção para essa rotulagem, por ser tão casual, pode ser injusta — não obstante tenha havido a preocupação de ser justa em cada caso concreto. O sentimento de injustiça experimentado pelos delinquentes punidos por crimes idênticos aos cometidos — como eles sabem — impunemente, por tantas outras pessoas, é muito nítido, tendendo a se acentuar cada vez mais.

Acresce que nossas leis, tão técnicas, e o processo contraditório podem servir melhor à habilidade forense do que ao mérito da causa. A imparcialidade e a estrita legalidade nem sempre correspondem à Justiça. Os juízes podem interpretar a lei extensivamente, como às vezes fazem, para alcançar circunstâncias não previstas; esse, porém, é o limite da discricionariedade. Assim, a interpretação confere apoio legal a casos que não tinham fundamento para ser objeto de pleito judicial, passando a tê-lo. Aliás, é pro-

vável que a discricionarietà judicial não seja limitada somente pelas normas legais, mas pelo que as próprias partes permitirem.

Os reais custos

Uma velha máxima dos advogados dizia que “de casos difíceis se originam péssimas leis”. Há anos, porém, que essa máxima não tem merecido atenção. O volume de leis está continuamente aumentando, e nós ainda não nos demos conta, parece, de que, por mais que possam ser válidas como declarações de direitos e obrigações, está comprovado que são lamentavelmente ineficientes para controlar o comportamento. Não é somente pelo seu número e complexidade, que já não levam em conta o tradicional “homem probo”, que elas estão sendo desacreditadas. Sua respeitabilidade também se compromete quando o público percebe que, em juízo, vale mais a habilidade dos advogados do que a lei, melhor servindo ela a quem é mais capaz de manipulá-la. Por sua vez, o tradicional poder discricionário do juiz, destinado a restabelecer o equilíbrio, vai se reduzindo na medida em que as descrições legais vão se estendendo.

Assim, várias razões aparecem para, tanto quanto possível, ser evitado o processo judicial. Uma delas é que a tradição da sistemática forense inglesa, de participação do público, veio a perder muito do seu caráter de participação pública propriamente, desde que foi profissionalizada. Nada há de errado quanto a prestações informais, gratuitas, desde que funcionem — essa é uma realidade que não pode ser desprezada. Outra das razões é que as leis, bem como a sistemática inglesa que as aplica, têm sido, como é notório, cada vez mais ineficientes para deveras controlar o comportamento. A terceira dessas razões é a da óbvia questão das despesas e a crescente necessidade de encontrar meios de diminuí-las. Entretanto, sobejam paradoxos. Não pode, por exemplo, deixar de ser mencionado o fato de que a moderna preocupação com alternativas para o sistema judiciário criminal coincide com uma crescente busca do Judiciário para reivindicar direitos individuais, busca essa que é tanto mais ampla quanto mais instrução as pessoas venham recebendo, mais acurada consciência tenham dos próprios direitos e, bem assim, mais fácil acesso a advogados e às atividades forenses. Talvez seja justamente a sobrecarga dos juízos e tribunais o que faz com que seja mais urgente encontrar as mencionadas alternativas.

Tem sido dito com freqüência que a questão das custas e demais despesas do processo constituem motivo suficiente para impor a necessidade das mesmas alternativas. Por isso, pode ser interessante mencionar aqui o que tem ocorrido na Austrália, desde o começo do século XX até os dias presentes, no que se refere a custas processuais e outras despesas judiciais — em termos latos, com a administração da Justiça. Em linhas gerais, esses gastos, variando um pouco, de um Estado para outros, se viram dobrados a cada período de doze a treze anos. Mesmo que aí se entenda incluída a variação decorrente da inflação, é muito, já que (no que tange ao dólar australiano) tem ela sido diminuta.

Os dados fornecidos se referem à administração da Justiça em termos latos; todavia, as fontes fornecedoras deles não esclarecem se entre as despesas estão ou não incluídos os vencimentos dos juízes.

A receita para essas despesas tem sido proveniente da cobrança de multas, notando-se que se em um ou outro Estado essa receita, ainda que significativa, tem sido insuficiente, em alguns outros Estados as ultrapassou. Em síntese, tem havido superávit. Portanto, se forem buscadas alternativas para a Justiça Criminal, tendo em vista somente os gastos, pode ser difícil encontrar as que sejam mais baratas do que o sistema vigente.

Quanto ao número de causas apreciadas pelos diversos tribunais da Austrália, o Dr. Mukherjee, do Instituto Australiano de Criminologia, registra em livro que, proporcionalmente à população, não tinha aumentado, até o começo do século XX. Aquele número deixou de ser mais ou menos estático após a Segunda Grande Guerra, quando passaram a proliferar os crimes de trânsito e os contra o patrimônio. A partir dessa época, houve também reformas da organização judiciária, interferindo na competência dos diversos tribunais. Tudo parece indicar, pois, que tem sido menos o volume de trabalho do que as mudanças no sistema o que tem acarretado os aumentos verificados nos custos (2).

Limites das alternativas

No direito inglês, tem-se estado constantemente buscando meios de evitar que o tempo dos juizes seja tomado sem necessidade. Nos países anglo-saxões a sistemática forense sempre contou com a participação da comunidade, seja que pessoas espontaneamente se disponham a prestar serviços, seja que obrigatoriamente tenham de dedicar algum tempo a serviço da lei e da ordem. Na aplicação das leis, nacionais e locais, sempre houve larga margem de discricionariedade; sem dúvida a noção da **Kings Peace** (3) é de, essencialmente, um expediente para limitar a discricionariedade local em certos tipos de casos. Pode-se notar a participação de grupos de "pares" (**peers** — iguais) e a discricionariedade local na prática da compurgação (4), bem como na evolução do júri. O direito inglês consagra o princípio do direito de ser julgado pelos seus pares, havendo não poucos exemplos de casos de os pares deixarem deliberadamente de observar normas legais cuja aplicação, naqueles determinados casos, consideravam injusta. Quando centenas de crimes são punidos com a pena de morte, os júris desclassificam os crimes contra o patrimônio (5) até um mínimo da punibilidade capital, absolvendo apesar da inegável evidência, se tiverem sentido a absolvição como apropriada no caso.

Por outro lado, a participação da comunidade pode se exceder, tornando-se negativa. O linchamento, por exemplo, é uma forma negativa dessa participação; os julgamentos arbitrários das multidões são abominá-

(2) De vez que este tópico — "Os reais custos" — continua, no original, muitos pormenores concernentes à Austrália, muito interessantes para o leitor australiano, mas, sem prejuízo da compreensão do texto, dispensáveis para o leitor brasileiro, a tradutora fez um resumo desse mesmo tópico, para o que obteve prévia autorização do autor.

(3) Na Idade Média, surgiu o que se denomina **Kings Peace**, como um privilégio para proteger certas pessoas ou localidades, em determinadas ocasiões; era uma proteção do Monarca, contra possíveis lesões a determinados direitos dessas pessoas, encontrando-se elas nessas localidades. Evoluindo, veio a significar a proteção dos direitos de qualquer pessoa contra os abusos da discricionariedade, em outras palavras: veio a significar o limite da discricionariedade. (Nota da Trad.)

(4) A compurgação consistia na absolvição fundada no juramento de inocência prestado pelo próprio acusado ou outrem por ele. (Nota da Trad.)

(5) A competência do júri inglês, sendo diversa da do júri brasileiro, é, concomitantemente, mais ampla. (Nota da Trad.)

veis. Realmente, o direito penal foi, nas suas origens, um expediente para limitar o excesso de vingança e desenfreada participação da comunidade. Assim, quando buscamos alternativas, temos de ser cuidadosos para que — procurando o que é mais barato, mais eficiente e menos demorado do que aquilo que atualmente nos é oferecido pela Justiça Criminal — não aconteça que as pessoas interessadas venham a ser submetidas a uma espécie de justiça que padeça dos vícios da mesma simplicidade; que padeça de tal ausência de formalidades capaz de permitir atos tendenciosos e imperinentes, jogo de interesses e invejas, de tal modo que se torne impossível fazer justiça.

Sem dúvida, existem muitos sistemas de Justiça através do mundo, que não são formais no sentido de não terem sistemáticas forense e processual assentadas em leis e regulamentos. O que de melhor se conhece a respeito são os tribunais costumeiros da África, da Ásia e da Melanésia, bem como os existentes entre os aborígenes da Austrália e entre os índios de vários países latino-americanos. Todavia, o tribunal costumeiro é antes um **substitutivo** que uma **alternativa**, sempre que ele exista onde, em razão das condições locais, não haja tribunais formais para julgar os casos. Uma análise dos tribunais costumeiros dos barotses, na África Central, feita por Max Gluckman, mostrou, há trinta e poucos anos, que havia muito mais precisão e formalidade do que poderia parecer à primeira vista. Esse pesquisador identificou, no processo da tribo barotse, a maior parte dos princípios fundamentais do direito inglês. Embora tenha ele, possivelmente, cá e lá, exagerado nas suas afirmações de evidência da identidade, a sua obra foi uma advertência quanto a se tratar com ares de superioridade os processos judiciais costumeiros.

Pouco conhecido, porém muito efetivo, foi o funcionamento dos tribunais costumeiros como alternativa em relação aos tribunais regulares, formais, em Zâmbia; lá, durante anos, os Tribunais Nativos Urbanos exerceram — exceto quanto aos crimes mais graves — jurisdição concorrente da que era da competência dos tribunais legalmente instituídos. Nos distritos rurais, cada tribo tinha o seu Tribunal Nativo, sob a supervisão (geral) do encarregado da administração do Distrito, que era, ao mesmo tempo, o magistrado local. Os Tribunais Nativos Urbanos, porém, eram mais genéricos, servindo a pessoas que, oriundas de tribos diversas, viviam nas cidades. Para compô-los, eram escolhidos anciãos de tribos diversas, a fim de, nos melhores moldes tribais, tratar de disputas e ofensas ocorridas na cidade. Eram eficientes, notando-se que, no seu funcionamento, estavam evoluindo para o que significava uma nova forma de direito costumeiro integrado, aplicável a todos aqueles que, oriundos de qualquer tribo, viviam na cidade. Tinham, contudo, as suas desvantagens. Assim, por exemplo, se a Polícia fosse capaz de produzir provas suficientemente boas para evidenciar os fatos e, assim, satisfazer um Tribunal formal, a ele encaminhava o caso. Quando não houvesse tais provas, a cuja luz se tornassem evidentes os fatos, encaminhava o caso a um Tribunal Nativo Urbano, onde não se levavam em conta as regras sobre a prova e a evidência dos fatos. Desse modo, a ausência de formalidades muitas vezes servia mais à acusação do que à defesa.

Nossas próprias Cortes de Eqüidade, do século XVII, se originaram da necessidade de afastar-se do tecnicismo e das demoras do **Common Law**, mas, afinal, elas mesmas foram ficando tão técnicas e burocratizadas, que foram incorporadas no **Common Law**, vindo a, no século XIX, constituir um só sistema. A famigerada **Star Chamber** (6) deve ser vista como outro meio de contornar o formalismo das **Common Law Courts** (Cortes ou Tribunais de Direito Comum), mas não teve cunho popular.

Nossa última tentativa de suprimir formalidades legais, por meio de uma série de tribunais administrativos, teve o previsível resultado. De vez que era permitido recorrer para as cortes comuns, podendo, as partes, valer-se também da lei e comparecer por meio de representante legal, àqueles tribunais administrativos, tornando-se tão formais como o próprio Sistema de Justiça Criminal, acabaram por ser eliminados. Parece que isso convinha aos profissionais. Acresce, como já tem sido notado, que esse interesse por tribunais informais anda de mãos dadas com uma certa maior consciência dos direitos, mais amplo acesso às leis e maiores facilidades quanto à representação legal. Afinal, talvez haja tendência a formalizar aquele mesmo informal que se tem procurado alcançar.

Não é o que tem acontecido com as comissões de prejudgamento de menores, constituídas em alguns Estados da Austrália, mas pode vir a acontecer, se essas comissões tomarem decisões que as partes considerem causadoras de prejuízos. Até agora, essas comissões têm tido pouco poder, o que pode ser a razão de terem ficado livres da intromissão da lei e terem conservado o seu caráter de obra beneficente. Todavia, se, por qualquer motivo de que possa resultar algum prejuízo para quaisquer direitos no mais amplo sentido, tiver de haver intervenção de advogado, pode-se prever a volta às formalidades legais. Foi o que aconteceu com os Conselhos do Bem-Estar do Menor, na Suécia, devendo-se, porém, não esquecer que ditos Conselhos tinham poderes para decidir sobre o futuro dos menores. O que não pode deixar de ser levado em conta é que a busca de informalidade tem de ser, sempre, limitada pelo senso dos direitos numa dada comunidade. A discricionariedade pode ser vista como um necessário lubrificante para qualquer conjunto de normas — ou como uma porta aberta para a discriminação.

Nas Filipinas, nas áreas rurais, existem tribunais para resolver disputas, conhecidos como **Barangay Courts** (7). Tendo de dez a vinte membros, seu presidente é o capataz da **barangay**. Apreciam todos os casos cíveis, bem como os criminais quando a pena é de prisão por trinta dias, ou de multa até duzentas pesetas. Um decreto presidencial de 1958 institucionalizou esses tribunais, nos quais os advogados estão especificamente impedidos de exercer qualquer atividade. Parece que esses tribunais dão bom resultado.

(6) Câmara Estrelada. Tribunal que existiu na Inglaterra desde o século XV até meados do século XVII, e exerceu vasta jurisdição cível e criminal, regido por normas de processo elaboradas de modo a melhor servir aos objetivos de soberanos absolutistas. Funcionava sem a participação de jurados, e secretamente. — Tendo deixado de existir esse tipo de tribunal, a expressão permaneceu significando tribunal opressivo, iníquo ou mesmo qualquer entidade que, para tomar decisões, se reúne secretamente. (Nota da Trad.)

(7) **Barangay** é uma entidade administrativa dos povos primitivos das Filipinas, constituída por um número de famílias que varia de cinquenta a cem, e é chefiada por um capataz. (Nota da Trad.)

Na Índia, há os **panchayts** ou conselhos locais que, em realidade, estão vinculados ao Governo local, mas têm uma seção para tratar de disputas e de transgressões de menor gravidade.

Sri Lanka tem seus tribunais de conciliação.

No mundo socialista, há muita confiança nas cortes de camaradas, notando-se que há um amplo rol de comitês de fábrica, de rua, de escola, de vizinhança e de pátio, para tratar não somente de disputas e transgressões de menor gravidade, mas também para estimular a conformidade e interpretar a política do Governo a respeito de comportamento no âmbito local. Vieram a ser uma parte tão normal da vida local, que são de modo geral respeitados e muito eficientes. Têm poder e, se forem desafiados, hão de ser, provavelmente, apoiados pelas autoridades. É interessante notar que, nesses países socialistas, onde existem, concomitantemente, as mencionadas cortes e um sistema forense formal, há uma preferência pela modalidade formal e menos imediata, ao invés da informal e rápida, ainda que a ofensa seja pouco mais que insignificante.

O exercício da discricionariedade

Se procurarmos evitar, a qualquer preço, a discriminação, acabaremos formalizando. Se contemplarmos o exercício da discricionariedade pela Polícia e por aqueles a quem incumbe tomar a decisão de denunciar, como a graxa que faz a moderna máquina da Justiça funcionar, poderemos eliminar as formalidades. Realmente, é difícil excluir por completo a discricionariedade. Como consta de páginas atrás, a discricionariedade é necessária para evitar que o grande volume de leis que existem nos esmague. Por que não estendê-la, pois, para reduzir o número daqueles que devem comparecer perante os juízes e tribunais? Por que certos casos que podem ser resolvidos entre a vítima e o ofensor não haveriam de poder ser resolvidos pelo Ministério Público, ao invés de, sempre, ter de ser oferecida denúncia à autoridade judiciária? É um instrumento não muito usado no sistema anglo-saxão, mas que é amplamente usado no sistema do direito civil de certos países, como por exemplo a Holanda, as Filipinas e o Japão.

Em limitada extensão, nós (da Austrália) estamos fazendo semelhante experiência; mas é preciso que se frise, em extensão muito limitada. A discricionariedade da nossa Polícia evita que inúmeras pequenas desavenças de vizinhos e pequenas agressões cheguem ao Judiciário. Os infratores do trânsito são advertidos, conhecendo-se, também casos de pequenos furtos nas lojas ou nos locais de trabalho, cujos autores nunca foram processados. Naturalmente, temos (na Austrália) também a possibilidade de resolver um pleito por meio de conciliação, possibilidade essa que, embora não sendo aqui tão ampla como nos Estados Unidos, permite selecionar casos a serem ajuizados. Nos demais países mencionados, entretanto, esse exercício da discricionariedade é literalmente amplo e sem distinção. Nenhum caso pode tomar o tempo da corte, a não ser que seja necessário por causa das circunstâncias do crime ou da sua gravidade intrínseca. A mim me parece que, na Austrália, maior número de audiências judiciais poderiam ser evitadas, como também poderia ser diminuído o número de processos, se fosse exercida essa forma de discricionariedade. O Procurador-Geral do Estado

já estive no **Australian Institute of Criminology** discutindo o assunto conosco. O problema pode consistir também em reduzir o atual monopólio da Polícia — ou virtual monopólio de persecução — conferindo discricionariedade ao Ministério Público (**legal prosecutor**), sistema esse, aliás, que já funciona no território da Capital australiana. Outro fator é o de que, para o exercício de semelhante discricionariedade, é preciso conquistar a confiança pública. Obviamente, há muito argumento para objeções a serem apresentadas por quem se sente mal servido pela discricionariedade que já vem sendo exercida — o que permite crescente formalização. Nos países atrás mencionados, tais exortações (não aos órgãos judiciários, mas a outras entidades públicas) têm sido mínimas, por causa da confiança no Ministério Público. É de admitir, porém, que não se possa ter certeza de que tal apoio público generalizado dure muito tempo. Pessoalmente, eu confio na qualidade dos profissionais do direito australianos, o que me faz acreditar na pronta aceitação da nova proposta.

Conclusões

Devemos ser extremamente cautelosos a respeito das propostas que possam fazer malograr o sistema de justiça criminal, ou dela subtrair os criminosos. Lutamos durante séculos para alcançar os padrões de equidade, imparcialidade e justiça que consideramos certos. Por outro lado, a sociedade — também ela — mudou, e o sistema formal a que damos valor pode tornar-se mais eficiente se tiver menos volume de trabalho. Tantos casos que gerações passadas jamais teriam imaginado houvessem de chegar aos tribunais, hoje são corriqueiros! Tantos casos que poderiam ser resolvidos rapidamente — em minutos, dir-se-ia — andam lentamente, durante longo tempo, até seu desfecho! Tendo-se uma legislação superabundante, excessiva, impondo-se a multiplicação do número de juizes e tribunais, é preciso que o processo seja simplificado, já que quem tem de fazer face a todas as inerentes despesas é o público que paga impostos.

Com as devidas precauções, então, havemos de escutar alternativas — não aquela via simplista que muitas vezes tem sido sugerida, dos comitês de vizinhança, de fábrica ou de rua, que são questionáveis substitutivos informais, de julgamentos imparciais, fundados na equidade; ao contrário, tendo o devido cuidado e atenção para com tudo que de negativo e de positivo possa caracterizar a mudança. Afinal, ainda pode ser lembrado o tempo em que, em Londres, os magistrados ficavam sentados durante uma hora, todas as manhãs, antes do início da sessão do tribunal, para ouvir quem quer que tivesse algo a postular. Desses postulantes, havia os que eram enviados ao Serviço Social, havia os que eram encaminhados à Polícia. e havia os que eram aconselhados a não serem insensatos ou precipitados. Somente à quarta parte deles concediam permissão para ingressar em Juízo. Isso, parece, era distribuir Justiça informalmente, eficazmente, com bom senso e bom coração. Posso acreditar que, de minha parte, eu via maior bem público e individual alcançado nessas reuniões prévias das sessões dos tribunais, do que o resultante dos processos formais. Cogitar a respeito de alternativas para os processos formais é nada mais do que cumprir o dever que incumbe a todos nós que labutamos nesta área, isto é, proporcionar justiça sem temores nem favores.

Sexo e família dos presos

ARMIDA BERGAMINI MIOTTO

Coordenadora do Curso de Especialização em Direito Penitenciário. Faculdade de Direito. Universidade Federal de Goiás.

- I — *Introdução*
- II — *O problema sexual*
- III — *As chamadas "visitas íntimas"*
- IV — *Os direitos do preso e os vínculos com a família*
- V — *Os vínculos do condenado com a sua família, conforme cada um dos regimes (três em prisão: fechado, semi-aberto e aberto; um, inteiramente na comunidade)*
- VI — *As visitas reservadas da família do preso*
- VII — *Considerações finais*

I — *Introdução*

Existe uma preocupação, muito difundida, com o problema sexual dos presos. Até há alguns poucos anos, essa preocupação era predominante — quase se diria exclusiva — fazendo desviar a atenção de outras questões e dificuldades. Em congressos, seminários e outras reuniões análogas, de direito penal e de criminologia, freqüentemente havia "teses", comunicações ou conferências sobre tema sexual, apresentado como *problema penitenciário*. E se não houvesse expressamente, sempre havia congressistas que sabiam trazê-lo à baila, com intervenções sobre o "problema sexual penitenciário", que encaixavam nos debates. Nos últimos anos, essa preocupação, embora haja permanecido intensa, tem uma parceira, isto é, aquela com os direitos dos presos, de modo especial com seus direitos humanos. Os próprios presos são atingidos por semelhante preocupação com os seus direitos (e como poderiam deixar de sê-lo?), o que é patenteado pelas inúmeras reivindicações, feitas individualmente (por exemplo, por meio de cartas e requerimentos dirigidos às mais diversas autoridades), ou pelas atividades de "gangs", que têm aparecido em certos estabelecimentos, as quais às vezes resultam de uma consciente e voluntária transformação de grupos que, conforme afinidades e sem finalidades específicas, sempre houve nas prisões.

Ora, as duas preocupações — com o problema sexual e com os direitos do preso — no seu exagero, magnificam e distorcem seus respectivos objetos, de tal modo que os demais problemas, se não se juntam a um desses, como apêndices, são minimizados ou deles nem sequer se toma consciência. Quanto aos direitos, a sua exagerada contemplação impede ver os correspondentes deveres, além de erigir à condição de direitos meros interesses destituídos de qualquer fundamento jurídico que pudesse configurá-los, senão como direitos, pelo menos como expectativas de direitos; ao mesmo tempo, por vezes não há consciência de verdadeiros direitos...

II — O problema sexual

Aqueles que têm especial preocupação com o problema sexual dos presos a ele se referem como “problema sexual penitenciário”, dando-lhe, pois, imagem de *problema penitenciário* — o mais sério deles, o mais grave, senão o único que merece atenção; aliás, os demais são desconhecidos porque passam despercebidos, obnubilados pela preocupação com aquele.

Entretanto, o problema sexual não é um problema penitenciário. Em realidade, ele é um problema humano: existe no ser humano, que o leva consigo aonde quer que vá, tendo-o solucionado ou não, tendo-o dominado, canalizado, sublimado ou não, quer tenha, quer não tenha anamólias.

Portanto: se o ser humano está fora da prisão, o seu problema sexual está com ele fora da prisão; se está dentro da prisão, o seu problema sexual está com ele dentro da prisão.

Sem dúvida, certas condições da vida prisional podem favorecer a sua intensificação, dificultando, senão impedindo, a sua sublimação ou, pelo menos, canalização. Trata-se, é bom frisar, de *certas condições* da vida prisional, que constituem problemas cuja não solução, por sua vez, é que vai constituir fator da intensificação do problema sexual, podendo estimulá-lo até à exasperação, *ipso facto* dificultando e impedindo a sua solução natural, a sua sublimação ou a sua canalização.

Nas prisões do passado — remoto ou próximo —, algumas das quais ainda persistem, as edificações e o regime se aproximavam do que hoje se denomina segurança máxima e regime fechado. Eram iguais para todos os condenados, fossem quais fossem o delito e a pena; embora se falasse muito em “tratamento terapêutico” e “(re) educativo”, e em “individualização do tratamento”, eram sempre as mesmas, fosse qual fosse a personalidade do condenado.

Nos espaços restritos, que eram uma das características daquelas prisões fortificadas, os presos ficavam segregados, em acentuada ociosidade (não obstante a recomendação de John Howard sobre o trabalho nas prisões), e com alimentação inadequada. Os contatos com o mundo exterior, inclusive com a família, visitando-o, eram escassos.

Quando raramente ocorria que uns ou outros presos podiam ou tinham de sair do recinto da prisão, eram tomadas severas medidas contra a fuga, consistentes em precauções físicas e forte escolta.

Semelhante ambiente e semelhante vivência exasperavam todos os problemas humanos dos presos — inclusive, evidentemente, o sexual. Quando se tratasse de presos portadores de anomalias sexuais — reais ou criadas e desenvolvidas psicologicamente —, o problema recrudesce, porque as anomalias tinham mais intensa exasperação, proporcional a elas mesmas.

Aos poucos, em uns e outros países, o saber-fazer de diretores, apoiado em recomendações de congressos, quando a lei não permitia nem proibia, porque silenciava, foi introduzindo, com aquiescência superior, atenuações àquela rigidez, procurando diminuir os lapsos de tempo de ociosidade, melhorar as condições de higiene, pelo asseio, a alimentação mais sadia e (o que foi muito importante), pelo aumento de possibilidades de permanência e, principalmente, de movimentação, exercícios, atividades ao ar livre; tudo isso contribuindo indiretamente para melhorar as condições psicológicas; foram sendo tomadas medidas, também, para melhorá-las diretamente, entre as quais uma reformulação quanto às visitas da família.

Com essas providências, foi possível perceber atenuações em todos os problemas, inclusive, pois, naqueles relacionados com o sexo.

Entretanto, o fenômeno da superlotação — resultasse ele do aumento da criminalidade ou refletisse um crescimento do número de criminosos em proporção ao crescimento da população do país ou da região — foi anulando esforços e impossibilitando providências.

Realmente, em qualquer ambiente — de trabalho, de lazer, de escola etc. — superlotado, as pessoas que ali estão sentem, pelo menos, um desconforto que pode evoluir para irritação e reações senão mesmo provocações agressivas.

Se o ambiente é de prisão, ocorre que, pela própria natureza dele, pelo estado psicológico de todos que ali estão — não por sua vontade, mas compelidos —, não há somente desconforto que pode evoluir, mas uma pesada interação de sentimentos negativos, de emoções e comoções também negativas, deixando a atmosfera “carregada”, a qual, ao mesmo tempo, oprime e revolta, aguça o egoísmo e o egotismo e estimula movimentos ou reações de massa; podem formar-se, como se formam, “gangs” (a que retro se aludiu e que às vezes resultam de grupos formados naturalmente, inofensivos), as quais têm seus segredos e suas rivalidades, e cujos líderes, temidos e respeitados pelos presos em geral, defendem os da própria “gang”, mas deles exigem submissão. Nesse quadro, com essas condições da vida prisional, os problemas vão aumentando e se intensificando. Os reclamos da sexualidade não têm como ser canalizados e, muito menos, sublimados, manifestando-se como exigências a serem satisfeitas de qualquer modo. Aquelas “gangs” recém-referidas, às vezes têm como um dos seus objetos — um dos mais importantes senão o principal — o exercício do homossexualismo ou a prestação homossexual dos seus participantes, sob controle e para proveito do líder. É de notar que essa “organização” é, por si, uma fonte de novos problemas, impregnados de ciúme, rivalidades, prepotência etc., aumentando as tensões, por sua vez acrescentando dificuldades à direção do estabelecimento. Não menos preocupações e problemas à direção do estabelecimento e às mais altas autoridades peniten-

ciárias vêm causando as “gangs” que, relacionadas com consciência — clara ou obscura, possivelmente distorcida — que os presos vêm tendo dos seus direitos, têm atividades reivindicatórias, promovem fugas e evasões e chegam ao motim.

III — As chamadas “visitas íntimas”

Há vários decênios, quando ainda não tinha sido despertada a atenção para os direitos dos presos — para os seus direitos humanos —, não tendo-se ainda distinguido os três regimes de execução da pena, a falta de trabalho e outras atividades (escola, lazer), agravavam-se as tensões e os problemas, inclusive no âmbito sexual. Já havia as “penitenciárias agrícolas” (ou “agroindustriais”), que eram, porém, em número reduzido, e em cada uma das quais nem todos os presos tinham alguma atividade.

Preocupados com a gravidade dos problemas da vida prisional diária, os diretores e administradores viam, porém, cada problema como uma realidade estanque, e não como parte de um conjunto de problemas intercomunicantes, de uma problemática. Nesse quadro de realidades estanques, o problema sexual era visto, segundo o pensamento da época, como o fundamental, que demandava a sua solução. Para esse entendimento contribuía o fato de o homossexualismo e a pederastia em que o problema se traduzia, serem fontes de ciúmeiras, atritos, indisciplinas, agressões — até mesmo graves. Assim sendo, não foi difícil a certos diretores de penitenciárias de mais densa população aceitarem a idéia de que fosse possibilitado aos presos terem relações sexuais normais, e o problema, com todos os seus corolários na conduta deles, estaria resolvido.

De vez que, na época, a saída que o sentenciado pudesse legalmente ter (sempre escoltado, é bom lembrar) se restringia a finalidades judiciárias, emergências de saúde, ou trabalho em obras e serviços públicos, a modalidade encontrada foi a de ir a mulher à prisão, para o encontro sexual.

A indagação “quais mulheres, para quais sentenciados?”, se chegou a se apresentar, foi, no início, liminarmente afastada, ficando estabelecido que somente a mulher legítima ou a companheira com quem o preso vivesse como se casado fosse, é que poderiam ser admitidas.

Para isso, era preciso que houvesse nas penitenciárias algumas acomodações que, nos primeiros tempos, foram improvisadas.

Foram também estabelecidas algumas normas, escritas ou não, regulando a “visita íntima” (ou “visita conjugal” — denominação também usada, como sendo, aliás, mais adequada, tratando-se somente da mulher legítima ou da companheira como se legítima fosse).

Entendendo que a perspectiva do encontro com a mulher poderia constituir estímulo de boa conduta, essa ficou sendo um dos requisitos exigidos pelas normas reguladoras da “regalia”, que, com o advento das preocupações com os direitos, houve quem passasse a denominar “direito à visita íntima”.

A experiência teve início, com grandes esperanças, para aqueles que nela empenhavam a sua responsabilidade. Como, porém, acontece com certos remédios, começou a produzir reações e efeitos secundários ou acessórios.

Um deles, dos primeiros a se manifestar, foi o escândalo entre os moradores das ruas adjacentes à penitenciária, com murmurações e comentários, ora impregnados de malícia, ora de censura, sem excluir a ocorrência de charrices e insultos contra as mulheres que, nos horários estabelecidos (e logo vastamente conhecidos), se dirigiam ao estabelecimento prisional ou deles saíam.

Não demorou muito, presos que não eram casados nem tinham companheiras nas condições admitidas, começaram a invocar o seu "direito à vista íntima", e pretenderam receber, para específico encontro, a amante que tivessem, não raro denominada "noiva".

A imprudência ou inadvertência de algum diretor, permitindo a extensão da "regalia" à amante, fez com que a seguir se generalizasse a pretensão dos presos quanto a receberem semelhante visita, para a qual seriam admitidas ou convocadas prostitutas. Agora, porém, já não se tratava, somente, de extensão demasiado ampla, mas envolvia também uma questão que poderia caber nas proibições do Código Penal, configurando um dos tipos de crime de lenocínio (este ou aquele, conforme os elementos constitutivos do fato concreto), cometido pelo diretor do estabelecimento prisional, e co-autores. Essa pretensão dos presos não passou despercebida; ao contrário, foi considerada importante, e mereceu a atenção de estudiosos da matéria penitenciária, ou nela interessados. Do ponto de vista deles, argumentavam da seguinte maneira: uma vez que os casados e os que têm companheira podem, "tem o direito", de receber a "visita íntima", também os demais presos, todos indistintamente, hão de ter "esse direito", pois que, para sentir exigências sexuais não é preciso ser casado ou ter companheira. Alguns paravam aí na sua argumentação; outros prosseguiram procurando defender a "legitimidade" da ida de prostitutas aos estabelecimentos prisionais...

Esse interesse demonstrado pelo problema nunca serviu para acalmar os presos; ao invés, sempre contribuiu para alvoraçá-los, acrescentando, assim, dificuldades à administração penitenciária. Em outras palavras: sem resolver qualquer problema, tem recrudescido uns e criado outros.

Com o passar do tempo, as instalações precárias, destinadas às "visitas íntimas", foram sendo substituídas por outras, mais ajeitadas. Os ajeitamentos das instalações têm em geral consistido em aparelhar melhor celas já existentes ou em reformar todo um pavilhão de celas, de modo que cada grupo de três celas comuns dê lugar a dois quartos, cada um com banheiro. As denominações dos locais destinados às visitas têm variado, sempre indicando, porém, o "espírito" das mesmas visitas. Assim, numa penitenciária, encimando a entrada do pavilhão que tivera as celas adaptadas a essa finalidade, havia uma tabuleta com os dizeres "Galeria do Amor"; em outros estabelecimentos, o conjunto dos locais foi denominado "parlatório íntimo" e, afinal, somente "parlatório". Foi-se generalizando a denominação "parlatório" para designar o local destinado às "visitas íntimas", às vezes também ditas "visitas higiênicas" (deno-

minação essa que diz bem da significação e finalidade atribuída), rareando, até quase não ser mais ouvida a expressão “visitas conjungais” (o que é igualmente significativo e, juntamente com o uso das outras expressões, torna claro o aviltamento da mulher, mesmo e principalmente da esposa, no exercício dessas visitas). A designação de “parlatório” dada aos locais destinados a essas visitas, não deixa de suscitar confusões. Com efeito: o sentido dessa palavra é simplesmente o de “locutório”, lugar onde se conversa. Em certos conventos e internatos há uma sala de visitas denominada parlatório ou locutório — mais comumente parlatório. Anteriormente, nas prisões de modo geral e hoje nas de regime fechado (a que as prisões do passado genericamente se assemelhavam) havia e há um local para visitas, para o preso conversar com o seu visitante (um familiar, um amigo ou mesmo o seu advogado). Muitas vezes esse local dispunha (ou ainda dispõe) de um balcão ou mesa, atravessado longitudinalmente por uma grade ou um vidro inquebrável, e transversalmente por tantas grades ou vidros inquebráveis quantos necessários para dividir o balcão em lóculos individuais, isto é, para o preso, na parte interna (comunicando com o interior do estabelecimento), e para visitante, na parte externa (dando para fora do estabelecimento). Essa aparelhagem supunha (ou ainda supõe), logo se vê, um visitante para cada preso, de cada vez. Quando não houvesse balcão, assim aparelhado, os móveis do parlatório seriam somente umas cadeiras e, às vezes, também uma mesa. Em geral, um funcionário (um vigilante, um guarda . . .) ficava postado no parlatório, para qualquer emergência, como ainda fica, nas prisões onde semelhante local existe. Já houve mais de uma oportunidade de se ver na televisão parlatórios assim, com balcão dividido em lóculos, especialmente tratando-se de certas prisões estrangeiras. As Recomendações Básicas para uma Programação Penitenciária, elaboradas pelo Ministério da Justiça, quando o seu titular era Armando Falcão, mencionam, no item 30 da sua 2ª redação, os locais que um projeto para estabelecimento prisional deverá prever; entre eles, parlatório, nesse sentido tradicional (nos estabelecimentos de segurança máxima) mas destinado somente a visitantes, não a advogados, pois para advogados mencionam salas específicas (1).

Outros aspectos inerentes à “visita íntima” foram merecendo atenção. Entre eles, por exemplo, o da duração dela. Foi tomada consciência de que a duração de quarenta e cinco minutos ou uma hora, que, no início da experiência, parecia que fosse boa, se revelava inconveniente, podendo-se, em parte, atribuir a ela que, por um lado, os resultados não fossem tão satisfatórios como, com otimismo, inicialmente se esperava, e, por outro lado, tivessem surgido indesejáveis reações e efeitos secundários, colaterais. Num país da América Latina, construindo-se, em anos mais recentes, um novo estabelecimento prisional, foi incluído um pavilhão — constituído de quartos, cada um pouco maior do que

(1) A primeira redação das *Recomendações Básicas para uma Programação Penitenciária* foi aprovada pelo então Ministro da Justiça, Armando Falcão; em 24 de julho de 1975; o texto se encontra na *Revista de Informação Legislativa*, XIII (49), jan./mar. 1976, pp. 283 a 290. A segunda redação, resultante de melhoramentos introduzidos em razão daquilo que a vivência da primeira, bem como outras experiências, aconselharam, tendo sido aprovado pelo Ministro Armando Falcão em 28-2-79, encontra-se na *Revista de Informação Legislativa*, 16 (63), jul./set. 1979, pp. 238-248; em Armando Falcão. *Ação do Ministério da Justiça no Governo Geisel*. Brasília, 1979, pp. 99-117; em Armida Bergamini Miotto. *A Vivência nas Prisões*. Goiânia, UFG, 1983, pp. 102-114.

uma cela comum, de modo a caber cama de casal, e provido de pequeno banheiro — destinado a “visitas íntimas”; o número de quartos, em proporção ao número de presos segundo a capacidade do estabelecimento, possibilitou aumentar a duração da “visita íntima” para três horas, sem diminuir o número de presos que, num lapso de tempo (semanas) estabelecido, pudessem distributivamente recebê-la. Todavia, além de não eliminar certos efeitos secundários e corolários inconvenientes, esse aumento de duração da visita não lhe tirou o caráter principalmente senão exclusivamente biológico ou fisiológico, o que, tratando-se de seres humanos, é imoral.

Até há uns dez ou quinze anos, atrás, pouco mais pouco menos, só se cogitava de “visitas íntimas” nas prisões masculinas. A partir de então, e em nome da igualdade jurídica entre o homem e a mulher, passou a ser reclamada e defendida também para as mulheres presas. Em geral, são senhoras, nem sempre estudiosas da matéria penitenciária ou nela interessadas, mas ligadas a movimentos feministas que levantam a sua voz em favor da “liberação do sexo oprimido das presas”. Em anos mais recentes, porém, no Brasil, foi um advogado que, de uma das Unidades da Federação, fez ouvir a sua voz em todo o País, a partir do caso concreto de uma cliente sua. Essa mulher, aliás, não era condenada, mas presa provisória, não era casada, mas solteira. Os meios de comunicação se ocuparam amplamente do caso, vez por outra mencionando o nome do advogado, o que deu lugar ao comentário de que ele obteve, gratuitamente e de modo indireto, uma propaganda tão vasta e eficiente como dificilmente poderia ser feita de modo direto e pagando.

Toda essa publicidade chegou às prisões femininas, naturalmente, ali atingindo o problema.

• • •

Passados que são alguns decênios desde o início da experiência, um retrospecto revelou que não houve nas prisões a diminuição, tanto quanto e como a esperança e a expectativa inicialmente faziam acreditar que viesse a ocorrer, com a possibilidade de solução direta. Em contrapartida, essa tentativa de solução tem feito surgirem outros problemas.

Segundo o testemunho de diretores de estabelecimentos prisionais onde é admitida a “visita íntima”, ela não tem contribuído muito para diminuir a incidência das práticas homossexuais; mais do que ela, têm sido eficazes os meios indiretos, isto é, trabalho, atividades esportivas, culturais, artísticas etc., capazes de canalizar tendências e descarregar tensões, sem esquecer o apoio espiritual da assistência religiosa, capaz de induzir não só à canalização mas à sublimação de todas as pulsões e apetites, inclusive sexuais. Para isso, é indispensável que as prisões não sejam superlotadas, e que a sua população, correspondendo à capacidade do estabelecimento, não ultrapasse o número de poucas centenas; é preciso, mais, que haja locais dentro de casa e áreas ao ar livre, para essas atividades. Por isso, essa observação foi feita (e só podia tê-lo sido) por diretores que estão à frente da administração de estabelecimentos que tenham semelhantes características.

Um diretor de penitenciária superlotada (com uma população de aproximadamente mil e quinhentos presos, sendo de mil a capacidade), com poucas pos-

sibilidades de trabalho em oficina e nenhuma ao ar livre, sendo as áreas diminutas, permitindo somente escassa atividade esportiva, revelou a sua observação feita durante os quase quinze anos de exercício da função. Observou que há presos que não gostam de receber a sua mulher — legítima ou companheira com quem vive como se casado fosse. Assim acontece, por motivos diversos, sendo o principal deles que, quando recebem a visita, são objeto de troça e de brincadeiras grosseiras, de dichotes chulos, por parte de outros presos. Observou, mais, que certos presos, dados a práticas homossexuais, quer ativos quer passivos, assim continuaram, durante os anos de permanência na prisão, não obstante terem regularmente recebido a “visita íntima”. Citou o caso de um preso, condenado a várias penas, somando mais de vinte anos, líder de grupo, o qual, nos últimos cinco anos, recebia regularmente a “visita íntima” da sua legítima mulher, havendo nesse período nascido três filhos, o qual não só continuou atraindo para o seu grupo presos novos, jovens, tirando indiretamente partido deles com outros presos, como continuou tendo no grupo os seus próprios e exclusivos parceiros. Acrescentou que ele, diretor, sabia disso por indícios e inferências, como aliás acontecia com toda a administração do estabelecimento, pois que, conforme o “código de honra” dos presos (transmitido oralmente pelos antigos aos novos), eles têm de ser solidários entre si e contra o diretor e quaisquer funcionários, para isso silenciando, disfarçando e usando quaisquer meios capazes de impedir a prova de um fato para o qual possa haver uma punição ou uma medida que contrarie os interesses senão de todos, mas dos mais fortes, dos líderes.

Outra observação feita por mais de um diretor é a seguinte: há mulheres que relutam, não querem ir à penitenciária para a “visita íntima”. É que elas se sentem degradadas, até mesmo prostituídas, lá indo em dia certo, hora certa, para, durante um curto lapso de tempo certo, se encontrarem intimamente com o seu marido ou o seu companheiro.

IV — Os direitos do preso e os vínculos com a sua família

Um princípio, que é como uma pilastra em que se apóia e da qual parte a política penitenciária nacional, criteriosamente elaborada e veiculada pelo Ministério da Justiça na década de 1970, é o de que o condenado é uma pessoa, sujeito de direitos, de deveres e de responsabilidade, que deve permanecer no convívio social ou nele se reintegrar. A riqueza de inferências e ilações que daí podem ser tiradas é muito grande.

Assim, quando elaboradas as já referidas Recomendações Básicas para uma Programação Penitenciária, esteve presente a preocupação com o *status* jurídico do preso, provisório ou condenado, e com o conteúdo jurídico da execução da pena, dispondo-se, no item IV-7 ⁽²⁾, que todo projeto para estabelecimento prisional deverá prever, também, sala de autoridade e sala de advogados (salas essas que não se confundem com os locais de serviços jurídicos oferecidos pelo próprio estabelecimento e subordinados à respectiva administração). Tais autoridades são, principalmente, o Juiz e o Promotor competentes, e o Presidente do Conselho Penitenciário. Qualquer delas, para cumprir bem as suas atribuições e funções, não basta que vá ao estabelecimento prisional como visitante (da admi-

(2) Esse item veio a ser o item 30 da 2ª redação (ver retro, nota nº 1).

nistração) ou, quando muito, para presidir uma cerimônia de livramento condicional, como acontece com o Presidente do Conselho Penitenciário. Todas elas devem ir às prisões no exercício das respectivas funções, com naturalidade e o desembaraço para isso necessários. A preocupação com os direitos dos presos — que se aguça quanto aos seus direitos humanos — exige a presença dessas autoridades para o exercício de certas funções que lhes são próprias, bem como e igualmente dos advogados. Não se compreende como tem sido possível que pessoas que se dedicam (ou pretendem dedicar-se) a assuntos penitenciários, e manifestam preocupar-se com os direitos dos presos, não incluam nas suas realizações ou sugestões — talvez nem sequer no seu pensamento — os serviços jurídicos nas prisões, e as instalações próprias para autoridades e profissionais da área jurídico-judiciária.

É de notar que se, por um lado, o enfoque científico da execução penal, isto é, o enfoque da pena-tratamento, exclui as considerações de ordem jurídico-judiciária, a recíproca não é verdadeira. Com efeito, o direito penitenciário não dispensa a cooperação da ciência penitenciária, nem do serviço social, nem da medicina, nem da psicologia, nem da sociologia etc. e respectivos profissionais. O direito penitenciário, porém, com a política penitenciária que lhe é inerente, alerta esses profissionais — respeitáveis, sem dúvida — a não se esquecerem de que o preso, condenado ou provisório, é pessoa, sujeito de direitos, de deveres e de responsabilidade. Em outras palavras: o critério jurídico da execução penal não exclui intervenções científicas, mas lhe estabelece limites, no quadro das reais necessidades, distinguindo o *fas* do *nefas*, o *licet* do *non licet*. Tanto isso é verdade que o item 30.4 das citadas Recomendações Básicas para uma Programação Penitenciária reza:

“É aconselhável que, em cada estabelecimento, haja nas dependências da administração, sala própria para comissão de tratamento prisional e disciplina, que deverá existir.”

No item 34, é mencionado um “órgão técnico de triagem, composto por especialistas (v.g., jurista, psiquiatra, psicólogo, educador, sociólogo, assistente social, funcionário de notória competência, capelão), (...)”. Por analogia, esses especialistas, mencionados a título exemplificativo no texto das Recomendações Básicas, transcrito, podem ser os mesmos para compor a comissão de tratamento prisional e disciplina. O direito penitenciário, coordenado com o regulamento dos funcionários prisionais, põe disciplina à conduta e à vida de relação dos presos e dos funcionários, de uns e de outros entre si e de todos juntos, de sorte que o serviço social, integrando e refletindo as atividades da comissão de tratamento prisional e disciplina, pode não só fazer trabalho de caso individual e de grupo, mas de comunidade, dentro da prisão⁽³⁾, e de

(3) Ainda é muito controversa a possibilidade de uma comunidade dentro de um estabelecimento prisional, constituída que seria por presos e funcionários. Para que semelhante conjunto de pessoas vivendo no mesmo recinto (quanto a grande parte dos funcionários, aliás, somente durante as horas de trabalho, quer diurno quer noturno) possam constituir uma comunidade, faltam características fundamentais. Todavia, pode-se admitir que o serviço social junto com a psicologia e a sociologia especializadas, têm meios e método para organizar comunidade dentro de uma prisão, seja embora comunidade anômala, *sui generis*.

relacionamento dos presos, com a comunidade fora da prisão. O primeiro elo entre o preso e a comunidade fora da prisão é a própria família dele. É indispensável que ele se mantenha vinculado à sua família. Esse é um dos direitos que ele tem.

Já faz um bom número de anos que o preso começou a tomar consciência dos seus direitos, e a lutar por eles, tanto e quanto e com os meios que o seu *status* jurídico e a sua situação vital de preso lhe possibilitam.

Assim como cá fora das prisões a preocupação com os direitos dos presos é freqüentemente tão ampla que não deixa lugar para cogitar dos deveres e da responsabilidade, assim também parece que ocorre com os presos, eles mesmos: exageram a consciência dos seus direitos e olvidam o senso dos deveres e da responsabilidade.

No que diz respeito à vinculação com a família, porém, verifica-se aquele fenômeno psicológico que a sabedoria popular traduziu em ditos tais como "o que não é visto não é lembrado", ou "longe dos olhos, longe do coração". Isto é, se não houver oportunos contatos da família com o preso (ou do preso com a família), em breve não só os respectivos deveres e a responsabilidade haverão de ficar obliterados, mas a consciência dos próprios direitos a ela concernentes se apagará, juntamente se estiolando os sentimentos familiares. Os vínculos do preso com a sua família e vice-versa ficarão quebrantados.

Assim acontecendo, o preso se sente só, abandonado, rejeitado. O estado psicológico, desse modo composto, contribui para aumentar as tensões, que já são tantas — algumas inevitáveis, porque são próprias de qualquer ambiente prisional.

Para evitar essa situação, as chamadas "visitas íntimas" não servem, como se viu atrás, nestas páginas. Todas as circunstâncias que as envolvem, cooperam para impedir a naturalidade e a espontaneidade que costumam ser e devem ser próprias dos encontros (de qualquer natureza) entre pessoas da família, sejam irmãos, pais e filhos e, principalmente, cônjuges. Sem essa naturalidade e espontaneidade, os encontros ficam sendo artificiais, reticentes, insatisfatórios. Ainda, porém, que, nas chamadas "visitas íntimas", tal não acontecesse, mas o encontro fosse plenamente satisfatório, restaria sempre uma perplexidade: e as outras pessoas da família, além do cônjuge? Certamente não bastariam as notícias levadas pelo mesmo cônjuge, nem bastariam as visitas comuns — todos os presos e seus visitantes juntos, num pátio ou num salão.

O preso precisa de, de vez em quando, estar com a sua família, em situação de "aconchego de lar". Ter vivência de aconchego de lar é uma necessidade natural do preso como de qualquer pessoa; por isso mesmo é um direito, sem cujo exercício se desfazem os vínculos de qualquer pessoa com a sua família.

Não foi sem razão que a Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, admitiu — o que, incorporando-se ao Código Penal de 1940, veio a constituir o inciso III do § 6º ao art. 30: "cumprimento da pena em prisão da comarca da condenação ou da residência do condenado".

V — Os vínculos do condenado com a sua família, conforme cada um dos regimes (três em prisão: fechado, semi-aberto e aberto; um, inteiramente na comunidade)

Os condenados que cumprem pena em regime aberto não haverão de ter problema quanto aos seus vínculos com a família, pois é da natureza do próprio regime que periodicamente e até com frequência possam, com a concessão judicial (4), visitar a família, permanecendo em casa até mesmo todo um fim de semana, se for o caso, nos termos da concessão. Antes da primeira concessão de visita, o serviço social não só preparará o preso para ir encontrar-se com a sua família, como preparará a família para receber a visita do seu membro preso. Conforme seus princípios e seu método, o serviço social nada imporá ao preso nem à sua família, mas continuando a observar, discreta ou ostensivamente, ajudará cada um a ajudar-se a si mesmo, e a todos a se ajudarem a si mesmos e reciprocamente. Por ocasião dessas visitas, o condenado terá oportunidade de exercer direitos e cumprir deveres para com a sua família, que, não tendo sido excluídos do seu *status* jurídico pela condenação, somente a situação física de recolhimento à prisão é que impede sejam aqueles exercidos e esses cumpridos. Nessas ocasiões, o condenado poderá ter vivência de lar, intercâmbio afetivo e convívio com todos e cada um dos membros da sua família (pais, irmãos, cônjuge, filhos...), na modalidade apropriada em cada caso, sem injunções, sem receios de observações indiscretas, mas com a possível tranquilidade que se supõe haver no recesso dos lares.

Assim sendo (assim podendo e devendo ser) quanto aos condenados que cumprem pena em regime aberto, é fácil inferir que, mesmo as pessoas que mais preocupação manifestam com o problema sexual dos presos, não têm por que se preocupar.

Quanto aos condenados que cumprem pena na comunidade — inteiramente ou parcialmente que seja — parece que seria ridiculamente opressivo pretender preocupar-se com o seu problema sexual; eles continuam em tudo a sua vida de antes da condenação, exceto nas restrições de liberdade, isto é, de direitos ou do exercício de certos direitos, que constituem a modalidade de pena cumprida na comunidade, como sejam as obrigações e normas de conduta previstas pela já citada Lei nº 6.416/77, para os beneficiados com a suspensão condicional ou com o livramento condicional (5). A suspensão condicional, anteriormente entendida como sendo suspensão *da pena*, hoje é entendida como sendo *do recolhimento a prisão*; é a substituição do recolhimento a prisão por restrições de liberdade, ou de direitos, configuradas pelas obrigações, normas de conduta e obrigações a serem cumpridas na própria comunidade. Analogamente, o livramento condicional, anteriormente entendido prevalentemente senão exclusivamente como benefício, hoje é visto como a última fase da pena

(4) Instituída pela Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977; incorporada essa lei ao Código Penal e ao Código de Processo Penal, a visita à família veio a constar dos incisos VI e VII do § 6.º do art. 30 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 1940), matéria hoje regulada pela Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 13-7-84).

(5) Na incorporação ao Código de Processo Penal, essa parte da citada lei veio a constituir o § 2º do art. 698: — frequência a curso, prestação de serviços em favor da comunidade, atendimento de encargos de família e submissão a tratamento de desintoxicação (transcrição não textual).

privativa da liberdade, cujo cumprimento se faz na comunidade em regime de restrições de liberdade, ou de direitos, consistentes nas obrigações, normas de conduta e condições a que fica o condenado submetido e deve observar, permanecendo na comunidade. Podem, pois, continuar vivendo e convivendo com a sua família, aqueles e esses, como antes da condenação.

Existem, todavia, os condenados que cumprem pena em regime semi-aberto e os que a cumprem em regime fechado.

De vez que o regime semi-aberto é um meio-termo entre o aberto e o fechado, participando de algumas atenuações daquele (embora cercados de apropriadas cautelas), mas incluindo algumas severidades deste (embora não se consubstanciem tão rigidamente), afigura-se de melhor método falar antes do regime fechado.

Este regime pode ser mais rigidamente severo, ou pode (sem deixar de ser fechado e severo) ter algum abrandamento.

Na sua modalidade mais rigidamente severa, caracteriza-se pela "dureza" da sua vivência, dentro de um estabelecimento cuja construção é de tal modo forte e complementada com precauções físicas contra a fuga e em favor da disciplina, que lhe vale o nome de "estabelecimento de segurança máxima". A severidade da disciplina interna é coadjuvada pela rigidez da agenda diária.

Para a modalidade do regime que tem algum abrandamento, o estabelecimento é de construção menos forte; embora não seja destituído de pormenores (físicos) que constituam precauções contra a fuga e em favor da disciplina, é deles mais moderadamente guarnecido. A severidade da disciplina interna é atenuada pela menor rigidez da agenda diária (alguma flexibilidade pode ser introduzida na previsão das diversas atividades e respectivos horários).

Com ou sem abrandamentos, porém, o condenado que cumpre pena em regime fechado não pode ter saídas para a comunidade (fora da prisão), a não ser com as cautelas próprias do regime, para trabalhar em serviços ou obras públicas, sob vigilância. O regime fechado, ainda que com abrandamentos, não admite outras licenças para saídas a não ser, quanto a visitas à família, em caso de doença grave ou falecimento de parente próximo; admite muito excepcionalmente e sempre com as cautelas próprias do regime, sob vigilância.

Para as finalidades de manter os vínculos afetivos com a família, semelhantes visitas são, sem dúvida, importantes; de forma alguma, porém, suficientes. Aliás, não poucos são os condenados que transcorreram todo o seu período de regime fechado, sem jamais ter tido oportunidade para uma visita desse tipo. Felizes deles se isso significa que durante todo esse tempo nenhum membro da sua família morreu nem ficou gravemente doente. Não raro o que acontece é que a família mora em outra localidade, tornando praticamente impossível o deslocamento do preso, ou as condições pessoais do condenado impossibilitam a licença.

No entanto, os condenados que cumprem pena em regime fechado, tanto quanto os que a cumprem em um dos outros dois, senão mais, precisam de contatos com a família, precisam do aconchego afetivo que se tem "em família".

Isso faz parte dos direitos dele. O mesmo art. 16 da Declaração Universal dos Direitos Humanos que se refere ao direito de fundar uma família, declara: "A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado". Ora, entre os direitos suspensos pela condenação (ou cujo exercício fica por ela suspenso) não estão esses referentes a constituir família e a ser a família protegida pela sociedade e pelo Estado. Não estão nem podiam estar, porque são direitos humanos — são direitos fundamentais do ser humano como pessoa (embora o de constituir família, isto é, o de vir o condenado a se casar, possa ou deva ter seu exercício adiado em razão de circunstâncias do cumprimento da pena). Portanto, o Estado não pode, pela sua inércia ou pela ignorância dos seus prepostos, permitir ou facilitar senão mesmo implicitamente impor que o condenado se desvincule da sua família.

Como recém se aludiu, para isso não basta o simples encontro sexual do preso com o cônjuge (cônjuge de direito ou meramente de fato), das "visitas íntimas", o qual, aliás, tem aspectos degradantes, pode causar vexames à esposa ou companheira, e pode adquirir a configuração imoral de mero exercício biológico ou fisiológico. O ser humano não é um simples composto biopsicológico, nem tem, somente, funções fisiológicas (ou, quando muito psicofisiológicas). Muito mais do que isso, ele é uma pessoa. Quando se diz *pessoa*, fala-se em um ser tridimensional, isto é, que além das componentes biopsicológicas, tem uma componente moral; não tem somente uma psique — tem uma alma. É um ser que, com essas três dimensões, está em interação e intercomunicação, não apenas instintiva ou inconsciente, mas também consciente e voluntariamente finalística, com os demais seres da sua espécie, com os quais, pois, não só vive mas convive. À luz do art. 16 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o primeiro núcleo de convívio é a família. É na família que se dão as primeiras interações não só físicas, afetivas (biopsicológicas em geral), como também de caráter moral, espiritual e jurídico. No convívio familiar harmônico, é implícito e feito com amor o contínuo exercício de direitos e cumprimento de deveres, sem que haja, porém, a contínua preocupação com os mesmos direitos e deveres, pois tudo se faz com naturalidade e espontaneidade; como lembra o poeta (Paulo Claudel), a invocação do direito começa quando termina o amor... Aliás, é de notar, família não são somente o cônjuge e os filhos; embora talvez não em sentido estrito, os pais (de filhos casados) e os irmãos também são família, sendo que, para quem não tem cônjuge nem filhos, os pais são a família, os irmãos são a família. Em sentido lato, é óbvio que avós, tios e primos também o são; eventualmente, e na falta de outros parentes mais próximos, poderão ser admitidos pelo regulamento dos estabelecimentos, como sendo a família do preso, para fins das visitas reservadas.

Dir-se-á que a família (e também pessoas amigas) podem visitar o preso nos "dias de visita", a que por sua vez já foi feita alusão. Os meios de comunicação, especialmente a televisão, têm divulgado essas visitas comuns. Quem nunca esteve presente em uma prisão, em um desses "dias de visita", não deixa de ter algum conhecimento a respeito, pelo que leu, ouviu e viu em noticiários e reportagens. Especialmente o que viu na televisão deve ter-lhe ficado gravado: gente que entra (passando pela "revista"), gente que sai; movimento de gente que vai e gente que vem, de um lado para o outro, no pátio

(se é dia de sol) ou num salão (se é dia de chuva). Muitas famílias levam quitutes para comer junto com o seu parente preso, como se fosse um piquenique. Psicologicamente, afetivamente, o ambiente é dispersivo. Todo mundo está junto, o que dificulta senão impede a cada preso ter um pouco de aconchego com a sua própria família. As circunstâncias, inclusive a duração da visita, impossibilitam ao preso ter uma vivência de lar com os seus caros.

Essas visitas são boas, fazem bem ao preso; não podem e não devem ser suprimidas. Contudo, são insuficientes.

Principalmente quando a pena é de longa duração, o preso e sua família vão ficando, pouco a pouco, estranhos entre si. Durante essas visitas comuns que, se não são tumultuadas, tampouco se podem dizer tranqüilas, vai até faltando assunto. A experiência tem demonstrado — como já tive ocasião de escrever ao tratar dos “problemas humanos do preso” (6) — que paulatinamente essas visitas vão rareando, uns ou outros membros da família vão deixando de comparecer.

A permissão para semelhantes visitas vem dos tempos em que não se distinguiam os regimes penitenciários, estando todos os condenados submetidos a um só e indiscriminado regime que mais se aproximava daquele que hoje se denomina “fechado”. Mesmo depois de admitido o serviço social nas prisões, dificilmente, na indiscriminação da permissão, poderiam os presos, de um lado, e suas famílias, de outro lado, ser preparados para que tais visitas fossem proficuas.

Hoje, quando se distinguem os regimes — adotados e diferenciados, no Brasil, pela Lei nº 6.416/77, cujos termos, neste passo, constam dos §§ 2º, 4º, 5º e 6º, inciso I do Código Penal de 1940 —, se forem bem observados, desde a aplicação da pena, os serviços penitenciários (realizados não por amadores ou funcionários improvisados, mas por pessoal devida e especificamente preparado, com a possível colaboração de representantes da comunidade, também adequadamente preparados) poderão ser facilitados por uma ordem, um método que leve em conta as diferenças dos regimes, cumprido cada qual em estabelecimento apropriado (7), tendo cada qual os seus apropriados contatos com a comunidade, a começar pela família.

Com a referida colaboração de representantes da comunidade (e, se for o caso, colaboração também da já mencionada comissão de tratamento prisional e disciplina, ou de componentes seus), o serviço social penitenciário pode preparar os presos e suas famílias para as diversas modalidades da visita: do preso à sua família, na sua casa, quando o regime em que ele se encontra lhe possibilita a concessão judicial de saída para esse fim; da família ao seu membro preso, na prisão, quando o regime em que se encontra é o de que

(6) Armida Bergamini Miotto. Problemas humanos do preso. In: *Curso de Direito Penitenciário*. São Paulo, Saraiva, 1975, pp. 377-398.

(7) Embora seja inteiramente desaconselhável que condenados, devendo cumprir pena em regimes diversos, fiquem recolhidos a um mesmo estabelecimento, pode acontecer, por motivos insuperáveis, que tenham de sê-lo. Nesse caso, não é o fato de estarem eles recolhidos a um estabelecimento desta ou daquela segurança, o que denota os respectivos regimes, mas, em cada caso, a observância das características conceituais e normativas do regime prescrito para *aquele* condenado.

ora se está tratando, o fechado, podendo, como se verá a seguir, ser também o semi-aberto.

Com efeito, o que acaba de ser dito quanto aos presos que estão em regime fechado (rígido ou abrandado que seja, mas sempre fechado), pode também servir para presos que estejam em regime semi-aberto. Como é próprio desse regime, os presos podem obter a concessão de visita à família; não, porém, com a amplitude própria do regime aberto. Para a concessão, há maior rigor, de ordem genérica e de ordem individual. É próprio do regime, por exemplo, que, nos primeiros tempos (conforme a definição cortida em lei supletiva ou em regulamento), o preso não possa obter a concessão; ademais, as normas regulamentares ou da lei supletiva hão de conter exigências gerais quanto à conduta, como requisitos para pleitear a concessão. Não só isso, mas individualmente os presos podem ter aptidão para este regime nas suas linhas mestras, não tendo, no entanto, condições pessoais para que a concessão lhes seja outorgada.

De tudo resulta que somente uma parte dos condenados que cumprem pena em regime semi-aberto é que podem sair para visitar a família. Os outros, ainda que temporariamente, não podem. Para esses que não podem (ou ainda não podem) sair, a situação, em relação à família, é semelhante à dos presos em regime fechado: a família é que tem de ir a eles.

VI — *As visitas reservadas da família do preso*

O que acaba de ser dito não deixa dúvida de que existe um não desprezível número de presos que, para se manter vinculados à sua família, precisam de que ela vá a eles na prisão.

É de notar, porém, que — sempre frisando, se forem bem observados os regimes — o número dos presos em regime fechado (rígido ou abrandado) e em regime semi-aberto que ainda não podem gozar de certas atenuações próprias de fases cronologicamente mais adiantadas, é consideravelmente menor do que o número total de presos. Em outras palavras: quando todos os presos cumpriam pena num só regime, indiscriminadamente, todos podiam receber a visita (comum, nos dias estabelecidos, no pátio ou num salão) das respectivas famílias. Um grande número, pois, dessas famílias iam desnecessariamente superlotar o pátio ou o salão da prisão. Dir-se-á que, em certas prisões do País, continua acontecendo esse fenômeno, porque não se discriminam os regimes; sem deixar de concordar, deve-se dizer que esse é um problema que, como outros, tem íntima relação com o despreparo do pessoal das prisões, não excluindo que esse despreparo atinja também, pelo menos em parte, o Poder Judiciário, o Ministério Público, o Conselho Penitenciário e outros órgãos e autoridades. Vamos admitir, ainda que seja tão-só como hipótese para argumentar, que os regimes estão sendo bem observados. Assim sendo, o número de presos que hão de receber na prisão a sua família, em condições e circunstâncias que permitam uma vivência de lar, é bastante reduzido para ser satisfatoriamente atendido.

Como se opera essa vivência de lar, do preso com a sua família? — Não se trata de ir a família morar nas adjacências da prisão, conforme experiência

não só empírica, mas feita por iniciativa dos interessados, isto é, de presos e suas famílias, e consentida pela administração da prisão, que, tendo florescido desde a primeira metade deste século, ainda persiste cá e lá, apesar dos seus aspectos funestos ⁽⁸⁾.

Trata-se de a família ir transcorrer um ou mais dias (sempre poucos) com o seu parente preso, voltando, a seguir, para a sua casa, para o seu trabalho.

Para isso, o estabelecimento prisional deve ter acomodações adequadas, com suficiente separação das demais instalações, de modo a evitar indiscrições e contatos indesejáveis com outros presos.

Não se trata de hipótese a ser estudada para o futuro. A experiência foi deliberadamente iniciada, no País, na década de 1970, enquanto o titular do Ministério da Justiça era Armando Falcão. Denominadas *visitas reservadas da família*, em cada estabelecimento projetado — iniciada ou não a construção, e, se iniciada, concluída ou não — ou reformado, naqueles anos (ao todo mais de trinta), devia haver, como havia, um pavilhão a elas destinado.

Esse pavilhão era constituído de pequenos conjuntos — quartos, sala e banheiro; um saguão que poderia ser sala de estar ou refeitório coletivo, devia ser aparelhado com uma pequena cozinha; algum tanque para lavar roupa, e pequenas dependências para depósito de roupas, de material de limpeza, de camas de emergência etc.; dependências para a administração do pavilhão.

- (8) Essa experiência, tendo denominações diversas, como, por exemplo, “colônia”, “aldeamento”, “extramuros”, entre outras, se encontra em diversas Unidades da Federação. As denominações dão uma idéia do que seja. As famílias dos presos começaram, um bom número de decênios atrás, bem mais que pelo século, a ir morar em choças por elas mesmas construídas, perto da penitenciária: queriam estar junto ao seu pai, marido, filho preso; às vezes, mais do que dar a ele apoio afetivo, pretendiam obter dele uma ajuda material. Como? Não cogitavam. Abandonavam as suas plagas, às vezes percorrendo, sabe Deus como, centenas de quilômetros até chegarem perto da penitenciária. As diversas administrações foram aceitando a situação, sem qualquer indagação; foram aceitando a formação desses aglomerados, semelhantes, em seus aspectos físicos, a favelas ou mocambos. Não demorou que algum diretor “humano” quisesse “humanizar” aqueles aglomerados de famílias de presos, nas adjacências da penitenciária, ou na própria gleba do estabelecimento. Para isso, e só pensando nas condições “mais humanas” de vida daquelas famílias, ali localizadas, introduziu melhoramentos de ordem material nas choças, dando-lhes condições de casas ou “quase-casas”. Outros diretores, nos respectivos estabelecimentos, foram fazendo — cada um por sua vez e a seu modo — coisa parecida. Depois dos primeiros melhoramentos, vieram outros, e outros; em alguns casos, os melhoramentos chegaram ao ponto de transformar os aglomerados em vilas, de casas de alvenaria, com um, dois ou três quartos e demais dependências, bem alinhadas, ao longo de ruas, e dispendo de luz, água, esgoto e fogão a gás, além de serem mobiliadas e terem roupa de cama e mesa — tudo por conta das verbas do estabelecimento. Dispunham de escola primária e professora, tudo igualmente custeado pela penitenciária. Os diretores se manifestavam satisfeitos com a “humanização”, especialmente se os “aldeamentos” ou “colônias” ou “vilas” eram elogiados por pessoas visitantes, tanto mais se fossem estrangeiras. Não percebiam os aspectos negativos, nem mesmo a injustiça de oferecer todo aquele conforto material às famílias dos condenados, enquanto as famílias que não tinham um condenado entre os seus membros, inclusive as das vítimas, tinham de trabalhar duramente para ganhar o necessário, e, ademais, pagar impostos, com

Devia ter certa autonomia, a fim de que as visitas pudessem chegar até ele, desde o pavilhão de entrada (e revista) do estabelecimento, sem encontros ou contatos indesejáveis com a população da prisão; devia ser circundado por um pátio com vegetação (jardim ou horta, alguma árvore), bancos para os adultos se sentarem e tanques de areia, balanços etc., para as crianças brincarem. Não devendo estabelecimento algum ter (como regra) capacidade maior do que para quinhentos presos, o pavilhão de visitas reservadas da família podia ter seis, oito, pequenos conjuntos, conforme as condições e circunstâncias de cada estabelecimento. Não tinha ainda acontecido, mas se viesse a acontecer que previsões como essa, quanto ao número dos pequenos conjuntos, ficassem aquém das necessidades de determinado estabelecimento em concreto, não deveria ser aumentado o pavilhão, mas construído outro, a fim de atender àquela precaução da política penitenciária elaborada durante a década de 1970, que determinava fossem evitadas as aglomerações.

Os familiares do preso que poderiam ser admitidos a visitas reservadas, seriam: a mulher, legítima ou companheira (por interpretação extensiva, o marido, legítimo ou companheiro, quando fosse o caso de prisão feminina), os filhos, os pais e os irmãos. Cada visita duraria o número suficiente de horas para, no conjunto (quarto, sala e banheiro) que lhe fosse destinado, o preso e seus familiares poderem ter vivência e aconchego de lar.

De que modo e com que finalidade específica cada família, qualquer família, usa os diversos locais da sua casa, aqui mesmo na cidade — supondo-

cuja importância contribuíam, de algum modo, para custear dito conforto. Não poucos decênios se passaram até que, na década de 70, um diretor teve a sua atenção despertada por certos fatos estranhos, o que o levou a examinar melhor o assunto. Descobriu pontos negativos muito sérios, entre os quais: havia presos que, aproximando-se a época da liberdade (condicional ou definitiva), “passavam” a mulher e os filhos para outro preso, que não tivesse a família junto (isto é, morando no aldeamento), e ainda tivesse anos de permanência na prisão; os fatos imorais, atingindo a honestidade e os bons costumes das famílias não eram poucos e eram sérios (havia presos que cometiam lenocínio, “facilitando” a própria mulher e as filhas aos presos que quisessem e pagassem; os filhos adolescentes não ficavam isentos da cupidez dos presos homossexuais); o montante do custeio da alimentação das famílias dos presos era semelhante ao do custeio da alimentação dos presos, o que, somado às demais despesas com ditas famílias, resultava ser mais de dois terços da verba orçamentária do estabelecimento. O mesmo diretor observou ainda: as famílias não queriam ir embora quando o seu preso recuperava a liberdade, mesmo em casos de serem proprietárias de uma casa (que haviam deixado alugada), ou de uma terrinha que, antes da condenação, o preso com a sua mesma família, cultivavam. E que tinham tomado gosto pelo estilo de vida no aldeamento, e já não queriam mais voltar a fazer o próprio esforço, não queriam voltar a se sujeitar a um ritmo de trabalho, e nem saberiam mais sujeitar-se; para algumas das famílias, o conforto e a comodidade que tinham na moradia do aldeamento era superior à que tinham anteriormente na sua própria casa, ou a que poderiam aspirar voltando para a localidade da sua origem. Em um ou outro caso de reincidência, aquele diretor pôde inferir que o novo crime cometido tivera a finalidade de voltar a “morar” na Penitenciária, com a família. Sendo esses, em linhas gerais, os mais salientes pontos negativos, o diretor foi orientado pelos órgãos competentes do Ministério da Justiça, no sentido de esvaziar o aldeamento — não repentinamente, mas estabelecendo um prazo razoável (dentro do qual não poucos presos teriam condições de recuperar a liberdade, condicional ou definitiva); entretanto, as famílias deveriam ser treinadas em algum trabalho que pudessem exercer

se que sempre seja lícitamente — não há por que nem para que indagar. Ora, enquanto o preso com seus familiares ocupassem um conjunto do pavilhão de visitas reservadas da família, ali era a “sua casa”. A duração da visita dependeria de fatores diversos, bem ponderados, entre os quais distância e dificuldade de acesso, ou de condução, sendo sempre aconselhável, todavia, que incluísse pelo menos um pernoite, fossem quais fossem os familiares visitantes. Como se distribuiriam, para passar a noite — no quarto com cama de casal, ou na sala, nos sofás-camas ou nas camas de emergência ou de campanha trazidas do depósito — dependia de cada família, de quem ou quais fossem os visitantes (cônjuge, filhos, pais, irmãos).

O aconchego de lar vivido no recesso do conjunto não ficaria comprometido mas se complementarria pelo uso das dependências do pavilhão, v. g., da pequena cozinha, onde a mulher (ou a mãe, a filha, a irmã) preparasse algum quitute ou retemperasse algum dos pratos vindos da cozinha central; do saguão, a uma de cujas mesas preferissem fazer alguma refeição ao invés de fazê-la na mesa da sala do conjunto); do tanque de lavar roupa; do pátio, onde, sendo pequeno o número de famílias, poderiam, sem os inconvenientes das aglomerações dos “dias de visita” comuns, que se têm visto na televisão, estar em companhia uma das outras, enquanto as crianças brincassem. Haveria tempos adequados para essa convivência, e para cada família estar só consigo mesma.

quando fosse embora. Orientação semelhante o Ministério da Justiça estava dando a todas as Unidades da Federação onde, nas adjacências de uma ou mais penitenciárias, houvesse tais aglomerados, “humanizados” (1) ou não; quando as casas, pela sua boa construção, fossem aproveitáveis, deveriam ser usadas para outros fins próprios de um estabelecimento prisional; inclusive poderia um grupo delas ser adaptado para as visitas reservadas da família. Não era fácil conseguir o entendimento dos senhores diretores e outras autoridades. Um dos motivos provavelmente fosse que, como toda mudança, essa que o Ministério da Justiça estava propondo exigia esforço; as pessoas nem sempre estão dispostas a fazer semelhantes esforços. Entretanto, alguma coisa, cá e lá, já se estava conseguindo. A idéia era de, paulatinamente, reconduzir todas as famílias às localidades de origem e, então, por meio do serviço jurídico e de assistência judiciária do estabelecimento, ou de advogado constituído (conforme o caso), pleitear, perante o Juiz, a transferência do condenado para a prisão da comarca da sua residência, da residência da sua família (art. 30, § 6º, III, do Código Penal, devido à Lei nº 6.416/77), onde pelo menos um dos membros da família, já de volta, deveria ter trabalho remunerado. Uma vez que os presos que podem cumprir pena na prisão da comarca da condenação ou da residência são, em termos gerais, os que têm aptidão para regime aberto ou, pelo menos, semi-aberto, os vínculos com a família não haveriam de sofrer prejuízo. É doloroso ter de falar no passado, tratando-se de experiência tão boa, cujas primeiras realizações, se já não deixavam bons resultados, prenunciavam-nos. Para concluir esta nota, vale transcrever aqui o que já escrevi alhures: “(...). O deslocamento da família para perto da prisão constitui uma modalidade de migração que, parece, ainda não mereceu a atenção dos cientistas sociais. Ela tem suas peculiares facetas e sua própria problemática. Devendo, como deve, ser evitada, um meio é o de poder a família fazer periódicas visitas reservadas ao seu preso, e, se for o caso, receber atendimento do serviço social, do serviço jurídico, da assistência religiosa ou outro, conforme seja necessário e aconselhável”. (Verbetes) *Visitas reservadas de familiares de presos*. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo. v. 77, p. 448).

A freqüência dessas visitas dependeria, por sua vez, de fatores diversos, de ordem subjetiva v. g., conduta, saúde do preso e de ordem objetiva (v. g., duração de cada visita).

Era aconselhado à administração de cada estabelecimento cujas instalações incluíssem um pavilhão desses, que, durante algum tempo, as visitas fossem submetidas a uma disciplina empiricamente estabelecida (fundada no bom senso), fazendo-se observações dos erros e acertos para, quando considerado já oportuno, elaborar as normas reguladoras (que poderiam permanecer autônomas ou vir a ser incorporadas no regulamento do estabelecimento); esse regulamento deveria, igualmente, prever a autoridade administrativa (do próprio estabelecimento) competente para outorgar a concessão da visita reservada da família (9).

Uma das dificuldades para os órgãos do Ministério da Justiça era conernente às arraigadas idéias errôneas a respeito da "visita íntima". Para certos funcionários prisionais de categorias diversas, a "visita íntima" era um antídoto das práticas homossexuais, mas em geral admitiam que nunca se haviam detido a examinar a realidade, a verificar se efetivamente essas práticas seriam menos espalhadas nas prisões em que a "visita íntima" fazia parte da rotina. Para certos outros funcionários, igualmente de categorias diversas — nem todos convencidos de que a "visita íntima" fosse aquele antídoto, um ou outro tendo certeza de que, nesse sentido, nenhuma influência exercia — ela se impunha como parte da humanização da pena. Para certos outros, que nunca se haviam detido em qualquer cogitação a respeito dela, ela era, simplesmente, algo que se havia incorporado nos usos e costumes de rotina penitenciária. Outros — uns raros — já tinham feito as suas próprias indagações, discordando de qualquer dessas posições, tendo argumentos para justificar as suas discordâncias, mas não sabendo o que fazer nem como fazer para modificar a situação, receando ou acreditando não haver solução. Um ou outro desses não se atrevia a manifestar discordância porque "achava" que tais visitas eram autorizadas por órgãos superiores.

Com paciência e perseverança, os órgãos do Ministério da Justiça (no período do Ministro Armando Falcão), já estavam conseguindo algum resultado, quanto a modificar o entendimento a respeito das "visitas íntimas" e compreender o que fossem as *visitas reservadas da família*, qual a finalidade delas, como deveriam ser realizadas etc.

Em uns estabelecimentos, o pavilhão começou a funcionar como devia, tendo sido satisfatória a experiência. Segundo informações da respectiva administração, essa modalidade de visitas fazia bem ao preso e, igualmente, à sua família. A preocupação precípua não era com "o problema sexual do preso", como o era tratando-se das "visitas íntimas". A preocupação era com o preso como pessoa, na sua totalidade; um ser que não apenas vive em comum com outros, mas convive, isto é, que tem interações não só inconscientes, mas também conscientes e deliberadas, e para o que tem necessidade de vincula-

(9) A respeito da regulamentação da visita reservada da família, em cada estabelecimento, segundo as suas peculiaridades, vale seja lido o que consta no item 4.1 do verbete "Visitas reservadas de familiares de presos", citado no fim da nota 8.

ção com a família; tendo uma necessidade natural (fundamental) a essa vinculação, também tem direito natural (fundamental) a ela. Por isso era compreensível que o pessoal da administração não fixasse a sua atenção naquele problema especificamente, mas na conduta geral dos presos. Informavam que essa conduta melhorava e o senso de responsabilidade deles aumentava; dedicavam-se com mais gosto ao trabalho, para ter a satisfação de, por ocasião da visita reservada, entregar à família a parcela da remuneração a ela destinada, de acordo com as normas. Nos jogos e outras atividades de lazer, eram alegres e expansivos. Num caso, nos dias de visitas comuns, dois ou três deles, versados em música, juntamente com outros presos que, sabendo tocar algum instrumento ou cantar, se dispunham a participar, faziam um "show" para os visitantes. Não deixavam de participar das atividades da sua religião (dos católicos, um ou outro que desde havia anos não recebia os Sacramentos, desejaram, após ter tido algumas vezes a visita reservada da família, confessar-se e comungar). Segundo comentou o diretor de um estabelecimento onde essas visitas já "tinham tomado pé", os presos não falavam a respeito, mas, cada um, com a sua conduta parecia dizer: "Eu quero me emendar para viver bem com a minha família, criar e educar os meus filhos". Outro diretor — de um estabelecimento de segurança média, regime semi-aberto — fez um comentário mais amplo. Disse ele que na "sua" penitenciária (cuja lotação ainda não tinha atingido a capacidade, isto é, quinhentos presos), ninguém estava ocioso. Um certo número gozava da concessão do trabalho externo, saindo pela manhã, após o café, e regressando à tardinha, antes da hora de jantar (almoçavam no local de trabalho ou numa "pensão" cujos donos, um casal de certa idade, tinham sido instruídos a respeito desses "pensionistas"); alguns desses presos tinham licença judicial para, em certo dia da semana, almoçar com a família. Dos que não gozavam da concessão do trabalho externo, uns trabalhavam em oficinas, outros em plantação, outros em criação; outros, enfim, trabalhavam nos serviços domésticos da penitenciária, em caráter permanente ou tão-só provisoriamente, até quando pudessem ser encaminhados a um daqueles outros trabalhos. Todos recebiam razoável remuneração, como se podia comprovar pelas folhas de pagamento exibidas⁽¹⁰⁾. Nas horas de lazer, os que não fossem espontaneamente jogar futebol, dominó, dama . . . eram estimulados a "fazer alguma coisa". Quando havia "shows", comemorações cívicas ou religiosas, todos participavam. Grande número deles freqüentavam a escola da penitenciária e havia os que gostavam de ler livros e revistas da respectiva biblioteca. Alguns freqüentavam cursos profissionalizantes, ministrados na própria penitenciária. Havia um que freqüentava a universidade, e uns poucos que estavam se preparando para proximoamente fazer o vestibular, de acordo com a possibilidade criada pela Lei nº 6.416/77, introduzida no Código Penal nos termos do inciso V do § 6º do art. 30. — Continuou, aquele diretor, dizendo que os presos se esforçavam para ter boa conduta e, assim, merecer a visita reservada da família, de sorte que os oito conjuntos do pavilhão estavam sendo continuamente

(10) No Estado fora organizado e funcionava regularmente um "Fundo Penitenciário", para o qual iam os dinheiros provenientes da venda de produtos do estabelecimento, e do qual saíam as quantias para remunerar o trabalho dos presos. É de notar que a despesa com alimentação era relativamente pouca, porque grande parte dos gêneros alimentícios provinha da horta, da lavoura e da criação da própria penitenciária; ademais, os excedentes eram comercializados.

ocupados, no rodízio das famílias. Havia presos que, nos dias que precediam e nos que sucediam a visita, "não sabiam" falar de outra coisa a não ser da visita que estavam por receber, das pessoas que deveriam vir, das que não poderiam... e da visita que acabavam de receber, da mulher, dos filhos... dos pais, dos irmãos... algo a respeito de cada um dos que tinham vindo e dos que não tinham... — E arrematou o mesmo diretor, dizendo que, desde a inauguração da penitenciária, até aquela data, não lhe havia chegado ao conhecimento qualquer caso de homossexualismo ou de pederastia. Em seguida, reconsiderou ele, prudentemente, dizendo que, com a onda de homossexualismo, pederastia e outros fenômenos desse gênero que vai pelo mundo, não se pode ter certeza de que numa prisão, mesmo quando *parece* que não ocorrem casos desses fenômenos, efetivamente não ocorram; entretanto, ponderou ele, se ocorriam, seriam tão poucos os casos e tão discretos que nenhum tinha chegado ao conhecimento dele. — Essa conversa teve lugar na própria penitenciária, podendo-se, pois, "ver" o que o diretor ia dizendo e comentando. Fazia, então, aproximadamente três anos que a penitenciária tinha começado a funcionar. Durante esse tempo não tinha havido nenhuma fuga, havendo sido raras as faltas graves de disciplina. Daqueles que tinham recuperado a liberdade, por término da pena ou por livramento condicional, a taxa de reincidentes podia ser calculada em aproximadamente 30% (enquanto que a dos egressos de alguma outra penitenciária do mesmo Estado era superior a 60%), tendendo a continuar baixando.

Nesse estabelecimento, o tão falado "problema sexual penitenciário" parecia não existir. O pavilhão de visitas reservadas da família funcionava regularmente. As visitas reservadas da família se revelavam muito benéficas para os presos (e, conforme os assistentes sociais informavam, para as famílias também).

Todavia, cabe indagar: isso se devia somente às visitas reservadas da família?

Certamente não. Essas visitas, porém, estavam inseridas em todo o bom funcionamento da penitenciária, cujo diretor, bem formado e bem orientado, dispunha de um pessoal administrativo e técnico (jurídico e científico) que, tendo recebido prévia formação básica, continuava recebendo o influxo da sua (dele, diretor) boa formação e orientação. Nada de extraordinário; somente um estabelecimento que funcionava como devia funcionar. Para isso, dispunha de condições físicas, isto é (sem querer descrever todo o estabelecimento): construção em pavilhões autônomos, com capacidade total (e ainda não preenchida) de quinhentos presos, tendo cada pavilhão capacidade tal que fossem evitadas aglomerações; espaços livres (ao ar livre) entre os pavilhões; locais para lazer ao ar livre, além de um pavilhão polivalente (podendo servir para cerimônias cívicas ou religiosas, "shows", recebimento de visitas comuns em dia de chuva etc.); escola; oficinas (para atividades adequadas aos interesses da região); dependências para serviços médicos e odontológicos; salas para outros serviços, como o social e o jurídico; sala à disposição de autoridades e sala à disposição de advogados; área (terreno para horta, jardim e criação de pequenos animais, dentro do recinto; área para lavoura e criação de animais maiores, nas adjacências). Com essas condições físicas, o diretor e seus auxiliares diretos organizaram e faziam observar uma agenda diária muito bem elaborada, suficientemente

flexível, de acordo com a natureza do regime (semi-aberto). Eram mínimos os problemas, e podiam ser resolvidos facilmente, como é próprio da vida, normalmente.

Essa penitenciária funcionaria tão satisfatoriamente se, permanecendo tudo como era, estática e dinamicamente, tão-só as visitas reservadas da família fossem substituídas pelas "visitas íntimas"? As "visitas íntimas", já pela sua denominação, já por tudo que as acompanha e circunda, aguçam a atenção não só para o sexo, mas para o erotismo, e para ele fazem convergir atenção e interesses. Esse sendo o objeto da atenção e dos interesses dos presos (ao invés de ser a família, com todos os seus interesses e valores, inclusive, sem dúvida, os da vida conjugal, como ocorre quanto às visitas reservadas da família) toda a "atmosfera" da prisão se modifica e se impregna dos pensamentos e desejos dos estados biopsicológicos que acompanham aquela convergência de atenção e interesses.

Por outro lado, é certo — a realidade tem patenteado — que, se o pessoal, a começar pelo diretor (e prosseguindo, o pessoal administrativo, o jurídico, o científico e o técnico), não tiverem a devida formação e boa orientação, a melhor construção, as melhores condições físicas, de nada adiantarão.

Para frisar bem o contraste, registre-se o que aconteceu com uma penitenciária de construção e condições físicas estaticamente em tudo semelhantes às da que acaba de ser descrita, tendo sido construída (em outro Estado) quando aquela já estava começando a funcionar. A direção foi entregue a um homem de pouca instrução, boçal, que anteriormente havia exercido modesta atividade na Polícia. Foi nomeado (quando findava a década de 1970) por motivos de "compromissos" político-partidários, pretendendo-se justificar a nomeação aludindo à sua condição de ex-funcionário da Polícia. Esse diretor, continuando, aliás, os erros que iam ter às suas mãos, conseguiu, em poucos meses, a bem dizer destruir a penitenciária. Lá estavam, trancafiados nos pavilhões de alojamentos (compartimentos coletivos normalmente destinados a repouso noturno) e de celas (compartimentos individuais igualmente assim destinados), pouco mais de trezentos presos, aptos para qualquer dos três regimes, adultos e jovens-adultos (de 18 a 21 anos de idade). Os jovens-adultos estavam num dos pavilhões de celas — cada um numa ("porque os menores têm de ficar separados dos outros, para não aprenderem sacanagem com eles", como explicou o diretor — no que, a seu modo, não deixava de ter certa razão...). A comida era servida em gamelas de alumínio, nos alojamentos e nas celas. Todos os dias, em hora de sol forte, os presos eram ligados uns aos outros com uma soga, e levados a caminhar ao redor dos pavilhões, durante uma hora. O espetáculo era deveras deprimente. O diretor explicou que ele era "obrigado" a proceder assim, porque "aquele cárcere" não prestava — não tinha muros, não tinha segurança, não tinha nada, e os "internos" estavam sempre querendo fugir, sendo que muitos tinham conseguido "evadir-se", apesar de todas as medidas que — como se podia ver... ver inclusive os "guardas carcerários" armados — ele tomava para evitar "evasões". Nenhum preso tinha qualquer atividade, fosse de trabalho, fosse de lazer. A penitenciária não dispunha de escola, nem de serviço social, serviço jurídico, serviço médico e odontológico ou qualquer outro serviço técnico ou científico, como tampouco assistência religiosa; das respectivas dependências, umas eram usadas para outros fins, e

outras estavam abandonadas. O terreno ao redor dos pavilhões estava inteiramente inculto; em alguma pequena área não pisada ou pouco pisada, crescia uma vegetação espontânea — capim, mato. Ao redor do pavilhão de visitas reservadas da família, cresciam, por si, igualmente, ervas daninhas, capim e outras plantas. O diretor explicou que aquele pavilhão não era usado; aliás, acrescentou ele, nem sabia para que é que “aquilo” servia. Queixou-se muito da falta de dinheiro, falta de recursos, o que o impedia de fazer “o cárcere” funcionar como ele (diretor) entendia que devia ser um “bom cárcere”. Explicou que a única coisa que podia fazer, do que ele achava que era bom, era permitir as “visitas eugênicas” (sic!), porque para isso ele não tinha despesa: havia deixado metade de um pavilhão de celas para servir de “parlatório”; quando a mulher ia fazer a “visita eugênia”, o “interno” ficava com ela uma hora numa cela do “parlatório”. O Diretor, porém, lamentava que, apesar de toda essa “humanização” que concedia, houvesse tantos homossexuais “no cárcere”, criando tantos problemas nos alojamentos.

Aí está a descrição de dois estabelecimentos, construídos nos mesmos moldes, com alguma diferença de tempo um do outro. Cada um deles, bem diferente daqueles de que os meios de comunicação costumam se ocupar, e cujos erros e mazelas a televisão tem mostrado. O primeiro deles, com um pessoal bem formado e bem orientado, a começar pelo diretor, funcionava bem — muito bem — de meados para o fim da década de 1970. O outro, com um pessoal inteiramente despreparado, a começar pelo diretor, começou a funcionar quando findava a década de 1970 e estava no limiar da década de 1980; funcionava mal — muito mal. Como estará funcionando cada um deles atualmente? — Ignoro, pois se não me é expressamente vedado, tem-me sido praticamente impossível obter informações.

De qualquer modo, posso registrar que, na década de 1970 (quando eu podia estar “com a mão na massa”), havia uma crescente melhora na qualidade de funcionamento das prisões, dependendo muito menos das edificações e das verbas, do que da preparação, da boa formação e do tino do pessoal, embora também se devesse cuidar, e se cuidava, das edificações.

Quanto às visitas reservadas da família, uma grande resistência contra elas, manifestada ou mal disfarçada pelo pessoal, principalmente pelo que já desde havia muito tempo prestava serviço em prisão, era devida ao comodismo que se juntava a determinados conceitos e preconceitos. Realmente, esses funcionários “mais antigos” estavam acostumados à rotina das “visitas íntimas”, aceitavam sem discussão nem exame a idéia de que eram necessárias para “humanizar” a vida dos “internos” e resolver “o problema sexual penitenciário”. Na sua inércia psicológica, não percebiam a diferença entre as “visitas íntimas” da mulher (de *uma* mulher) e as *visitas reservadas da família*. Só se davam conta de que as visitas reservadas da família exigiam mais da administração, do pessoal das prisões; exigiam mais em cautelas e em trabalho. Ora, o comodismo é sempre inibidor da idéia de sair da rotina, de mudar... principalmente se aquilo para o que se há de mudar vai, pela sua própria natureza, dar mais trabalho... Por isso, quando, na década de 1970, o Ministério da Justiça, de acordo com a Política Penitenciária então elaborada, entendeu substituir as “visitas íntimas” pelas *visitas reservadas da família*, seus órgãos competentes tinham de despender muito esforço para modificar a atitude psicológica

do pessoal penitenciário, a respeito dessa substituição. Além da resistência, era preciso vencer não poucas renitências. Todavia, com paciência e perseverança, aos poucos estava-se conseguindo. Aos poucos estavam se sanando os tropeços e corrigindo os antigos vícios que teimavam em ressurgir aqui e ali.

De quando em quando, tinha-se alguma decepção, sem dúvida. Isto é, pensava-se que se havia explicado muito bem e que a explicação tinha sido bem entendida. Então acontecia, como, por exemplo, no caso de um Secretário de Justiça que, após ter assegurado que havia entendido muito bem, retornou ao seu Estado para, passadas poucas semanas, voltar ao Ministério da Justiça, acompanhado de um arquiteto e de um engenheiro daquela Unidade da Federação, trazendo o seu projeto de penitenciária. O Secretário insistiu afirmando que tinham sido observados todos os itens das Recomendações Básicas para uma Programação Penitenciária. Examinando-se as plantas, apareceu uma, de um pavilhão de celas com dimensões um pouco maiores do que as indicadas pelas Recomendações Básicas, cada uma disposta de um banheiro mais aparelhado do que o estabelecido. Antes que se lesse a inscrição no canto inferior à direita, o Secretário esclareceu que aquele pavilhão era o "Venus-tério" (sic!). O riso malicioso com que foi dado o esclarecimento completava a eloquência daquela planta com aquela denominação: o pavilhão não se destinava a visitas reservadas da família, mas a "visitas íntimas"; ademais, era de se indagar se, com semelhante denominação, não se pretenderia que outras mulheres, além da esposa e da companheira, fossem acolhidas no pavilhão...

Contudo, também surpresas boas havia, não só quanto às explicações bem entendidas e bem executadas, mas uma delas foi quanto a uma experiência que já se fazia na Penitenciária da Ilha Grande, no litoral do Estado do Rio de Janeiro.

Entre as penitenciárias de que os meios de comunicação — sem excluir a televisão, mas ao contrário — se têm ocupado, está essa; dela têm sido dados a conhecer os erros e labéus. Por que não as coisas boas também? Com efeito, justamente nessa penitenciária já era estabelecida a prática das visitas da família, com características análogas às que vieram a ter as visitas reservadas da família, como foram, na década de 1970, preconizadas pelo Ministério da Justiça. Não havia instalações próprias. Um diretor, com bom senso e tino, soube adaptar uma casa que havia, distante algum quilômetro do recinto em que se encontravam as edificações prisionais. Dada a distância entre a ilha e o continente, foi admitido que, de acordo com algumas normas traçadas, periodicamente a família do preso fosse visitá-lo, podendo transcorrer com ele, naquela casa, até três dias. Como família se entendia: a mulher (legítima ou não), os filhos, os pais, os irmãos e, eventualmente, outros parentes próximos; era limitado o número dessas pessoas que podiam comparecer em cada visita, mas a mulher era geralmente incluída. Essa experiência da Penitenciária da Ilha Grande confirma que mais do que edificações, instalações e verbas, são importantes a formação adequada e a boa orientação da administração e de todo o pessoal das prisões. Na época, essas visitas, cuja realização não teve maiores pretensões, se revelaram benéficas. De vez que se estava procurando corrigir certas deficiências das edificações da penitenciária, e melhorar o funcionamento dela, tinha-se esperança de que os benefícios das referidas visitas se tornassem mais visíveis e, junto com os recém-aludidos melhoramentos das

edificações e do funcionamento, contribuíssem para o desejado bom tratamento penitenciário, com a futura emenda dos condenados e sua reintegração no convívio social.

Desde a “virada” da década de 1970 para a de 1980, não só não tenho mais tido contato com os serviços prisionais, como não tenho obtido informações. Pelas notícias que, todavia, de um ou de outro modo me chegam, parece que a prática das visitas reservadas da família foi na generalidade abandonada, voltando-se às mais simples, menos trabalhosas e mais expeditas “visitas íntimas”... Os pavilhões para visitas reservadas da família, planejados com tanto cuidado, para os estabelecimentos construídos ou iniciada a construção ou ainda somente projetados, ou reformados na década de 1970, de acordo com as Recomendações Básicas para uma Programação Penitenciária, passaram a ser usados (segundo as referidas notícias) para as “visitas íntimas”. É lastimável que assim tenha acontecido (11).

VI – Considerações finais

Como ficou demonstrado páginas atrás, a vinculação do preso com a sua família é uma questão de direitos humanos. Eu estimaria, pois, que a Ordem dos Advogados do Brasil, que sempre se tem manifestado tão atenta e tão solícita quanto ao tratamento dos presos, principalmente quando estão em jogo seus direitos humanos, também voltasse a sua preciosa atenção a este problema das “visitas íntimas” e da solução consistente nas visitas reservadas da família.

A tarefa não é simples como possa, à primeira vista, parecer, mas isso não há de ser óbice para a OAB.

Não é tarefa simples, pois, com efeito, começa por demandar um exame prévio da situação em todo o País, nas prisões masculinas e nas femininas.

Assim:

A – Quanto aos locais e instalações:

- a) não existem porque não é admitida nenhuma das duas modalidades da visita;
- b) é admitida a “visita íntima”; como são os locais e instalações?
- c) a visita que se admite é a reservada da família, ainda que com outra denominação ou variação de pormenores; como são os locais e instalações?

Além de serem registradas, respondendo as questões acima, as impressões pessoais de quem está colhendo os dados, convém dar atenção a determinados aspectos, como segue.

(11) Aliás, profundamente lastimável é que tudo que, com tanto critério e conhecimento das realidades de cada região do País, vinha sendo feito na década de 1970, tenha sido abandonado ou destruído, ainda que, para fundamentar a nova orientação e maneira de agir, se invoquem e citem grandes autores estrangeiros. Por maiores que sejam, os autores estrangeiros não conhecem as nossas realidades e os problemas, as experiências que, feitas para resolvê-los, deram certo ou não deram, no Nordeste ou no extremo Oeste, no Norte ou no Sul, no centro ou no litoral, tão diferentes uns dos outros, mas tendo algo em comum; eles nunca viram de perto, nunca “palparam” as nossas diferentes realidades, os nossos problemas e as nossas soluções. Sem desprezar aquilo que é universal, já é tempo de pensarmos os nossos pensamentos, conhecendo as nossas realidades.

Nos estabelecimentos em que se pratica a "visita íntima", verificar os respectivos locais:

- d) são as próprias celas dos presos (que dispõem de cela — isto é, compartimento individual)?
- e) trata-se de celas comuns, mas destinadas a esse fim,
 - ea) para os presos em geral?
 - eb) somente para os presos que não dispõem de cela, mas pernoitam em alojamento (compartimento coletivo)?
- f) trata-se de compartimentos diferenciados das celas:
 - fa) obtidos por adaptação de celas?
 - fb) construídos expressamente para esse fim?
- g) trata-se de pavilhão ou ala de um pavilhão construído (ou adaptado, em caso de reforma), para acolher as visitas reservadas da família, tendo vindo a ser reduzidos à condição de locais destinados a "visitas íntimas"?

B — Quanto ao entendimento que a administração e o pessoal das prisões têm a respeito das "visitas íntimas" e das visitas reservadas da família:

- a) suas disposições quanto ao possível repúdio daquelas e aceitação destas;
- b) sua compreensão (ou não) e sua receptividade (ou não) quanto a:
 - ba) adaptar ou construir locais e respectivas instalações adequados às visitas reservadas da família, onde não existirem;
 - bb) recuperar os pavilhões (ou alas de pavilhões) que, originariamente construídos (ou já anteriormente reformados) para servirem às visitas reservadas da família, tiverem seu uso desvirtuado.

Essa mudança na mentalidade da administração e do pessoal das prisões, com as decorrentes medidas de mudança quanto à natureza e ao espírito das visitas, terá, certamente, como corolário outras mudanças, que se hão de operar até mesmo implicitamente e inadvertidamente, que serão, sem dúvida, salutar para a vivência prisional, para o relacionamento dos presos entre si e deles com a administração e o pessoal, o que, por sua vez, há de se refletir favoravelmente nas funções e finalidades da pena.

* * *

Para encerrar: o preso, como qualquer ser humano, não é sexo, mas é pessoa, que tem sexo, como tem outros atributos e funções. Ademais, o sexo do preso, como o de qualquer pessoa, não pode ser degradado, reduzido a simples função biológica ou fisiológica. Aliás, as funções sexuais (como quaisquer outras funções humanas) podem, sem qualquer prejuízo, deixar de se realizar, canalizando-se ou sublimando-se as pulsões e apetites sexuais (assim como as pulsões e apetites próprios das demais funções). Quando, porém, as funções sexuais se realizam nas interações do amor e outras formas afetivas próprias da família ou a ela convergentes, é nas interações, igualmente e ao mesmo tempo, dos valores, dos direitos e deveres da família, que o sexo e elas, as suas funções, se dignificam, participando da dignidade da pessoa.

La educación especial

ante la delincuencia juvenil (*)

Prevención y repersonalización desde el encuentro materno

ANTONIO BERISTAIN

Catedrático de Derecho Penal. Director
del "Instituto Vasco de Criminología".
SAN SEBASTIÁN

SUMARIO

Dedicatoria

A — IMPORTANCIA Y DIFICULTAD DEL TEMA

B — EL SEGUNDO NACIMIENTO EN CUANTO PREVENCIÓN
DE LA DELINCUENCIA

Cinco etapas del segundo nacimiento

1. Etapa primera: amor-egoísmo
5. Etapa quinta: transcendencia-animalidad
3. Etapa tercera: solidaridad-soledad
4. Etapa cuarta: libertad-prisión
5. Etapa quinta: transcendencia-animalidad

C — EL TERCER NACIMIENTO EN CUANTO REPERSONALI-
ZACIÓN DE LOS JÓVENES INFRACTORES

El papel de la mujer en la sociedad tecnificada

Los controles sociales desde la pedagogía especial

(*) Artículo escrito en homenaje al Magistrado y Catedrático Günter BLAU como pequeña muestra de gran admiración y agradecimiento por sus estudios en derecho penal, pedagogía criminal, derecho penitenciario, política criminal etc., rebotantes de ciencia y "cercanía" humanas.

Dedicatoria

A ella,
que mi ser, mi vivir y mi lenguaje
me regaló,
el lenguaje que dice
ahora
con qué voluntad placentera
consiento en mi vivir,
con qué fidelidad de criatura
humildemente acorde
me siento ser,
a ella,
que afirmándose ya en amor
y admiración
descubrió mi destino...

JORGE GUILLEN

(Aire Nuestro. Cántico. Giamor. Homenaje.
Milano, All'Insegna del Pesce d'Oro, 1968,
p. 19.)

A — IMPORTANCIA Y DIFICULTAD DEL TEMA

En la pedagogía criminal se refleja como en espejo los principios teóricos, las coordenadas sociales y la cosmovisión e un pueblo.

GÜNTER BLAU (*Strafvollzug in der Praxis*.
Berlín, Gruyter, 1976, p. 23.)

Los problemas de la educación especial, en cuanto referida a la delincuencia y/o inadaptación juvenil, importan sobremanera en nuestra sociedad de hoy y de aquí por múltiples motivos. Nos limitamos ahora a indicar dos de ellos: el cuantitativo de la delincuencia juvenil y el cualitativo de la educación infantil y de la calidad de vida.

Matemáticamente la delincuencia juvenil alcanza entre nosotros un volumen mayor que el resto de la delincuencia, como lo muestran muchas estadísticas, por ejemplo, las recogidas en el libro recientemente publicado por el "Instituto Vasco de Criminología", **Estudio Criminológico de las Sentencias Judiciales en San Sebastián** (1). Las cifras relativas a los jóvenes comprendidos entre los 16 y 23 años superan casi siempre las cifras que reflejan el volumen de la delincuencia adulta.

(1) A. BERISTAIN, B. CASARES, J. L. de la CUESTA, I. MUÑAGORRI, L. M. MUNOZ, M. J. VIRTO. **Estudio Criminológico de Sentencias en Materia Penal**. Datos de las Sentencias dictadas en San Sebastián en 1975, Madrid, Instituto de Criminología, 1983.

Cualitativamente, tanto los aciertos como los defectos en la aducción infantil resultan con frecuencia indelebles, o casi indelebles, en cuanto a las posteriores conductas del adulto respetuosas o violadoras de los derechos del hombre. La delincuencia grave, las torturas, los terrorismos brotan principalmente de personas que no lograron en sus primeros tiempos una socialización amorosa y solidaria. En la educación infantil, sobre todo la especial, encontramos la clave para la calidad de vida en la sociedad.

Por motivos diversos — también históricos — falta la debida formación en los padres españoles para cumplir su función educativa durante la infancia de sus hijos. En un alto porcentaje se limitan, como prueban las investigaciones científicas (2), a repetir la educación que ellos recibieron de sus mayores. Este hueco ha de llenarlo la educación y/o reeducación especial.

Dentro del marco de la educación especial relacionada con la delincuencia juvenil, creemos de interés el problema del "segundo" nacimiento en cuanto prevención de la delincuencia, y el problema del "tercer" nacimiento como método repersonalizador de los delincuentes, de los más o menos delincuentes, de los más o menos inocentes (superando el maniqueísmo tan extendido).

Conviene insistir en la importancia del segundo nacimiento, pues, por desgracia, las modernas investigaciones muestran que actualmente las madres (y los familiares, en su tanto) incumplen notablemente sus obligaciones educacionales y formativas. Y, con mayor frecuencia de lo que se cree, llegan incluso a maltratar y lesionar a sus hijos en los primeros meses y años de su vida (3).

B — EL SEGUNDO NACIMIENTO EN CUANTO PREVENCIÓN DE LA DELINCUENCIA

“τού γάρ εἶναι καί τραφῆναι αἴτιοι, καί γενομένοις τοῦ παιδενθῆναι!”

«Los padres dan a su hijo el ser, el sustento y la socialización.»

Aristóteles (Eth. Nic. 1162 a, 6-7)

(2) SALUSTIANO DEL CAMPO y MANUEL NAVARRO. *Análisis Sociológico de la Familia Española*. Madrid, Ministerio de Cultura, Dirección Gral. de Juventud y promoción socio-cultural, 1982, pp. 201 ss.

La problemática del encuentro materno-filial y su incidencia en el comportamiento desviado y/o delictivo del joven, y su cuestionable posterior repersonalización, que tuvo cierta originalidad hace algunos lustros, especialmente de 1940 a 1960⁽³⁾, sigue siendo actual, y va adquiriendo nuevas perspectivas y nuevas aportaciones en el campo pedagógico, criminológico y de política criminal.

Ahora y aquí, apoyados en autorizados especialistas, entendemos por delito, esquemática y principalmente, la falta de amor, la rebeldía contra el amor, contra el otro⁽⁵⁾.

Al estudiar el núcleo central de la simbiosis madre e hijo nos referimos también — de manera más o menos directa — a los temas íntimamente relacionados de las influencias del padre, de la familia y del grupo social, desde el ángulo de la educación y reeducación del joven y del adulto. La madre está entendida también en sentido simbólico de las personas circunstantes próximas alrededor del niño.

Cuando aquí hablamos de educación, insuflamos en el interior de este término contenidos profundos de socialización. Educar proviene etimológicamente de *educere* que equivale a “sacar de”, “llevar de un estrato a otro estrato”. Sociológicamente significa desarrollar lo germinal de la persona en cuanto persona, socializar y/o repersonalizar. Sacar al niño del cerco individualista e introducirlo en la sociedad gratificante⁽⁶⁾.

No educa quien entrega al niño un lote de conocimientos científicos, como no educa quien domestica a un tigre para que salte por el aro ardiendo. Ni quien obliga a su hijo a que ceda el asiento a las señoras sin sentir realmente, en su ánimo, la razón de esta preferencia. No educa el padre que pega al hijo cuando dice una mentira, pero él está engañando en algo fundamental a su esposa, o al abuelo, o a un colega.

(3) J. DE AJURIAGUERRA y D. MARCELLI, *Manual de Psicopatología del Niño*. Versión castellana de M.^a H. Feliu Pl, A. M.^a Martínez y Josep Toro i Trallero. Barcelona, Toray-Masson, 1982, pp. 353 ss. M. BARBERO SANTOS, con la colaboración de J. TERRADILLOS y L. ARROYO. *Approche au Problème des Mauvais Traitements Infantiles dans la Famille en Espagne*. Inédito, presentado al Cuarto Coloquio Criminológico del Consejo de Europa. Estrasburgo, noviembre de 1979. La Asociación Filium se fundó y ha empezado a trabajar en España el año 1977.

(4) J. DE AJURIAGUEDRA y D. MARCELLI. *Manual de Psicopatología del Niño*, pp. 347 ss. A. BERISTAIN. La problemática de la juventud. *Revista del Instituto de la Juventud*. 4, abril 1966, pp. 65 y ss.

(5) JUAN DEL ROSAL. *Cosas de Derecho Penal*. Madrid, 1973, pp. 16 ss.

(6) GION CONDRAU. *Entwicklung und Reifung. Christlicher Glaube in moderner Gesellschaft*. T. 6, Herder, Freiburg i.Br., 1961, pp. 51 ss.

Sí educa la madre, el padre, el hermano, el amigo que acoge, ama a su hijo y así contribuye callada y continuamente a lo que en terminología técnica se denomina el segundo nacimiento.

Cinco etapas del segundo nacimiento

Después de los estudiosos de SPITZ y otras posteriores investigaciones (7), se considera el segundo nacimiento como algo básico para nuestro tema. En el primer nacimiento la madre saca el hijo a la luz; en el segundo nacimiento ella (ayudada por sus circundantes) introduce la luz en el interior del hijo.

La educación lograda — sobre todo la infantil — exige una relación interpersonal íntima, que libere al niño del mundo apetitivo-sensitivo de los animales, para instalarle en el mundo intelectual-volitivo de las personas..

El infante nace mucho menos terminado de lo que parece. Pero, después recibe un complemento, un troquelado definitivo, mucho antes de lo que suele creerse.

Los primeros meses y años del niño construyen unas estructuras psicológicas invariables en sus rasgos principales. Generalmente perdurarán hasta la tumba. La grandeza y responsabilidad materna (y paterna) consiste, más que en dar un cuerpo al hijo, en la posibilidad de socializarle, de pasarle de la mera tenencia del ser a la posesión de su personalidad, de capacitarle para desarrollar todas as reservas germinales de diálogo y comunidad que la naturaleza ha codificado en su pequeño cuerpo. Estos gérmenes son fecundos sólo si — y en tanto en cuanto — los anime la incubación del calor materno (y paterno y amical).

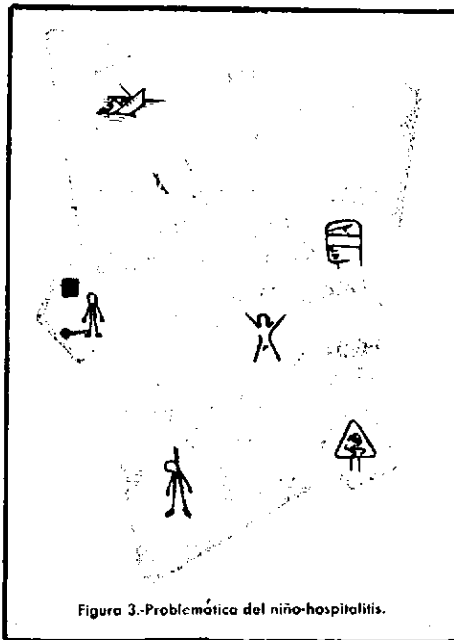
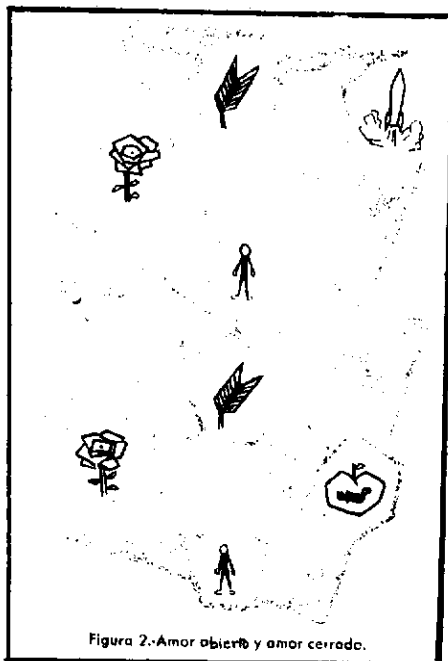
El niño que no “encuentra” a su madre aborta su segundo nacimiento. Cuando sea mayor carecerá de algo indispensable para vivir en armonía solidaria y festiva, creadora y responsable. Seguirá creciendo, aprendiendo conocimientos... pero egoísta, inseguro, solo, preso, intrascendente. En cambio, el niño acogido por su madre se desarrollará amoroso, seguro, solidario, libre, transcendente (8).

El primer nacimiento dura nueve meses; el segundo madura a través de cinco etapas en interrelación dialéctica, que podemos gráficamente expresar como cinco troquelados que después resultará casi imposible desdibujar.

(7) RENÉ SPITZ. *Die Entstehung der Ersten Objektbeziehungen*. Stuttgart, Klett, 1957. RENÉ SPITZ. *Nein und Ja. Die Ursprünge der Menschlichen Kommunikation*. Stuttgart, Klett, 1959. R. A. SPITZ. *El Primer Año de la Vida del Niño*. Madrid, Aguilar, 1977.

(8) GION CONDRAU. *Lebensphasen — Lebenskrisen — Lebenshilfen*, en *Christlicher Glaube in Moderner Gesellschaft*. T. 6, Herder, Freiburg i.Br., 1981, pp. 84 ss. Cfr. JULIO OLLACARIZQUETA POZA (psicólogo). Estudio sociológico sobre 62 menores internados en la Casa de Observación y Clasificación “Santo Cristo” de Bilbao. *Surgam Especial*, n. 2, mar./abr. 1983, pp. 14 ss.

Gráficos



1. Etapa primera: amor-egoísmo

El contacto, el encuentro físico y psíquico del niño con su madre (sus manos, sus ojos, sus pechos, sus labios, sus palabras. . .) no para sacar provecho, sino simplemente por el amor, por el bien de él, por sentirse casi una misma persona aunque separados. . . transfiere al infante un **humus** de fecundidad y solidaridad impar.

A través de esta relación íntima con su madre (y, en cierto sentido, también con otros cercanos seres queridos) el niño palpa el embrujo misterioso del amor y se convence experimentalmente de que esa realidad puede marcar el ritmo de toda su vida siguiente, y darle sentido incluso al sin-sentido.

Apoyándose y superando los estudios tradicionales de R. SPITZ, Ad. PORTMANN, ROF CARBALLO, MARTIN BUBER, GOLDSTEIN y tantos otros, LAIN ENTRALGO analiza el encuentro originario infantil con la madre que en unos casos sobrecompensa la influencia de la tara genética (madres delincuentes y presas), y en todos hace pasar de la "personalidad" a la "personalidad", en terminología de XAVIER ZUBIRI (9).

Antes que los psicólogos, pedagogos y criminólogos de nuestro siglo, ya el autor de La Eneida, al final de su Égloga IV, describió poéticamente la sonrisa del niño dirigida a distinguir a su madre:

Incipe, parve puer, risu cognoscere matrem

Empieza, niño, a conocer a tu madre con tu sonrisa.

LAIN ENTRALGO (10) subraya bellamente la importancia de este encuentro, esta relación íntima simbiótica del hijo con su madre: "No gozará de la mesa de los dioses ni del tálamo de las diosas quién en su primera infancia no haya sido enseñado a proferir la sonrisa".

La maduración que la sonrisa del niño experimenta durante el segundo semestre de su existencia puede considerarse quizás como la más primaria estructura de la relación personal de los valores éticos.

2. Etapa segunda: seguridad-miedo

La cercanía de la madre (y/o del padre) comunica al niño un sentimiento de seguridad, pone una roca debajo de sus pies, de tal manera que el niño se siente **tufus**, sin miedo a los enemigos de fuera. Y, además, se siente **securus**, sin preocupaciones internas, porque experimenta la vinculación con un ancla invisible debajo de las olas amenazadoras que se mueven en su espíritu.

Científicamente está comprobado que el amor materno es de primordial incidencia para el normal desarrollo de la personalidad del niño, de su

(9) PEDRO LAIN ENTRALGO. *Teoría y Realidad del Otro*. Madrid, Alia — Editorial, 1983, p. 515.

(10) PEDRO LAIN ENTRALGO. *Teoría y Realidad del Otro* . . . , pp. 518 ss.

inteligencia, de su afectividad y aun de su salud corporal. Aquí también se debe decir: **Mens sana in corpore sano.**

Los superadores de RENÉ SPITZ lanzan la barra más adelante. Ellos prueban que los niños recogidos en instituciones masivas, aunque en ellas reciban cuidados higiénicos muy superiores a los que recibirían en sus hogares, sin embargo caen víctimas de enfermedades por causas orgánicas (infecciones, etc.) mucho mayores que los niños acogidos en una atmósfera afectiva hogareña, aunque en condiciones higiénicas más deficientes. La mortalidad de los niños en tales instituciones alcanza también mayor volumen.

Estas diferencias brotan de la privación del afecto materno. Alguien ha dicho que la socialización materna, su troquelado imborrable, influye más que las vitaminas.

La importancia de la simbiosis madre-niño para la ulterior vida del hombre constituye, probablemente, el núcleo más interesante de toda la llamada patología psicosomática, que debería ampliarse incluso hasta la fisiología.

Sobran motivos para sospechar que una serie de enfermedades, como la colitis ulcerosa, la hipertensión maligna, el asma — por citar algunas — experimentan exacerbaciones y empeoramientos críticos en relación con circunstancias de la vida de los enfermos que implican una reavivación de la ruptura de la unidad madre-niño o de la urdimbre afectiva primaria ⁽¹¹⁾, y de posibles factores etiológicos de infracciones legales.

Por lo tanto, según los modernos médicos, psiquiatras, pedagogos y criminólogos, el niño abandonado, privado o alejado de la madre afectuosa y de sus atenciones, será mayor blanco de las enfermedades, y carecerá de la socialización, de la educación indispensable para vivir en armonía integradora con los demás.

3. Etapa tercera: solidaridad-soledad

El infante se conoce a sí mismo como persona ante, mediante, la llamada de su madre; ante, mediante, el diálogo con ella. Simultáneamente, a través de su palabra llega al conocimiento y respeto del otro como persona. A través del subjetivismo abierto de, con su madre llega también a la construcción de un **nosotros** que le introduce en la solidaridad.

En conversación callada, continua, con su madre, el hijo llega al rígido y feliz dilema: no puedo hablar, no puedo existir yo si no existe mi madre; si no existe (y acepto) mi sociedad.

Con otra terminología, la prevención general, con miras a que disminuya el número de delincuentes juveniles, ha de tomar medidas eficaces para que los niños, en su primera infancia, disfruten del encuentro maternal (en sentido estricto y en sentido amplio) que les facilite un pleno desarrollo

(11) PROF. CARBALLO. Medicina y actividad creadora. *Revista de Occidente*. 1964, pp. 338 s. — Urdimbre afectiva y enfermedad. Barcelona, Labor, 1961, p. 237.

corporal y espiritual para convivir dentro de una dinámica de creación solidaria, sin infracciones penales.

La delincuencia juvenil, como prueba A. MERGEN⁽¹²⁾, es un grito de los niños y de los semiadultos quejándose de la soledad, pidiendo solidaridad y afecto. Es su reproche inconsciente por la falta de estos valores comunitarios.

4. Etapa cuarta: libertad-prisión

Hablando con exactitud se puede afirmar que no hay libertad. Solo hay personas libres y/o encarceladas liberables⁽¹³⁾.

La madre, a través del parto, saca y libera al hijo del encerramiento en el claustro materno.

En el juego dual, del **tú** contrapuesto al **yo**, en el **nosotros**, la madre hace ser al hijo, y le hace ser libre. Le enseña a responder, a ser responsable.

Según indica RAYMOND BATTEGAY⁽¹⁴⁾, ya en la educación para el aseo, y en especial durante la edad de dos o tres años, puede observarse si el niño se somete al orden que se le impone, o si, por el contrario, desea imponer su propia voluntad a su madre y a las demás personas que se ocupan de él. La actitud de la madre y del padre respecto al niño durante este período de desarrollo ejerce gran influencia para su posterior comportamiento sadista, masoquista o delictivo.

5. Etapa quinta: trascendencia-animalidad

También podríamos decir que en esta etapa última se aboca ya a una convivencia o se cae en la criminalidad.

Nada impulsa tanto al hombre a superarse como el sentimiento de su religación contingente y dinámica, de su finitud y su creatividad. La madre comunica al hijo un movimiento de ser-excéntrico que busca su meta fuera de sí mismo (Lacan) disparado hacia Otro Ser que no cabe en el ser de nosotros. Testifican en este sentido los dibujos y las pinturas rupestres y religiosas en las cuevas de los hombres primeros en la historia.

La especialista MELAINE KLEIN, en sus obras **Tendencias Criminales en Niños Normales y Sobre la Criminalidad**⁽¹⁵⁾, insiste desde hace muchos años en la importancia de las más primitivas relaciones del niño con su madre como factores etiológicos de sus futuras acciones y actitudes delictivas por su super-yo severo en exceso que será el "responsable del comportamiento característico de personas asociales y criminales". Esta carencia

(12) A. MERGEN. "Kinderkriminalität". *Kriminalistik*, 33/9, 1979, pp. 389-403.

(13) XAVIER ZUBIRI. *Naturaleza, Historia, Dios*. 5.ª ed., Madrid. Nacional, 1963, pp. 387 s.

(14) RAYMOND BATTEGAY. *La Agresión ¿Es un Medio de Comunicación?* Trad. del alemán por A. GUERA MIRALLES. Barcelona, Herder, 1981. pp. 53 ss.

(15) MELAINE e KLEIN. *Tendencias Criminales en Niños Normales y Sobre la Criminalidad*. in: *Obras Completas*. Buenos Aires, Paidós, 1978. D. P. FARRINGTON, Family Backgrounds of Aggressive Youths. in L. A. HERSOV, M. BERGER y D. SHAFFER, editores. *Aggression and Anti-Social Behavior in Childhood and Adolescence*. Oxford, Pergamon Press, 1978.

afectiva materna aboca a una angustia que impulsa al niño a destruir sus objetos; esto lleva a un incremento de la propia ansiedad; y esto presiona al niño una vez más contra sus objetos. Este círculo vicioso constituye el mecanismo psicológico que parece estar en el fondo de las tendencias asociadas y criminales en el individuo.

Coinciden los tratadistas en considerar el perfil psicológico del terrorista como el de un inmaduro emocional y este infantilismo psíquico le hace presa fácil del líder (16).

Conclusión

Atinadamente recuerda ELOISA GARCÍA ETCHEGOYHEN DE LORENZO (Jefe de la Sección de Educación Especial del Instituto Interamericano del Niño) que "la historia de los programas de intervención temprana es bastante reciente, pero se perfilan cambios muy importantes en las modalidades de los servicios que integran y en su campo de acción.

En los programas que tienen lugar en los países desarrollados, es dable observar un distanciamiento entre la forma tradicional de encararlos y las orientaciones actuales. El centro de atención ha pasado de la Clínica al Hogar. Actualmente se busca que la familia y en particular la madre (en las primeras semanas de la vida) sea la mediadora del proceso habilitador. Es en el hogar donde se concentra la acción terapéutica, guiando apropiadamente las inter-acciones madre-niño-familia y las clínicas o centros preescolares (según la edad del niño) sirven de complementación" (17).

En sentido parecido, aunque desde un punto de vista más crítico y más de izquierdas, se expresan dos libros muy sugerentes recientemente publicados en el centro de Europa, de los cuales informa detalladamente ADELHEID MÜLLER-LISSNER en su artículo "Neue Kinder — neue Eltern. Zu zwei Neuerscheinungen über das Kinder-Haben", publicado en *Orientierung* (31 octubre 1983), pp. 27 s. Desde la perspectiva práctica interesa también conocer la actividad (y las lagunas) en esa línea de los grupos de tratamiento especial en los Centros de Reeducación de la República Federal Alemana (Cfr. Juan M.^a GARCÍA LATORRE, en *Surgam*, n.º 371 (mayo-junio 1983) pp. 35 ss.).

En resumen, podemos decir que la educación especial ha de iniciarse y potenciarse en la inicial relación interpersonal que genera un troquelado y una urdimbre afectiva de sentimientos, de amor y de sentido. Es la energía psíquica primitiva y universal, la más misteriosa y la más cotidiana, la más festiva y comprometida. Aboca a entender incluso el delito y la victimación, el dolor y la muerte. En ella vemos la prevención general más eficaz.

También interesa el segundo nacimiento en la problemática de la prevención especial, como indicaremos a continuación.

(16) JOSÉ A. GARCÍA-ANDRADE. *Raíces de la Violencia. Un Estudio sobre el Mundo del Delito*. Madrid, Diatribérica, 1982, pp. 311 ss.

(17) ELOISA GARCÍA ETCHEGOYHEN DE LORENZO. *Nuevas tendencias y responsabilidades de los especialistas de desarrollo infantil que trabajan con niños en riesgo biológico y sus familias*. Boletín del Instituto Interamericano del Niño, n. 216, ene.-jun. 1981, pp. 35 y ss.

C — EL TERCER NACIMIENTO EN CUANTO REPERSONALIZACIÓN DE LOS JÓVENES INFRACTORES

El suelo biológico sobre que va a constituirse la vida social del niño — si se quiere, la “prehistoria biológica” de la vida social — es un estado que oscila labilmente entre el placer y el desplacer vegetativos, entre la sonrisa beata de la saciedad y la caricia, y el llanto elemental del hambre o del frío.”

PEDRO LAIN ENTRALGO (Teoría y Realidad del Otro. Madrid, Alianza Editorial, 1983, p. 521).

Frente a las infracciones juveniles graves la sociedad debe reaccionar contra ellas con respuestas serias. Pero, antes y principalmente debe reflexionar sobre los efectos de la privación del amor materno para el niño, a la luz de las diversas ciencias del hombre. Debe hacer todo lo posible, algo nuevo, por evitar esta carencia esterilizante y criminógena. Cuando la sociedad “llege tarde”, y se encuentre con casos de desarrollo afectivo ya frustrado, debe procurar llenar esta laguna lo antes y lo mejor posible con métodos y técnicas que imiten, con la mayor fidelidad, las líneas de fuerza de las etapas del segundo nacimiento. Debe procurar lo que nos atrevemos a bautizar o etiquetar como el “tercer nacimiento”.

Las deficiencias importantes en la socialización inicial infantil pueden después compensarse más o -menos, aunque en opinión de SCHÜLER-SPRINGORUM ⁽¹⁸⁾, nunca pueden sustituirse plenamente.

Nosotros concedemos más posibilidades de éxito al tercer nacimiento. GÜNTER BLAU, estudiando el problema de los jueces y tribunales de ejecución de penas y medidas, habla de la conveniencia y posibilidad de destruir previos defectos en la socialización (*Sozialisations defekte abbauen*), a través de una socialización sustitutoria “*Ersatzsozialisation*” ⁽¹⁹⁾.

(18) HORST SCHÜLER-SPRINGORUM. Sozial auffällige Jugendliche. In: BERTHOLD SIMONSOHN, editor. *Jugendkriminalität, Strafjustiz und Sozialpädagogik*. Frankfurt am Main Suhrkamp, 1981, pp. 212 ss.

(19) GÜNTER BLAU, Das Vollstreckungsgericht. In: SCHWIND/BLAU. *Strafvollzug in der Praxis*. Berlin, Gruyter, 1976, p. 360. A. BERISTAIN, La delincuencia e inadaptación juvenil ante algunos criminólogos críticos y algunos moralistas postconciliares. In: *Cuestiones Penales y Criminológicas*. Madrid, Reus, 1979, pp. 481 ss.

En esa línea y en la línea que sugiere la exposición de los "principios de la terapia social", del establecimiento de Tegel⁽²⁰⁾, "nosotros defendemos un punto de vista, que expresa que todo comportamiento desviado, luego también todo comportamiento criminal, se basa en **perturbaciones de aprendizaje** en el proceso de socialización, y por ello, por principio, se puede transformar en uno socialmente pleno de sentido mediante un nuevo aprendizaje complementario o mediante desaprendizaje", en otras palabras, mediante el tercer nacimiento.

Nos apoyamos, por ejemplo, en la biografía de un gran vasco (no delincuente, pero sí repersonalizado, en el mejor sentido del término técnico)⁽²¹⁾ don MIGUEL DE UNAMUNO, quien, como repetidas veces escribió, consideraba a su mujer, Concepción Lizárraga, "mi Concha, la madre de mis ocho hijos y mi verdadera madre"⁽²²⁾.

Con extraño buen humor, en carta a su amigo Juan Ardazún, comenta el influjo beneficioso que ya ha empezado a ejercer ella en él, y que a lo largo de su vida seguirá ejerciendo. Ella siente gran alegría porque va consiguiendo "civilizarlo" a él. Don Miguel escribe así a su amigo: "No sabes tú lo que goza cuando le dicen que me ha pulido; que antes andaba hecho una facha, que ahora me remilgo un tantico más; cuando oye eso, se esponja como quien dice. "Ya ven ustedes, he domesticado al oso; muy pronto saltará el aro y bailará sobre el tonel; gruñendo, eso sí, siempre gruñendo; pero saltará y bailará. ¿Ustedes creen que se come los niños crudos? Quí! Le cojo de una oreja y va tan manso; si le riño me lame la mano; al pobre se le podría llevar con una baba de buey"...

Nunca olvido un día en que me puse a bailar; se desternillaba de risa; se gozaba en mi torpeza. Que me ha civilizado es indudable; pero aunque el oso es susceptible de cultura, queda siempre oso y yo siempre cuáquero...

Sin embargo voy civilizándome, ella me ha enseñado a saludar, a hablar con señoritas, me ha enseñado muchas cosas muy útiles y muy agradables, y las que aún me enseñará!"⁽²³⁾

En EUSKADI se ha subrayado tradicionalmente la incidencia efectiva de los padres y especialmente de la madre en toda la vida posterior de los hijos. En los poemas amorosos de nuestro pueblo vuelve el tema insistentemente de una manera impresionante y comprensible si tenemos en cuenta el anterior mundo comunal que ha dejado huella indeleble en nuestras estructuras mentales y sentimentales. La ausencia de la madre y de su cariño puede acarrear una deserotización vital y consiguiente resecamiento, así como su presencia obsesiva puede provocar asfixia y embarazo ante la vida⁽²⁴⁾.

(20) ANTONIO SANCHEZ GALINDO. *El Derecho a la Readaptación Social*. Buenos Aires, Dapalma, 1963, pp. 125 ss. HILDE KAUFMANN. *Ejecución Penal y Terapia Social*. Trad. de J. BUSTOS. Buenos Aires, Dapalma, 1979, pp. 321 ss. Cfr. FRIEDER DUNKL. *Methodische Probleme der Effizienzforschung bei Behandlungsmassnahmen im Strafvollzug, insbesondere der Sozialtherapie*. In: *Methodische Probleme der Behandlungsforschung — insbesondere in der Sozialtherapie*. Preparado por HELMUT KURY. Köln, Carl Heymanns, 1983, pp. 121 ss.

(21) JOSE LUIS L. ARANGUREN. Sobre el talante religioso de Miguel de Unamuno. In: *Catolicismo y Protestantismo como Formas de Existencia*. 3.ª ed., Madrid, Rev. de Occidente, 1963, pp. 193 ss.

(22) MIGUEL DE UNAMUNO. *Cómo se Hace una Novela*. Madrid, Castillo, 1968, p. 166. Algo parecido puede decirse de Gala y su "pequeñito mío" Dall.

(23) JUAN ARZADÓN y ZABALA. Miguel de Unamuno Intimo. Sur 119. Sep. 1944, pp. 34 y ss.

(24) Cfr. A. ORTIZ, F. K. MAYR. *El Matriarcado Vasco. Reinterpretación de la Cultura Vasca*. Bilbao, Univ. de Deusto, 1981, pp. 105 ss.

Recordemos un ejemplo de la coimplicación matriarcal que se presenta repetidamente como trasfondo de la vida amorosa en la poesía vasca. SERAFÍN BAROJA (1840-1912), padre de Pío Baroja, escribió:

Ah, qué dolor!

“¿Habré alguna vez, de niño
soñado en los brazos de mi madre?
Desde que crecí, ando por el mundo
detrás de un rostro,
mas siempre en vano! No lo encuentro
sino en mi pensamiento” (25).

Desde nuestra profesión jurídica y criminológica accedemos al campo del tratamiento del joven infractor para desear se fomenten, como lo hacen algunas Constituciones estatales, una más inteligente política familiar (en el sentido moderno de la palabra), con la protección especial de instancias privadas y públicas (26).

Muchos casos de incumplimiento de las atenciones debidas al hijo no están tipificados (ni deben estarlo) en el articulado del Código Penal. Los artículos 487 y ss. y 584 (n.ºs 5, 6, 8, 10, 11 y 12) se refieren a supuestos de abandono y asistencias de mayor gravedad. Algo parecido — no idéntico — se puede decir respecto a los malos tratos, órdenes, consejos o ejemplos corruptores previstos en el Código Civil (arts. 154, 161, 170, 237) (27) a que hace referencia el artículo 9 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores (Decreto de 11 de junio de 1948).

A la luz de las modernas doctrinas sobre la primera y segunda socialización (segundo y tercer nacimiento), urge una revisión y una reforma legislativa tendente a conseguir una mejor reglamentación de las relaciones familiares respecto a la función pedagógica que los padres deben ejercer en relación con sus hijos menores. Similarmente conviene renovar la normativa que clarifique, interprete y limite las facultades necesarias en las instituciones protectoras y reeducadoras pues corren peligro de abusar de su poder sobre la libertad y la personalidad de los menores. En este sentido formuló y aprobó una Resolución el grupo jurídico, que tuve el honor de dirigir en el “Seminario Internacional sobre la Protección Penal de la Infancia”, en el Instituto Superior Internacional de Ciencias Criminales de Siracusa, cuyo texto se transcribe en el Anexo (28).

No propugnamos cortar la evolución moderna de la vida familiar ni volver a la antigua gran familia patriarcal, sino fomentar todo lo posible la relación interpersonal dentro del calor “hogareño”. Deseamos colocar a la mujer en su sitio correspondiente, reconocerle todos sus derechos, hoy tan

(25) S. DE ONAINDIA. *Las Cien Mejores Poesías de Amor en la Lengua Vasca*, Bilbao, Gran Enciclopedia Vasca, 1975, n.º 55, p. 111.

(26) Constitución Española (1978) art. 39. Estatuto de Autonomía del País Vasco (1979), art. 10, n.º 39. A. BERJSTAIN. La protección a los niños difíciles y anormales en España. Consideraciones criminológicas. In: *Estudios Vascos de Criminología*. Bilbao, Mensajero, 1982, p. 451.

(27) Cfr. la reforma introducida por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, aparecida en el BOE, n.º 256, del 26 de diciembre de 1983.

(28) Véase el Anexo, al final. Cfr. también NACIONES UNIDAS. *Boletín Informativo sobre Desarrollo Social*. Viena, n.º 18, ene./jun. 1983, pp. 12 ss., 21 s. y 37.

pisoteados por los poderes políticos, sociales, económicos, religiosos, culturales...

El papel de la mujer en la sociedad tecnificada

El desorden social contemporáneo (con la subsiguiente delincuencia juvenil) brota, en parte, de la descolocación y alienación de la mujer. El legislador no debe pretender la igualdad de derechos en el binomio hombre-mujer, sino su equiparación. Equiparar es más que igualar; es poner a la par en espiral dialéctica, conscientes de que la construcción educativa debe apoyarse también en los conflictos: La mujer tiene que andar su camino; y el hombre el suyo, no el de ella. Caminos no coincidentes sino equiparados, paralelos. La igualdad mutua empobrece la fuerza armónica, social, sexual y cultural ⁽²⁹⁾.

JORGE GUILLÉN acierta cuando escribe:

EL CABALLERO

(En un café)

Hombres, todos: terrible "machedumbre".

La vida así no puede ser más fea.

Gracias a la mujer el hombre es hombre ⁽³⁰⁾.

La desalienación de la mujer nos parece necesaria. Pero, no su masculinización. Por desgracia, ésta avanza en más campos de lo debido, y con siniestras incidencias en los hijos. Esto se patentiza en varias investigaciones sobre el alcoholismo. Las mujeres jóvenes y las que consumen alcohol son las más inclinadas a dar alcohol a sus hijos pequeños ⁽³¹⁾.

Además, según diversos estudios, la carencia de afectividad en la infancia fomenta la drogodependencia ⁽³²⁾.

Hay que superar, en la mentalidad y en las costumbres españolas, la actitud educacional de que las mujeres deben prepararse y formarse para ser buenas amas de casa ⁽³³⁾. Afortunadamente, ya se va superando la mentalidad anterior tan atrasada, como se constataba en el Informe FOESSA, de 1976.

La mujer tiene que reencontrar su identidad, su puesto en los diversos campos pedagógicos y sociales. A ella le compete también reanimar las instituciones juveniles, formar parte en su consejo director y en su staff

(29) FRANZ-XAVER KAUFMANN. Zur gesellschaftlichen Verfassung der Ehe. *Christlicher Glaube in Moderner Gesellschaft*. T. 7, Herder, Freiburg i. Br., 1981, pp. 51 ss. KURT LUSCHER, FRANZ BÖCKLE, Familie un Wirtschaft. *Christlicher Glaube in moderner Gesellschaft*. T. 7, Herder, Freiburg i. Br., 1981, pp. 129 ss.

(30) JORGE GUILLÉN, Aire nuestro. Cántico. C'amor. Homenaje. Milán, All'insegna del Pesce d'Oro, 1988, p. 1618 (en 3ª Serie. Homenaje).

(31) F. ALONSO-FERNANDEZ. Alcohol-Dependencia. *Psiquiatría en la Sociedad*. Madrid, Pirámide, 1981, pp. 107 ss., 181 ss., 164, 203 ss.

(32) C. CARBONELL, E. GARCIA, J. RAMOS, B. RIOS, C. ALONSO. Relaciones familiares y sentimientos filiales en las drogodependencias. In: *Drogodependencias*. Actas del IX Congreso Inter. sobre prevención y tratamiento de las drogodependencias. Madrid, M.º de Sanidad y Seguridad Social, Instituto Nacional de Servicios Sociales, 1980, pp. 51 ss.

(33) JOSÉ JUAN TOSARIA. *Valores Básicos de los Adolescentes Españoles*. Madrid, M.º de Cultura, Dirección General de Juventud y promoción socio-cultural, 1982, pp. 69 ss.

de personal activo, etc., y — mirando al futuro — procurará su desinstitucionalización.

Todavía hoy, algunos centros reeducadores inculcan (quizás inconscientemente) en los niños una cosmovisión negativa de la convivencia en general, y de la convivencia bisexual en particular. Exageran el valor pedagógico de la soledad y del aislamiento (34). Es triste y también alegre oír cómo dentro de algunos internados, quienes allí pasan su juventud, se quejan de no poder convivir más con jóvenes de otro sexo. Lo negativo de estas críticas aparece a simple vista. Pero, bajo esta protesta subyace también algo positivo: es señal de que tales jóvenes no han sufrido — o han superado — el lavado de cerebro frecuente en algunas instituciones que prefieren la ausencia de problemas a la eficacia del tratamiento.

En tanto en cuanto la mujer (no castrada) se introduzca en los internados actuará como quinta columna, procurará su "desinstitucionalización". Como paso previo intensificará la relación del joven interno con sus familiares y amistades; no solo con sus padres y hermanos. Después reducirá el número de jóvenes en cada grupo para asimilar su "estructura" a la familiar; y finalmente pretenderá la desaparición, lo antes posible, de los internados para alcanzar mejor las metas de las respuestas a las infracciones, de los controles sociales, mediante tratamientos ambulatorios en libertad (35).

El art. 48 del Reglamento Penitenciario (Real Decreto de 8 de mayo de 1981) debe encontrar mayor y más eficaz eco en todas las instituciones, tanto en España como fuera de España.

Los controles sociales desde la pedagogía especial

Las metas de la sanción juvenil se diversifican como los colores del arco iris, pero coinciden en el fin primordial: repersonalizar a los jóvenes. Los acuerdos del Tribunal Tutelar de Menores, como las penas y las medidas penales de los semiadultos (de 16 a 21 años), reaparecen hoy con nueva mentalidad: educación y socialización que imite, en todo lo posible, la relación primigenia madre-hijo. Así lo recomiendan eminentes especialistas.

Las leyes y las prácticas judiciales y "reformadoras" de los Tribunales Tutelares de Menores deben enriquecerse con los descubrimientos psicológicos, médicos y pedagógicos. Los científicos de estas disciplinas deben contribuir a estos cambios sin brusquedad, con la serena reflexión, con adecuados razonamientos y con precisa formulación. No ha de pretender la medicina, ni la pedagogía, ni la psicología, un improcedente dominio sobre lo jurídico, sino sólo sensibilizarlo, humanizarlo positivamente, en sus líneas de fuerza y en sus aplicaciones concretas. Cada vez se hace más imperiosa la construcción de un derecho protector de los infractores especialmente en el campo juvenil; un derecho "pedagógico", repersonalizador

(34) JULIÁN DE AJURIAGUERRA. L'isolation, technique de guérison, règle de vie, voie de perfectionnement. *Revista Internacional de Estudios Vascos* (ene./jun. 1983).

(35) GÜNTER BLAU. Die Wechselbeziehungen zwischen Strafverteilung und Strafvollzug. *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*. N.º 6, dic 1977, pp. 330 y ss. A FIERRO. Investigaciones sobre los efectos de la institucionalización. *Sig'o Cero*. N.º 85, ene./feb. 1983, pp. 30 ss.

(en el mejor sentido de esta palabra), aunque resulte difícil de precisar y formular.

Acerca del influjo familiar tanto en la inadaptación y delincuencia como en la repersonalización de los niños y de los jóvenes se ha investigado bastante durante los últimos años en Alemania, llegando a conclusiones similares a las que aquí indicamos, por ejemplo, H. KAUFMANN (1977); DOLDE (1978), KAISER (1978), SEITZ y GÖTZ (1979), WOLLENWEBER (1980). Últimamente, recordamos el estudio de S. KOTZUR y E. RETZMANN (36).

En sentido parecido se manifiesta recientemente, entre nosotros, M. SANCHEZ CHAMORRO (37).

Las conquistas de las ciencias pedagógicas y psicológicas para el tratamiento de los jóvenes inadaptados prueban que la fórmula familiar difícilmente puede ser reemplazada con igual eficacia por otras fórmulas institucionalistas. Estas corren el peligro de la artificialidad. Las experiencias de su fracaso denotan su falta de autenticidad, su ausencia del verdadero sano realismo, su desmesurada fe en la ciencia, su demasiado tecnicismo, su complejidad administrativa, y la frialdad de su ambiente.

Muchos internos y presos, en sus conversaciones con los visitantes y en las cartas a sus amigos de verdad, les dicen con frecuencia: "Esto que te cuento te parecerá una tontería, una chiquillada, pero es que necesito desahogarme con alguien, y en mi vida solo te tengo a ti. Eres la única persona a quien me atrevo ha hablarle con total confianza".

Por la deficiencia del auténtico amor, que es el manantial de toda actividad y la fuerza motora de toda iniciativa pedagógica, esas instituciones abocan a resultados negativos. Casi nos atrevemos a transcribir la frase de un criminólogo que habla de centros donde se trata a los niños como si fueran ganado o máquinas.

Si nos apoyamos en el campo sociológico atisbamos que en los primeros meses (tiempos) de la infancia se articula la urdimbre afectiva del niño a la sombra de la madre. En los supuestos en que resulte defectuosa esa deseada estructuración, los psiquiatras, los sociólogos y los criminólogos necesitan mucha ciencia y paciencia para lograr que ese hueco, ese desorden primario pueda también posteriormente colmarse, reordenarse con formas miméticas del segundo nacimiento, con formas auténticas de amor al cercano, con lo que hemos decidido llamar "tercer nacimiento".

Quienes carecen del segundo nacimiento crecen en la discordia, el odio latente, la inadaptación interna que aherroja e invalida tantas vidas.

(36) SABINE KOTZUR y EDITH RETZMANN. Familiäre Interaktion und Delinquenzentwicklung bei Kindern — Planung eines Elternkurses zur Delinquenzrisikoverminderung — In: HELMUT KURY editor, Prävention Abweichenden Verhaltens — Massnahmen der Vorbeugung und Nachbetreuung. Berlin — Bonn — München, Carl Heymanns, 1982, pp. 210 ss.

(37) M. SANCHEZ CHAMORRO. Psicoterapia Dinámica en la Delincuencia Juvenil. Barcelona, Herder, 1981, pp. 33 ss.

La inagotable fuente creadora del amor borra aun esos tatuajes aparentemente indelebles como son, según indicábamos antes al hablar de las cinco etapas, el egoísmo, el miedo, la soledad, la prisión, la animalidad.

En el tercer nacimiento podemos disponer del mayor recurso que posee la naturaleza para clarificar nuestras convicciones centrales, para corregir las desviantes ideas provenientes del siglo XIX que se han adueñado de las mentes en gran porcentaje. Además, ya que no basta con las ideas básicas, el tercer nacimiento llega a la configuración educacional de básicos generosos sentimientos. Para lograrlo, resulta elemental el concurso de la influencia materna. Por este camino simbiótico se alcanza más eficazmente la trasmisión de nobles valores que constituyen la base y la cumbre de la pedagogía especial (38).

La continua androgénesis reconocida por la moderna antropología patentiza que nunca llega tarde este nuevo tercer nacimiento.

Como fruto de su experiencia, J. DE AJURIAGUERRA ve al niño (y también, en su tanto, al adulto) no como un ser pasivo portador de su filogénesis sino como un ser creador de lo imposible (39). El amor, como afirma TEILHARD DE CHARDIN, contiene la más universal, la más formidable, la más victoriosa de las energías cósmicas: la energía psíquica primitiva y universal (40). Y la forma más universal y primitiva del amor es la madre. Pero no es la única. A quien ella — la madre en alguna de sus varias encarnaciones — encuentra, se hace persona afectiva, solidaria, que además de vivir sabe convivir entre — sobre — los conflictos de contrarios irreconciliables.

Desde la Ontología nos aclara SCHUMACHER (41) como a lo largo de toda nuestra vida nos hemos enfrentado a la tarea de reconciliar contrarios que, en pensamiento lógico, no pueden ser reconciliados. Los problemas típicos de la vida no tienen solución en el nivel del ser en el cual nos encontramos normalmente. ¿Cómo podemos reconciliar las exigencias de la libertad y de disciplina en la educación? Innumerables madres y maestras, en realidad, lo hacen, pero ninguna puede escribir la solución. Ellas lo logran introduciendo en la situación una fuerza que pertenece a un más alto nivel que trasciende a los opuestos: el poder del amor.

Podemos terminar estas reflexiones como termina GIBRAN KHALIL GIBRAN su libro más importante (42). Cuando el profeta hace una señal a los marinos, éstos levantan el ancla, sueltan las amarras y reman hacia el

(38) Cf. E. F. SCHUMACHER. *Small is Beautiful*. Capítulo 6. Hay traducción castellana de O. MARGENET. Madrid, H. Blume, 1982, 5.ª ed., pp. 67 ss.

(39) J. DE AJURIAGUERRA. L'inné et l'acquis dans le développement de l'enfant. In: *La Psychiatrie de l'Enfant*. Paris, Presses Universitaires de France, 1973, pp. 269 ss., especialmente p. 290.

(40) TEILHARD DE CHARDIN. *L'Energie Humaine*. Paris, Seuil, 1962, pp. 40 ss. ROYO VILLANOVA MORALES. Amor y criminología. In: *Estudios Penales*. Bilbao, Univ. de Deusto, 1965, pp. 653-668.

(41) E. F. SCHUMACHER. *Lo Pequeño es Hermoso*. Trad. de Oscar Margenet. 5.ª ed., Madrid, H. Blume, 1982, p. 82.

(42) GIBRAN KHALIL GIBRAN. *El Profeta*. Trad. JOSÉ M. VERGARA. Barcelona, Pomaró, 1976 pp. 131 y s.

Este. Solamente Almitra permaneció silenciosa contemplando el navío hasta que desapareció en la bruma.

Y aún cuando todos se habían dispersado, ella todavía estaba ahí, sola, de pie sobre el muelle, recordando en su corazón las últimas palabras de Al-Mustafá:

“Sólo un instante más, un sólo momento de reposo en el viento, y otra mujer me concebirá”.

ANEXO (+)

RESOLUCIÓN del “Seminario Internacional sobre la Protección Penal de la Infancia”. Siracusa, septiembre de 1979.

RESOLUCIÓN acerca de los problemas jurídicos en “La protección penal de los niños” que aceptó por unanimidad el “Seminario Internacional” organizado por la **Asociación Internacional de Derecho Penal**, en Siracusa, en el Instituto Internacional de Ciencias Criminales, del 25 a 30 de septiembre de 1979.

Considerando las deficientes fuentes históricas respecto a la eficacia disuasiva de las sanciones penales que reprimen los malos tratamientos infligidos a los menores, se desea un estudio profundo relativo a los efectos obtenidos en la historia y en la actualidad mediante las medidas penales de protección del menor,

Reconociendo la necesidad de distinguir entre los “adultos” y los “menores” en cuanto a su capacidad de responsabilidad penal,

Considerando las diferencias posibles respecto a las condiciones biopsicológicas del sujeto infractor y las respectivas normas legales de los límites de edad en cuanto a la responsabilidad penal, se desea promover los estudios y las investigaciones que tengan por finalidad clarificar las relaciones entre la edad cronológica del menor y las condiciones elementales para ser declarado penalmente responsable, así como para individualizar las respuestas jurídicas alternativas que tengan en cuenta las condiciones de desarrollo biológico, psicológico e intelectual en las cuales el menor se encuentra,

Considerando que los abusos de poder familiar constituyen un peligro de desequilibrio en las relaciones entre los padres y los hijos menores,

Considerando que también en el campo institucional de reeducación y de tratamiento existen posibilidades de abuso de poder,

Se solicita: 1) una revisión rápida y un eventual desarrollo legislativo con miras a una mejor reglamentación de las relaciones familiares, en cuanto a la función pedagógica que los padres deben ejercer respecto a sus hijos menores; 2) una reglamentación adecuada que clarifique, interprete y limite los poderes de las instituciones que llevan a cabo la educación, con el fin de asegurar el más absoluto respeto a la libertad y a la personalidad de los menores.

(*) Cfr. *Revue Internationale de Droit Pénal*, números 3 y 4 (1979), p. 837.

O novo Código Penal

Principais inovações

LICÍNIO LEAL BARBOSA

Livre-Docente de Direito Penal. Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás — UFG

SUMARIO

1. *Introdução*
2. *Estrutura*
3. *Aplicação da lei penal*
4. *Do crime*
5. *Imputabilidade penal*
6. *Do concurso de pessoas*
7. *Das penas, em geral*
8. *Penas privativas de liberdade*
9. *Das penas restritivas de direitos*
10. *Prestação de serviços à comunidade*
11. *Interdição temporária de direitos*
12. *Limitação de fim de semana*
13. *Da pena de multa*
14. *Cominação das penas*
15. *Aplicação da pena*
16. *Crime continuado*
17. *Suspensão condicional da pena*
18. *Do livramento condicional*
19. *Efeitos da condenação*
20. *Da reabilitação*
21. *Medidas de segurança*
22. *Extinção da punibilidade*
23. *Da prescrição*
24. *Do perdão judicial*
25. *Considerações finais*

A matéria ora refundida foi originariamente publicada, em série de vinte artigos, na coluna "Direito e Justiça" de *O Popular*, Goiânia-GO.

1. *Introdução*

A saga do novo Código Penal brasileiro, recentemente promulgado, na sua Parte Geral, pela Lei nº 7.209, de 11 de julho deste ano, publicada no *Diário Oficial* da União, de 13 do mês em foco — se inicia, oficialmente, nos primórdios dos anos sessenta, quando, em 1961, o então Presidente Jânio Quadros incumbiu o saudoso Ministro Nelson Hungria de elaborar o Anteprojeto de um Código Penal que correspondesse, cerca de vinte anos após a vigência do Código Alcântara Machado, às expectativas da consciência jurídica, hodierna, em todo o País. Aceita a incumbência, o Anteprojeto seria apresentado dois anos após, já no Governo João Goulart, a partir de quando, publicado para receber sugestões, seria objeto da mais acendrada discussão que uma proposta de diploma legal, no âmbito penal, já provocou entre nós.

Logo no primeiro ano do ciclo revolucionário de 1964, o saudoso Ministro Milton Campos designou uma Comissão Revisora, composta do próprio Nelson Hungria, e dos penalistas Aníbal Bruno e Heleno Cláudio Fragoso. Comissão que o Ministro Luiz Antônio da Gama e Silva refundiria, com a finalidade específica de oferecer ao Governo a redação final do Anteprojeto, constituída de Benjamin Moraes Filho, Heleno Cláudio Fragoso e Ivo D'Aquino. Dessa ilustre Comissão, sairia o texto promulgado pelo Decreto-Lei nº 1.004, de 21-10-1969, que, pelo seu art. 407, deveria entrar em vigor a 1º de janeiro de 1970. Todavia, pela Mensagem nº 260, de 22-8-73, o Presidente Emílio Médici, sendo Ministro da Justiça Alfredo Buzaid, propôs ao Congresso Nacional a reformulação do chamado Código de 1969, proposta que resultou na Lei nº 6.016, de 31-12-73, que lhe alterou vários dispositivos. A seguir, viriam as leis proteladoras de início de vigência daquele diploma: Lei nº 5.573, de 1º-12-69; Lei nº 5.597, de 31-7-70; Lei nº 5.749, de 1º-12-71; Lei nº 5.857, de 7-12-72; Lei nº 6.063, de 27-7-74, que condicionou a vigência daquele diploma à vigência do novo Código de Processo Penal, ainda em elaboração. Finalmente, a Lei nº 6.578, de 11-10-1978, que, expressamente, revogou o Código de 1969 e as leis que o alteraram.

A Lei nº 7.209/84, que passarei a abordar — cujo art. 5º prevê sua vigência a partir de 13 de janeiro de 1985 —, tem sua gênese na Portaria nº 1.043, de 27-11-80, do Ministro Abl-Ackel, constituindo uma Comissão composta de Francisco de Assis Toledo (Presidente), F. de Assis Serrano Neves (de saudosa memória), Ricardo Antunes Andreucci, Miguel Reale Jr., Hélio Fonseca, Rogério Lauria Tucci e René Ariel Dotti, a qual apresentaria, a 18 de fevereiro de 1981, ao Ministro da Justiça, o Anteprojeto da Parte Geral. Trabalho que seria revisto por uma nova Comissão constituída de Francisco de Assis Toledo, Dínio de Santis Garcia, Jair Leonardo Lopes e Miguel Reale Jr.

2. *Estrutura*

O chamado novo Código Penal, recentemente promulgado pela Lei nº 7.209, de 11-7-84, não é, em verdade, um novo diploma legal, mas o mesmo Código Alcântara Machado, de 1940 — profundamente alte-

rado, embora com a mesma estrutura. Com efeito, já a ementa da referida lei em foco autoriza esta ilação: "Altera dispositivo do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 — Código Penal, e dá outras providências".

Contém o novo diploma penal cinco artigos: a) no art. 1º — dá nova redação aos cento e vinte artigos que compõem a Parte Geral do vigente Código Penal, distribuídos por oito Títulos, cuidando dos mesmos temas e, basicamente, adotando a mesma terminologia, exceto o título III, "Da Imputabilidade Penal" (em vez de "Da Responsabilidade"), e o Título IV, "Do Concurso de Pessoas" (em vez de "Da Co-Autoria"); b) o art. 2º cancela, na Parte Especial do Código Penal vigente, e nas leis penais especiais, "quaisquer referências a valores de multas, substituindo-se a expressão *multa de por multa*" (grifos no original); c) o art. 3º, *caput*, da Lei nº 7.209/84, assinala que, "dentro de um ano, a contar da vigência desta Lei (ou seja, a partir de 13 de janeiro de 1985), a União, Estados, Distrito Federal e Territórios tomarão as providências necessárias para a efetiva execução das penas restritivas de direitos (que são "prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana"), sem prejuízo da imediata aplicação e do cumprimento dessas penas onde seja possível". No parágrafo único desse artigo (3º), é explicitado que, "nas Comarcas onde ainda não for possível a execução das penas previstas nos incisos I e III do art. 43 do Código Penal (que dispõem sobre a "prestação de serviços à comunidade" e a "limitação de fim de semana"), poderá o Juiz, até o vencimento do prazo de que trata este artigo (ou seja, no *prazo de um ano*), optar pela concessão da suspensão condicional, observado, no que couber, o disposto nos arts. 77 (que cuida dos "requisitos da suspensão da pena") a 82 (ou seja, toda a matéria concernente, no novo Código, ao *sursis*); d) o art. 4º estabelece que "o Poder Executivo fará republicar o Código Penal com seu texto atualizado"; e) e o 5º e último artigo da Lei nº 7.209/84 trata da *vacatio legis*, de seis meses, pelo que essa lei, como já destacado, entrará em vigor a 13 de janeiro de 1985. Melhor seria que houvesse estabelecido, como o fez o Decreto-Lei nº 2.848/40, no seu art. 361, que o novo Código entraria em vigor a 1º de janeiro (aquele Código passou a vigorar, como é sabido, a 1º de janeiro de 1942, embora promulgado a 7-12-1940).

Em suma: dos cinco artigos que compõem a Lei nº 7.209/84, um (o art. 1º) altera toda a Parte Geral do Código Penal de 1940; dois (o 2º e o 4º) são *disposições gerais*; um outro (o art. 3º e seu parágrafo único) são *disposições transitórias*; e o último, (o 5º) constitui *disposições finais*.

3. Aplicação da lei penal

Primeiro título do Código, é matéria da maior significação, eis que cuida não só de como a lei deve ser aplicada, com relação à Parte Especial, principalmente no que concerne às leis penais especiais. Tanto a infrações praticadas no Brasil, como às praticadas no exterior. Trata da lei penal, no tempo e no espaço. Principais inovações — as refe-

rentes ao *tempo* do crime, ao *lugar* do crime, à territorialidade, e à extraterritorialidade.

I — *Tempo do crime* — O novo Código disciplina a matéria no art. 4º, com a seguinte redação: “Considera-se praticado o crime no *momento da ação ou omissão*, ainda que outro seja o momento do resultado”. (Grifou-se). Consagrou, assim, a teoria da *atividade*. O instituto tem significação de cunho prático, eis que, nos crimes não instantâneos, um pode ser o momento dos *atos executórios*, e outro o da *consumação*. E, entre um e outro momentos, pode mudar a lei. Não confundir o *tempo do crime* ou *tempus delicti*, com o instituto da *lei penal no tempo*, que o novo Código define no art. 2º, basicamente com o mesmo conteúdo da matéria no Código Penal vigente. O instituto da *lei penal no tempo* dispõe que “ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”. Enquanto que, sob o mesmo *nomen juris* — “a lei penal no tempo” —, o art. 2º do Código Penal vigente se refere “ao fato julgado por sentença condenatória *irrecorrível*”. (Grifou-se.)

II — *Lugar do crime* — O Código Penal vigente descreve, inadequadamente, o *locus delicti*, no art. 4º, confundindo o instituto com o da *territorialidade*. O novo Código Penal (Lei nº 7.209/84) distinguiu ambos os institutos. Previu o *lugar do crime* no art. 6º: “Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.” É a consagração do princípio da *universalidade* ou da *justiça universal*.

III — *Territorialidade* — O novo Código previu o instituto no art. 5º: “Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional.” É princípio que caracteriza a soberania nacional. Neste particular, houve avanços consideráveis, nas previsões dos §§ 1º e 2º, onde se equiparam a *território nacional* as “embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do Governo brasileiro, onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto mar” (§ 1º/art. 5º). Bem assim se considera *extensão* do território nacional tanto as *aeronaves* quanto as *embarcações* estrangeiras, mas de propriedade privada, desde que aquelas estejam “em pouso no território nacional ou em vôo no espaço aéreo correspondente, e estas em porto ou mar territorial do Brasil”. É o chamado território nacional, *por extensão*.

IV — *Extraterritorialidade* — É o prolongamento do território nacional, além das hipóteses assinaladas no princípio da *territorialidade*, *por extensão*. Pelo princípio da *extraterritorialidade*, aplica-se, igualmente, a lei brasileira, mesmo ao crime cometido fora do território nacional. O novo Código Penal introduziu algumas inovações. Por exemplo, estarão sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: a) os crimes contra a sociedade de economia mista, autarquia ou fun-

dação instituída pelo Poder Público (art. 7º, inc. I, letra b, *in fine*); b) “o genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil” (a matéria era prevista em lei especial, a Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, não prevendo o crime o Código Penal vigente); c) os crimes “praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados”.

V — *Outras considerações* — Ainda quanto à aplicação da lei penal, o novo Código traz algumas inovações: a) a sentença penal estrangeira não mais tem efeito quanto a *penas acessórias*, que deixam de existir; b) quanto a pena pecuniária, são desprezadas as *frações de cruzetros*, em vez de *centavos*, como no Código Penal vigente.

4. Do crime

O Título *Do Crime* que, na Lei nº 7.209/84, está distribuído do art. 13 ao art. 25, inclusive, teve, nessa nova codificação, tratamento especial. Com efeito, várias foram as inovações: a) superveniência de causa *relativamente independente*; b) relevância da omissão; c) arrependimento posterior; d) agravação pelo resultado; e) erro sobre elemento do tipo; f) erro sobre a ilicitude do fato; g) erro evitável; h) excesso punível.

I — *Superveniência de causa relativamente independente* — No § 1º do art. 13, o novo Código dirime, de vez, a dúvida a propósito da superveniência de causa, à prática do crime. Se a *causa superveniente* ao fato criminoso é *relativamente independente*, excluída estará a imputação quando, por si só, produziu o resultado. Somente se imputam ao agente “os fatos anteriores”.

II — *Relevância da omissão* — Norma explicativa, está prevista no § 2º do referido art. 13, com vistas à explicitação do que seja omissão penalmente relevante: “... Quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado” (§ 2º/art. 13, primeira parte). “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” (§ 2º, segunda parte, do art. 13).

III — *Arrependimento posterior* — Como o próprio nome indica, trata-se de hipótese em que o agente, após praticar o crime “sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou queixa, por ato voluntário do agente”, está a merecer tratamento especial, perante o órgão jurisdicional. Verificado que o agente, após o crime, se arrependeu; e manifestou, por atos inequívocos, seu arrependimento, nas hipóteses assinaladas — “a pena será reduzida de um a dois terços”, como se fora mera *tentativa* criminosa.

IV — *Agravação pelo resultado* — Trata-se dos *crimes qualificados pelo resultado*, também chamados *preterintencionais*. Como, no Código

Penal vigente, a matéria ficou dubiamente situada, levando à conclusão de que o Código de 40 previu ou admitiu a *responsabilidade objetiva*, é que o novo Código explicitou que, “pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos *culposamente*” (grifou-se). Ou seja, quando tenha agido com culpa, *stricto* ou *lato sensu*. Sem o que, o resultado mais grave não agrava a pena (art. 19).

V — *Erro sobre elemento do tipo* — É o erro de tipo, da doutrina alemã (Tatbestandsirrtum). Prevê que o “erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei” (art. 20, *caput*). No § 1º, sob o *nomen juris* “descriminantes putativas”, prevê, o novo Código, hipótese disciplinada no Código Penal vigente, no art. 17, *caput*, sob a denominação de *erro de fato*. E no § 3º do mesmo art. 20, o novo Código disciplina o “erro sobre a pessoa”, espécie de *aberratio*, ou, especificamente, *aberratio personae*, que o Código Penal de 40 situa no art. 53, segunda parte, no capítulo da *aplicação da pena*.

VI — *Erro sobre a ilicitude do fato* — Está cristalizado no art. 21, *caput*. É o erro de proibição, da moderna doutrina alemã (Verbotsirrtum), que o Código Penal vigente, no art. 16, define como “ignorância ou erro de direito”, de certa forma inadequadamente. Mas inova, quando dispõe que “o erro sobre a ilicitude do fato, se *inevitável*, isenta de pena; se *evitável*, poderá diminuí-la de um sexto a um terço” (grifou-se). E, no parágrafo único do mesmo art. 21, define o *erro evitável* “... Se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência”.

VII — *Excesso punível* — Pelo Código Penal vigente, só é punível o *excesso culposo*, e quando se trate da *legítima defesa* (art. 21, parágrafo único). O novo Código Penal inova, prevendo tanto o *excesso culposo*, quanto o *doloso*. Não exclusivamente no caso de *legítima defesa*, mas, igualmente, das *outras causas* de “exclusão de ilicitude”: estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal, exercício regular de direito.

Inovações que merecem aplauso.

5. *Imputabilidade penal*

Deste instituto, o novo Código trata, no Título III, sob idêntica epígrafe, nos arts. 26 *usque* 28. Houve, aqui, alteração da terminologia, no que tange ao Código Penal de 40, que preferiu a epígrafe “da *responsabilidade*” — expressões que não são, propriamente, sinônimas. Eis que a *imputabilidade* é pressuposto da *responsabilidade* penal.

Principal inovação: adotou, o novo Código, o *sistema vicariante*, isto é, o agente ou responde pela *pena*, ou se lhe aplica uma *medida de segurança*. Em lugar do *sistema do duplo binário*, adotado pelo Código de 40 — que autoriza a aplicação de *pena e medida de segurança*, simul-

taneamente, ao condenado. O art. 26, *caput*, que define a *inimputabilidade absoluta*, deve ser examinado em confronto com o art. 97, *caput*, que preconiza a *internação* “em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado”. Essa *internação*, contudo, pode ser substituída por *tratamento ambulatorial* — ambas, medidas de segurança — “se o fato previsto como crime for punível com detenção”. Se, por outro lado, o agente for *relativamente inimputável* — hipótese prevista no parágrafo único do art. 26 — e o condenado necessitar “de especial tratamento curativo, a pena privativa da liberdade pode ser substituída pela *internação*, ou *tratamento ambulatorial*, pelo prazo mínimo de um a três anos”, *ex vi* do art. 98 do novo diploma. Essa substitutividade da *pena* pela *medida de segurança* constitui medida *alternativa*, que abre ao magistrado um mais amplo campo de manobra, permitindo-lhe individualizar adequado tratamento penal ao condenado.

6. *Do concurso de pessoas*

O instituto que, no Código de 40, tem o *nomen juris* de “co-autoria”, é tratado no *Título IV*, arts. 29 *usque* 31. Essa alteração terminológica é mais que mera mudança formal. Com ela, pretende, o novo Código, romper com a teoria *monística*, do Código de 40, distinguindo entre *autoria* e *participação*. Na Exposição de Motivos, o Ministro Abi-Ackel afirma: “...A co-autoria não esgota as hipóteses do *concursum delinquentium*”.

Como corolário dessa postura doutrinária, o novo diploma estabelece que cada agente responde penalmente, “na medida de sua culpabilidade” (art. 29, *in fine*). Doutra parte, fixa que “se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço” da pena cominável ao agente principal, ou autor (art. 29, § 1º).

Por fim, desloca do Capítulo “Da Aplicação da Pena” — art. 48, parágrafo único, do Código de 40 — para o título em foco (Do Concurso de Pessoas), a “atenuação especial da pena”, na hipótese de “algum dos concorrentes” ter querido “participar de crime menos grave”. Caso em que “ser-lhe-á aplicada a pena deste” (art. 29, § 2º, primeira parte). Se era “previsível o resultado mais grave”, a “pena será aumentada de metade” (art. 29, § 2º, segunda parte).

7. *Das penas, em geral*

Este, o centro das inovações introduzidas pelo novo estatuto penal. Dedicou-lhe a Lei nº 7.209/84 os arts. 33 *usque* 95, inclusive — todo o *Título V, Das Penas*.

Logo de início, uma alteração, quanto às espécies de penas: a *eliminação das penas acessórias*. Assim, desaparece a dicotomia existente no Código Penal vigente — que estabelece a grande divisão das penas entre *principais* e *acessórias*. E as primeiras, subdividindo-se em reclusão, detenção e multa (art. 28). Em vez disso, o novo estatuto penal, no art. 32,

dispõe: “As penas são: I — privativas de liberdade; II — restritivas de direitos; III — de multa”.

8. *Penas privativas de liberdade*

São as penas tradicionais de *reclusão* e *detenção*. Mas aqui já começam as primeiras alterações. Dispõe o art. 33 que “a pena de *reclusão* deve ser cumprida em *regime fechado*, *semi-aberto* ou *aberto*. A de *detenção* em regime *semi-aberto* ou *aberto*, salvo necessidade de transferência a regime fechado”. (Grifou-se.) Isto quer dizer que, em princípio, a detenção não será, salvo excepcionalmente, cumprida em regime fechado. Por *regime fechado*, entende-se “a execução da pena em estabelecimento de *segurança máxima* ou *média*”. (Grifou-se. Art. 33, § 1º, a.) Considera-se *semi-aberto* o regime em que “a execução da pena” se verifica “em Colônia Agrícola, industrial ou estabelecimento similar” (grifou-se/art. 33, § 1º, b). Já o regime *aberto* é aquele no qual “a execução da pena” se dá “em *casa de albergado* ou estabelecimento adequado” (grifou-se/art. 33, § 1º, c).

Preconiza-se a *progressividade* no cumprimento das penas privativas da liberdade, partindo-se do regime *fechado*, passando pelo *semi-aberto*, até chegar ao regime *aberto*. Em princípio, “o condenado a *pena superior a oito anos* deverá começar a cumpri-la em regime *fechado*”; se não se trata de reincidente, o condenado a pena “*superior a quatro anos e (que) não exceda a oito*, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime *semi-aberto*”; por último, se se trata de não reincidente, condenado a pena “*igual ou inferior a quatro anos*, poderá, desde o início, cumpri-la em regime *aberto*”. (Grifou-se/art. 33, § 2º, letras a, b e c). Os critérios, para verificar-se qual o *regime inicial*, estão delineados no capítulo “Da Aplicação da Pena”, arts. 59 *usque* 76, e levarão em conta, igualmente, o “comportamento da vítima”, ao mesmo tempo que os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, além dos motivos, circunstâncias e conseqüências do crime.

Se o condenado for cumprir a *reclusão* inicialmente em regime *fechado*, submeter-se-á a “*exame criminológico* de classificação para individualização da execução” (art. 34). (Grifou-se.)

Admite-se “o trabalho externo (...) no regime *fechado*”, no serviço ou obras públicas (grifou-se). Se se trata de condenado sujeito ao regime *semi-aberto* — devendo, pois, cumprir a pena em “Colônia Agrícola, industrial ou estabelecimento similar”, além do trabalho externo — como direito, o sentenciado poderá freqüentar “cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior” (art. 35 e §§ 1º e 2º).

O regime *aberto* não tem qualquer aparato policial nem restritivo da liberdade, baseando-se “na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado” (art. 36, *caput*).

Deu-se especial destaque aos *direitos do preso*: “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a

todas as autoridades o *respeito à sua integridade física e moral*" (grifou-se/art. 38). Como desdobramento desta previsão, assegura, o novo estatuto, a remuneração do trabalho do presidiário, garantindo-se-lhe "os benefícios da Previdência Social" — direitos que, todavia, deverão ser regulamentados por "legislação especial" (arts. 38 *usque* 40).

O Código Penal vigente, no seu art. 30 e §§ 1º *usque* 7º, com as alterações introduzidas pela Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, já previa alguns dos preceitos que o novo estatuto penal estabelece como inovações. Todavia, com uma impropriedade gritante: é que o art. 30, referido, § 6º, prevê que "deverão ser regulamentadas por *lei local* ou, à sua falta, por provimento do Conselho Superior da Magistratura ou órgão equivalente" as concessões outorgadas pelo Juiz ao condenado. Pois é sabido que constitui competência privativa da União legislar sobre *regime penitenciário, ex vi* do art. 8º, inc. XVII, letra c, *in fine*, da Constituição federal vigente.

9. *Das penas restritivas de direitos*

Outra inovação significativa, introduzida pela Lei nº 7.209/84. No art. 43, o novo Código define as *penas restritivas de direitos*: I — prestação de serviços à comunidade; II — interdição temporária de direitos; III — limitação de fim de semana. Guardam estreita relação com as *penas acessórias* do Código Penal vigente, alinhadas no art. 67: I — a perda de função pública, eletiva ou de nomeação; II — as interdições de direitos; III — e a publicação da sentença. Mas divergem destas — que somente se aplicam cumulativamente com as *penas principais*, reclusão, detenção e multa. Enquanto as *penas restritivas de direitos* são "autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I — aplicada pena privativa de liberdade inferior a um ano ou se o crime for culposos; II — o réu não for reincidente; III — a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente" (art. 44, *caput*). Essa *substitutividade* das *penas privativas* da liberdade, pelas *restritivas* de direitos, é uma das características fundamentais das novas espécies de penas. O que lhes dá uma conotação de medidas alternativas.

Doutra parte, o inverso também pode verificar-se, ou seja, a *conversão* das *penas restritivas de direitos* em *penas privativas da liberdade*. Isso ocorre quando: "I — sobrevier condenação, por outro crime, a pena privativa de liberdade cuja execução não tenha sido suspensa; II — ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta" (art. 45).

10. *Prestação de serviços à comunidade*

Esta espécie de pena *restritiva* de direitos "consiste na atribuição ao condenado de *tarefas gratuitas* junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais" (art. 46, *caput*). (Grifou-se). A atribuição dessas tarefas deve levar em conta "as *aptidões do condenado*, devendo ser cumpridas durante *oito horas semanais*, aos sábados, domingos e

feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho” do condenado (grifou-se). (Art. 46, parágrafo único.) Com isso, pretende, o novo estatuto penal, que o cumprimento da pena tenha, efetivamente, um verdadeiro sentido social, para que possa, o condenado, com a punição, restituir à sociedade um valor dela subtraído com a prática criminosa.

Também leva em consideração o trabalho realizado pelo preso na comunidade em que tenha seu domicílio — a fim de não retirá-lo de seu meio ambiente. Ao tempo em que executa suas tarefas profissionais, rotineiramente, cumpre uma pena, prestando serviços à comunidade.

Uma das medidas alternativas mais significativas.

11. *Interdição temporária de direitos*

Tem a mesma natureza das penas *accessórias* enumeradas no art. 69 do Código Penal vigente: “I — a incapacidade *temporária* para investidura em função pública; II — a incapacidade, *permanente ou temporária*, para o exercício da autoridade marital ou do pátrio poder; III — a incapacidade, *permanente ou temporária*, para o exercício de tutela ou curatela; IV — a incapacidade *temporária* para profissão ou atividade cujo exercício depende de habilitação especial ou de licença ou autorização do Poder Público; V — a suspensão dos direitos políticos” (grifou-se). Como se vê, as penas *accessórias* podem ser *permanentes* ou *temporárias*. Enquanto que as *interdições de direitos* são, sempre, *temporárias*. Com isso, se elimina, de vez, a possibilidade da *perpetuidade* da pena, embora *restritiva de direitos*, *perpetuidade inadmissível ex vi* do art. 153, § 11, da Constituição federal, no que tange às penas *privativas da liberdade*.

São três as penas de interdição temporária de direitos: “I — proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; II — proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do Poder Público; III — suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo” (art. 47).

Como facilmente se infere, as penas de *interdição temporária de direitos*, alinhadas no art. 47 do novo Código Penal, já se encontravam delineadas nos arts. 67 e 69, *caput*, do Código Penal vigente. Evidente que com características próprias, num e noutro estatutos.

12. *Limitação de fim de semana*

Terceira e última das penas *restritivas de direitos*, “a *limitação de fim de semana* consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado” (art. 48, *caput*). (Grifou-se.)

Para que a ociosidade do corpo e do espírito não venha a ocasionar ao sentenciado mais males que benefícios, prevê-se-lhe a ministração de “cursos e palestras”; bem assim a atribuição de “atividades educativas”

ao condenado. Privação parcial do *weekend*, a *limitação de fim de semana* visa à sublimação do *relax* semanal, a que todos aspiram, na vida moderna, já assegurado pela legislação trabalhista.

Destaque-se, contudo, que o condenado não terá sacrificado todo o seu fim de semana, mas apenas *cinco horas/dia*, no *sábado* e *domingo*, isto é, *dez horas semanais*. Durante essas dez horas, não só o sentenciado se instrui, fazendo *curso*s, *participando de palestras*, bem assim de *atividades educativas*, com vistas a seu aprimoramento pessoal, como também poderá prestar o seu concurso individual àqueles que se encontrem na *casa de albergado*, ou qualquer outro estabelecimento *aberto*.

Uma medida *alternativa* de grande relevo social.

13. *Da pena de multa*

Na concepção original do anteprojeto mandado publicar pela Portaria nº 192, de 6-3-81, do Ministro Abi-Ackel, denominava-se *multa penitenciária* uma das duas espécies das *penas patrimoniais* descritas nos arts. 49 *usque* 54, daquele documento (a outra era *pena reparatória*, art. 53 do referido Anteprojeto).

Definida no art. 49, *caput*, e minudenciada nos §§ 1º e 2º desse artigo, e nos arts. 50 *usque* 52 do novo estatuto penal, a pena de *multa* adota o sistema do *dia-multa*, introduzido na legislação brasileira pelo Código Penal de 1969 (o Dec.-Lei nº 1.004/69), que disciplinou o instituto nos arts. 44 *usque* 51, seguindo, de perto, a orientação traçada pelo Ministro Nelson Hungria, nos arts. 42 *usque* 49.

A multa "*será*, no mínimo, de *dez* e, no máximo, de *trezentos e sessenta dias-multa*" (art. 49, *segunda parte* do novo Código Penal). (Grifou-se.) Por sua vez, o *dia multa* terá o valor atribuído pelo prudente arbítrio do magistrado, "não podendo ser inferior a *um trigésimo* do maior salário mínimo mensal vigente *ao tempo do fato*, nem superior a *cinco vezes* esse salário" (grifou-se/art. 49, § 1º), valor esse *atualizado*, "quando da execução, pelos índices de *correção monetária*" (grifou-se/art. 49, § 2º). Pagável no prazo de *dez dias* após o trânsito em julgado da sentença condenatória, a *multa* pode, igualmente, ser resgatada *em parcelas mensais*, a juízo do magistrado (art. 50, *caput*). Pode, também, ser paga mediante *desconto* na folha de pagamento, se aplicada *isoladamente*, ou aplicada cumulativamente com uma das penas restritivas de direitos, e concedido o *sursis* (art. 50, § 1º). Não deve, contudo, "incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família" (art. 50, § 2º). Como no Código Penal vigente, "a multa converte-se em pena de detenção, quando o condenado *solvente* deixa de pagá-la ou frustra a sua execução" (art. 51, *caput*). Nesta hipótese, "a cada dia-multa corresponderá um dia de detenção, não podendo esta ser superior a um ano", a qual ficará "sem efeito se, a qualquer tempo, é paga a multa" (art. 51, §§ 1º e 2º). Também como previsto no Código Penal vigente (art. 41), "é suspensa a execução da pena de multa, se sobrevém ao condenado *doença mental*" (art. 52).

O centro da matéria situa-se na *fixação do dia-multa*, podendo variar, consoante o arbítrio do Juiz, de *um trigésimo a cinco vezes* o maior *salário mínimo* vigente no País, ao *tempo do fato* criminoso (art. 49, § 1º). Com isso, permite-se ao magistrado adequar a pena pecuniária a cada situação concreta, levando em consideração o *status* econômico e financeiro do sentenciado.

Quanto à *multa-reparatória* (art. 53, do Anteprojeto), foi, de vez, afastada, tendo em vista tratar-se de matéria inerente ao processo civil, na tradição do direito brasileiro.

14. *Cominação das penas*

Cuidei da matéria com um trabalho monográfico apresentado ao “I Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária”, realizado em Brasília (DF), de 27 a 30 de setembro de 1981, trabalho publicado na *Revista de Informação Legislativa* do Senado Federal, nº 75, pp. 271 *usque* 280. Aquele trabalho concerne ao Anteprojeto da Parte Geral, mandado publicar pela Portaria ministerial nº 192, de 6-3-81, documento que dedicou à matéria epigrafada os arts. 55 *usque* 58. Assinalei, então: “Os dispositivos configurados nos arts. 55 e 57 são excrescências, por desnecessários, no bojo do Anteprojeto, podendo, sem prejuízo de sua compreensão, ser eliminados”. “Os arts. 56 e 58 podem ter sua construção aprimorada, bem assim os dispositivos precedentes, se — mesmo constituindo redundância — se insistir em mantê-los, à guisa de reafirmação de uma linha de pensamento consubstanciada no Anteprojeto”. “De qualquer forma, desapareceria o atual Capítulo II — “Da Cominação da Pena”. E seus dispositivos passariam a integrar o Capítulo “Da Aplicação da Pena”.

O Projeto enviado ao Congresso Nacional com a Mensagem presidencial nº 241, de 29 de junho de 1983, refundiu toda a matéria, distribuindo-a pelos arts. 53 *usque* 58 e seu parágrafo único. Na essência, porém, a matéria continua como uma excrescência, pelo que pode, como no Projeto e no Anteprojeto, ser abolida; ou, quando muito, distribuída pelos dispositivos concernentes à *aplicação da lei penal*, que o novo estatuto disciplina nos arts. 59 *usque* 76. Assim, a *cominação das penas*, que o novo Código prevê nos arts. 53 *usque* 58, repito, é um conglomerado de normas que mais se ajustariam se inseridas no Capítulo “Da Aplicação da Pena”.

Fica, aí, estabelecido que “as penas *restritivas de direitos* são aplicáveis, independentemente de cominação na parte especial, em *substituição* à pena *privativa de liberdade*, fixada em quantidade *inferior a um ano*, ou nos *crimes culposos*” (art. 54, grifou-se). Na hipótese da *substituição*, alvitrada, “as penas *restritivas de direitos terão a mesma duração* da pena *privativa de liberdade substituída*” (grifou-se/art. 55). Esclarece-se que as penas de “prestação de serviços à comunidade” e “interdição temporária de direitos” (arts. 56 e 43, incs. I e II) “aplicam-se para todo o crime cometido no exercício de profissão, atividade, ofício, cargo ou função, sempre que houver violação dos deveres que lhes são inerentes”.

Já a pena de “limitação de fim de semana” é aplicável “aos crimes culposos de trânsito” (art. 47, inc. II c/c o art. 57).

O art. 58, concernente à pena pecuniária, remete ao art. 49 e seus parágrafos, que tratam da pena de *multa*. Uma redundância.

Reafirmo que a epígrafe “da cominação das penas” não se justifica, pois a matéria aí contida ficaria mais bem situada no capítulo “Da Aplicação das Penas”, de que tratarei, imediatamente após.

15. *Aplicação da pena*

O instituto foi disciplinado nos arts. 59 *usque* 76 do novo estatuto penal. Tema do maior relevo, pois, por seu intermédio, a pena, abstratamente cominada, na parte especial, e na legislação extravagante, se concretiza na *sentença* condenatória. Quanto à *fixação* da pena — art. 59 — leva-se em conta a “conduta social” do agente, bem assim o “comportamento da vítima”, a *quantidade* e a *qualidade* da pena devendo ser o “necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”. Também estabelecerá o *regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade* (art. 59, inc. III); bem como “a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível” (art. 59, inc. IV). A propósito, reza que “a pena *privativa de liberdade aplicada*, não superior a *seis meses*, pode ser *substituída* pela de *multa*” (grifou-se/art. 60, § 2º, c/o art. 44, incs. II e III).

Mantém a *temporiedade da reincidência* (art. 64) introduzida no direito penal pátrio (art. 57, §§ 1º e 2º), pelo Código Penal de 1969, bem assim pela Lei nº 6.416/77, que alterou o art. 46 e seu parágrafo único, e, ainda, o art. 47 do Código Penal vigente. Assim, “para efeito de reincidência (I) não prevalece a condenação anterior, se, entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; (II) não se consideram os crimes militares próprios e políticos” (art. 64, incisos I e II).

16. *Crime continuado*

O novo estatuto penal deu especial tratamento ao instituto do crime continuado, totalmente diverso do que lhe vem atribuindo a doutrina, igualmente diferente daquele que lhe dispensaram o Anteprojeto Hungria, o Código de 1969, e o Anteprojeto de 1981. O Anteprojeto Nelson Hungria (art. 62 e seu parágrafo único) rezava que “não é reconhecível a continuação quando se trata de crimes ofensivos de *bens jurídicos inerentes à pessoa*, salvo se as *ações ou omissões sucessivas* são dirigidas *contra a mesma vítima*” (grifou-se). Idêntico tratamento dispensou ao tema chamado Código Penal de 1969 (art. 66 §§ 1º e 2º).

Na mesma linha de concepção, o Anteprojeto de 1981, art. 71, parágrafo único: “não se reconhece crime continuado na hipótese dos delitos previstos nos arts. 121, 157, 158, 159, seus parágrafos, e 213”, do Código

Penal vigente (respectivamente, "homicídio", "roubo", "extorsão", "extorsão mediante seqüestro" e "estupro").

O novo estatuto penal, contudo (art. 71 e parágrafo único), admite o crime continuado "contra vítimas diferentes, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa", hipótese em que a pena pode ser aumentada "até o triplo", respeitado o limite de "trinta anos" de pena privativa da liberdade (arts. 71 c/c o art. 75).

Uma inovação infeliz.

17. *Suspensão condicional da pena*

O *sursis*, no novo estatuto penal, segue o perfil que lhe traçou a Lei nº 6.416/77. Mas avançou alguns passos, no sentido da liberalização. A matéria é tratada nos arts. 77 *usque* 82 do novo Código Penal. Como novos ingredientes, destacam-se: a) o beneficiário pode ter sido condenado, anteriormente, pela prática de crime culposo (art. 77, inc. I); b) "a condenação anterior a *pena de multa* não impede a concessão do benefício" (grifou-se/art. 77, § 1º); c) o *sursis* pode ser concedido ao *precito maior de setenta (70) anos de idade*, mesmo que seja condenado a pena privativa de liberdade "não superior a quatro anos" (art. 77, § 2º).

Ao *sursis* tem prevalência a substituição da pena *privativa da liberdade* por uma pena *restritiva de direitos* (art. 44 e seu parágrafo único c/c o art. 77, inc. III).

Também dispõe, o novo estatuto, que, "no primeiro ano do prazo (da "suspensão condicional da pena"), deverá o condenado prestar serviços à comunidade (art. 46) ou submeter-se à limitação de fim de semana" (art. 48). A aplicação, durante a vigência do *sursis*, dessas *penas restritivas de direitos*, pode ser elidida, "se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo" (art. 78, §§ 1º e 2º). Neste caso, o Juiz aplicará ao beneficiário do *sursis* as proibições de "freqüentar determinados lugares" ou de "ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz", ou a obrigatoriedade de "comparecimento pessoal (...) a Juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades" (art. 78, § 2º, letras a, b e c), alternativa ou cumulativamente.

18. *Do livramento condicional*

O instituto recebeu inovações que visam à sua concessão, com mais freqüência. Como aconteceu com o *sursis*, foi amplamente liberalizado. Algumas das principais alterações: a) ao beneficiário basta haver cumprido "mais de um terço da pena (...), se não for reincidente em crime *doloso* e tiver bons antecedentes" (grifou-se); b) se o sentenciado houver cumprido "mais da metade" da pena privativa da liberdade, se "reincidente em crime *doloso*" (art. 83, incs. I e II). Enquanto que, no Código Penal vigente (art. 60, *caput*), o condenado deverá ter cumprido *mais da metade* da pena, se primário; ou, se reincidente, "mais de três quartos" (inc. I/art. 60).

Para a concessão do benefício, na vigência do Código de 1940, “as penas que correspondem a infrações diversas *podem* somar-se, para efeito do livramento” (grifou-se/parágrafo único do art. 60). Já no Código de 1984, essas penas *devem somar-se* (art. 84). Ou seja, no Código Penal vigente, a soma das penas é *facultativa*; no novo estatuto penal, a soma das penas é *obrigatória*, para efeito de concessão do livramento condicional da pena privativa da liberdade.

19. *Efeitos da condenação*

O instituto está previsto, no novo estatuto penal, nos arts. 91 e 92, seguindo, de perto, os lineamentos traçados no Código Penal vigente. Com efeito, o art. 91, incs. I e II, letras *a* e *b*, repete, *ipsis verbis*, o disposto no art. 74, incs. I e II, letras *a* e *b*, do Código Penal vigente.

As inovações são introduzidas pelo art. 92, incs. I, II e III, que transforma em *efeitos da condenação* as *penas acessórias* previstas no art. 67, inc. I; art. 68, inc. I; e art. 69, incs. I, II, III e IV, do Código Penal vigente.

Diz, em verdade, o art. 92: “São também efeitos da condenação: I — a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública quando a pena aplicada for superior a quatro anos; II — a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado; III — a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso”.

Todavia, com uma diferença fundamental, no que tange à aplicação da pena *acessória*, e aos efeitos da *condenação*. É que as penas *acessórias* são aplicadas, em alguns casos, automaticamente, *ex vi* do art. 70 e seu parágrafo único, Código Penal vigente, enquanto que, pelo art. 92, parágrafo único, do novo Código Penal, “os efeitos de que trata este artigo (art. 92) *não são automáticos*, devendo ser motivadamente declarados na sentença” (grifou-se).

20. *Da reabilitação*

Consta, no Código Penal vigente, erroneamente, como hipótese de *extinção da punibilidade* (art. 108, inc. VI, c/c os arts. 119 e 120 do Código Penal vigente). Ocorre que a *reabilitação* não é, intrinsecamente, causa de extinção da punibilidade. Já o vem demonstrando, há muito, o notável penalista mineiro, Prof. Jair Leonardo Lopes. Ademais, em nenhuma passagem do Código Penal vigente existem traços normativos de que a reabilitação extinga a punibilidade. Daí por que, corretamente, o novo estatuto penal, nos arts. 93 *usque* 95, disciplinou o instituto, não como causa extintiva da punibilidade, mas como capítulo à parte, no *título das penas* — *Capítulo VII, do Título V*.

No art. 93, *caput*, o novo estatuto estabelece que “a reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando

ao condenado o *sigilo dos registros sobre seu processo e condenação*" (grifou-se). Doutra parte, o prazo para seu requerimento é reduzido para "dois anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução" (art. 94), em vez de cinco anos, como agora (art. 119, § 1º — CP/40). Negada, a reabilitação pode ser requerida *a qualquer tempo* (art. 94, parágrafo único), em vez de dois anos após a negativa (art. 119, § 3º, CP-1940).

21. *Medidas de segurança*

O instituto recebeu profundas inovações. Dele cuida o novo estatuto penal nos arts. 96 *usque* 99. Essas inovações, aliás, já vinham do Anteprojeto Nelson Hungria, que tratou das *medidas de segurança* nos arts. 37 *usque* 97. Igualmente, no Código Penal de 1969, em que o instituto das medidas de segurança foi disciplinado nos arts. 91 *usque* 100. No Anteprojeto de 1981, a matéria foi abordada nos arts. 96 *usque* 99. E, também, nos arts. 96 *usque* 99, no Projeto de 1983.

Em todos esses documentos, uma inovação fundamental: a eliminação do capítulo concernente, no Código Penal vigente, às medidas de segurança em geral, que o Código de 1940 disciplina nos arts. 75 *usque* 87. Aí, com efeito, o diploma penal em vigor cuida: *a*) da lei aplicável às medidas de segurança (art. 75), que é a "vigente ao tempo da sentença, prevalecendo, entretanto, se diversa, a lei vigente ao tempo da execução"; *b*) dos critérios para identificação da *periculosidade*, que pode ser *verificada* (art. 77), ou *presumida* (art. 78); *c*) da *aplicação provisória da medida de segurança* (art. 80); *d*) da *revogação* do instituto (art. 81); *e*) de sua *execução* (art. 82); *f*) da *superveniência de doença mental* (art. 83); *g*) da *inobservância da medida detentiva* (art. 85); *h*) dos *efeitos da extinção da punibilidade* (art. 86); *i*) e da *extinção por decurso do tempo* (art. 87).

Apesar de o Anteprojeto Hungria haver suprimido o capítulo referente às *medidas de segurança em geral*, quanto às espécies manteve o critério do Código Penal vigente, dividindo-as em *pessoais e patrimoniais*, subdivididas aquelas em *detentivas e não detentivas*.

O Anteprojeto de 1981 abandonou essa dicotomia, preconizando sua divisão em: *a*) *internação em manicômio judiciário*; e *b*) *internação em estabelecimento psiquiátrico* anexo ao manicômio judiciário ou a estabelecimento penal ou em seções especiais de um ou outro (art. 96).

O Projeto de 1983, no art. 96, estabeleceu que "as medidas de segurança são: I — *internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico* ou, à falta, em outro estabelecimento adequado; II — *sujeição a tratamento ambulatorial*".

Idêntico tratamento lhe daria o novo estatuto penal, igualmente no art. 96.

No art. 87, cuida da "imposição da medida de segurança ao ininputável" (art. 26, *caput*), preconizando-lhe a *internação*, medida substi-

tuível pelo *tratamento ambulatorial*, se a pena cominada for detenção (art. 97, *segunda parte*). No § 1º do art. 97, estabelece o *prazo mínimo* da medida — de *um a três* anos, a critério do Juiz, com base, porém, em *perícia médica*, realizada ao término do *prazo mínimo* fixado, e repetida anualmente (§ 2º/art. 97). O *tratamento ambulatorial* pode converter-se em *internação* do agente, se necessária para a sua cura (§ 3º/art. 97).

O art. 98 do novo estatuto prevê a substituição de *pena* por *medida de segurança*, no caso do *relativamente imputável* (art. 26, parágrafo único), conseqüência do sistema *vicariante*, em lugar do *duplo binário*.

O art. 99 cuida dos “direitos do internado”: o estabelecimento deve ter características hospitalares.

22. *Extinção da punibilidade*

As causas extintivas da punibilidade tiveram, na Lei nº 7.209/84, no que tange às *espécies* e ao *perfil* de algumas dessas causas, adequado tratamento.

O Código Penal vigente cuida da matéria nos arts. 108 *usque* 120, enumerando, como causas de extinção da punibilidade: *a)* a morte do agente; *b)* a anistia, a graça e o indulto; *c)* a *abolitio criminis*; *d)* a prescrição, a decadência e a perempção; *e)* a renúncia ao direito de queixa, e o perdão aceito, nos crimes de ação privada; *f)* a reabilitação; *g)* a retratação do agente, nos casos em que a lei a admite; *h)* o casamento do agente com a ofendida, nos crimes contra os costumes definidos nos arts. 213 *usque* 222, da Parte Especial do Código Penal vigente; *i)* o casamento da ofendida com terceiro, nas hipóteses dos crimes aludidos, se não cometidos com violência real ou grave ameaça, desde que a ofendida não requeira o prosseguimento da ação penal no prazo de 60 dias, a contar da celebração do casamento; *j)* o ressarcimento do dano, no crime de peculato culposo (art. 108, *caput*, *c/c* a Lei nº 6.416/77).

O Anteprojeto Hungria inseria, entre as causas de extinção da *culpabilidade*, o *perdão judicial* (art. 107, inc. V). No Código Penal de 1969, o *perdão judicial* era, também — art. 107, inc. V —, incluído entre as causas extintivas da *punibilidade*. O Anteprojeto de 1981 não contemplou o *perdão judicial*, dentre as causas extintivas da punibilidade, elencadas no art. 107, que retornaria no Projeto de 1983, art. 107, inc. IX.

O novo estatuto penal — art. 107 — inseriu, entre as causas extintivas da punibilidade, o *perdão judicial* (inc. IX), “nos casos previstos em lei”. E excluiu a *reabilitação* e o *ressarcimento do dano*, no peculato culposo (art. 108, incs. VI e X/CP-1940). A exclusão destas causas, contudo, se deu apenas por motivos de natureza técnica, eis que os institutos da *reabilitação* e do *ressarcimento do dano* no crime de peculato culposo permanecem na sistemática de nosso direito penal. A *reabilitação* passou, pela Lei nº 7.209/84, a ser disciplinada nos arts. 93 *usque* 95, de que já tratei, linhas volvidas. O *ressarcimento do dano* se mantém, como causa específica de extinção da punibilidade, no art. 312, § 3º, do Código Penal vigente. Doutra parte, a mesma previsão se verifica no Anteprojeto da

Parte Especial (*Diário Oficial da União*, de 19-7-84), art. 322, § 3º. A *reabilitação*, de acordo com a nova ótica legislativa, passa a ser *capítulo* (VII) do *Título genérico das penas* (V).

A meu ver, as inovações introduzidas, neste particular, têm pertinência.

23. *Da prescrição*

Dentre as causas extintivas da punibilidade, a prescrição é, sem dúvida, o instituto mais complexo e, por isso mesmo, o mais importante. Não admira, pois, que, a propósito desse instituto, se tenham elaborado normas em maior número.

Para dirimir possíveis dúvidas originadas na doutrina, já o Anteprojeto Nelson Hungria, no art. 109, orientava: "A prescrição refere-se à ação penal ou à execução da pena". E, adiante, no art. 110 e seu § 2º, bem assim no § 4º, dispunha sobre a prescrição da *ação penal*. No mesmo sentido, o Código Penal de 1969, nos arts. 109, 110, e seus §§ 2º, 4º e 5º

Na linha do Anteprojeto de 1981, e do Projeto de 1983, o novo estatuto penal não distingue entre prescrição da *ação* e prescrição da *execução*. Como, aliás, o Código Penal vigente.

Entretanto, elaborou outros dispositivos, sobre a matéria.

Após cuidar, no *caput* do art. 109, dos *prazos prescricionais*, trata, no parágrafo único desse artigo, da "prescrição das penas restritivas de direito", assinalando que se aplicam "às *penas restritivas de direito* os mesmos prazos previstos para as *privativas de liberdade*" (grifou-se).

No art. 110, após disciplinar a "prescrição depois de transitar em julgado sentença final condenatória" (*caput*), e, no § 1º, "a prescrição depois da sentença condenatória com trânsito em julgado *para a acusação*" (grifou-se), estabelece, no § 2º (art. 110), que "a prescrição, de que trata o parágrafo anterior, *pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa*" (grifou-se), orientação diametralmente oposta à fixada no art. 110, § 2º, do Código Penal vigente, onde se estabelece que, nesta hipótese, a prescrição *não pode* ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia.

No art. 111, exclui, o novo Código, do *termo inicial* da prescrição *antes* de transitar em julgado da sentença final, o *crime continuado* (art. 111, inc. III), permanecendo a norma concernente aos crimes *permanentes*.

Quanto à *redução dos prazos prescricionais*, dispõe, no art. 115, que "são reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, *ao tempo do crime*, menor de vinte e um anos, ou, *na data da sentença*, maior de setenta anos" (grifou-se), distinção que o Código Penal vigente não estabelece (art. 115) (entre *tempo* do crime e *data* da sentença).

No art. 119, frisa que, “no caso de *concurso de crime*, a extinção da punibilidade incidirá sobre a *pena de cada um, isoladamente*” (grifou-se). Com isso, evita celeuma na interpretação do art. 75, § 1º, do novo estatuto, que prevê a *unificação das penas*.

24. *Do perdão judicial*

Esta causa extintiva da punibilidade *explicitada* no art. 107 do novo Código Penal, a bem dizer já existia, na sistemática do direito punitivo pátrio.

Só que não na parte geral do Código Penal, cujo art. 108, que cuida, no Código Penal vigente, das causas extintivas da punibilidade, ignora o instituto.

Na Parte Especial, contudo, o *perdão judicial* é encontrado, disciplinando situações específicas.

Com efeito, após tipificar, no art. 180, *caput*, o crime de *receptação*, o Código Penal vigente, no § 3º daquele dispositivo, reza que, “no caso do § 1º (*receptação culposa*), se o criminoso é primário, *pode, o juiz*, tendo em consideração as circunstâncias, deixar de aplicar a pena” (grifou-se). Está, aí, embutido o instituto do *perdão judicial*, eis que a lei faculta ao magistrado *deixar de aplicar a pena*. Ou seja, *perdoar* o condenado.

Não há dúvida, todavia, de que o legislador de 1984 agiu acertadamente ao inserir, entre as causas extintivas da punibilidade, o perdão judicial. Porquanto, previsto na Parte Geral do Código Penal, aplica-se a todas as figuras típicas da Parte Especial do Código Penal, bem assim a toda a legislação extravagante, vale dizer, a legislação penal especial, deixando, assim, de referir-se, apenas, a uma figura típica, ou a algumas figuras típicas.

Daí por que o Anteprojeto Nelson Hungria explicitou o instituto no art. 107, inc. V. Orientação seguida pelo Código Penal de 1969, art. 107, inc. V, igualmente. E, embora o Anteprojeto de 1981 não o tenha contemplado, no art. 107, supriu a lacuna o Projeto de 1983, art. 107, inc. IX, especificando que o *perdão judicial* se aplica *nos casos previstos em lei*.

O art. 120 do novo Código Penal — com o que se encerra a Parte Geral do estatuto — é dedicado ao *perdão judicial*. Estabelece que “a sentença que conceder perdão judicial não será considerada para efeitos de reincidência”.

Aí se localiza a essência das normas concernentes ao perdão judicial. Porquanto, no sistema penal vigente, mesmo *perdoado*, o réu será tido como *condenado*. De sorte que, se vier a ser, novamente, condenado, ter-se-á a reincidência.

Pelo art. 120 do novo estatuto penal, essa sentença, concessiva do perdão — embora, em princípio, tenha *natureza condenatória* —, como tal não será considerada, na hipótese de o agente vir a cometer nova infração penal.

Uma inovação muito feliz, que acentua o caráter liberal da nova legislação penal.

25. Considerações finais

O novo Código Penal brasileiro apresenta algumas singularidades, de forma e conteúdo. Suas inovações são alvissareiras, pois tendem a liberalizar o tratamento do indivíduo que, por infelicidade, vier a cometer uma infração penal.

No que tange à *aplicação da lei penal* — arts. 1º *usque* 12 —, é de elogiar-se a ampliação de nossa soberania, no que tange à *territorialidade*, cujo conceito transcende a noção de *território* propriamente dito, pela nova lei (art. 3º e §§ 1º e 2º).

No que diz respeito ao *crime*, é de aplaudirem-se os institutos do *arrependimento posterior* (art. 16) e do *erro sobre a ilicitude do fato* (art. 21, *segunda parte*). Além da explicitação sobre a *omissão relevante* (art. 13, § 2º/arts. 13 *usque* 25).

No Título da *imputabilidade penal* (arts. 26 *usque* 28), a introdução do sistema *vicariante*, substituindo o sistema *duplo binário*, evitará que o indivíduo sofra, com a condenação, *pena* simultaneamente a *medida de segurança*.

No *concurso de pessoas* (arts. 29 *usque* 31), individualizou-se a responsabilidade penal do agente, precisando o grau de participação no evento delituoso.

No conglomerado de normas concernentes às penas — Título V, arts. 32 *usque* 95 —, as inovações foram as mais profundas: *a*) introdução das penas restritivas de direitos; *b*) a pena de multa relacionada ao *dia-multa*, e, com isso, podendo identificá-la com o poder econômico-financeiro do sentenciado; *c*) o *sursis* e o *livramento condicional* serão mais freqüentemente aplicáveis; *d*) antigas penas *accessórias* se transformam em *efeitos da condenação*; *e*) a *reabilitação* deixa de ser o que *nunca* foi (causa extintiva da punibilidade) para ser o que *sempre* foi, instrumento de *recuperação do status* do condenado.

As *medidas de segurança* foram reduzidas, quantitativamente, à mínima expressão: apenas duas espécies (arts. 96 *usque* 99).

As *causas extintivas da punibilidade* (arts. 107 *usque* 120) foram mais bem disciplinadas, como já foi assinalado.

Não há razão, porém, para que se previsse a entrada em vigor da Lei nº 7.209, de 11-7-84, para “seis meses após a data de sua publicação”, o que se deu a 13-7-84. Assim, a nova lei penal entrará em vigor no *dia 13 de janeiro de 1985*.

Melhor seria que houvesse disposto, no seu art. 5º, que “esta Lei entra em vigor no *dia 1º de janeiro de 1985*”. Como o fez o Código Penal de 1940, cujo art. 361 reza que entraria em vigor no *dia 1º de janeiro de 1942*.

Como, efetivamente, a partir de então, passou a vigor.

A infomática jurídica — a máquina e o homem

DAISY DE ASPER Y VALDÉS

Mestra em Direito pela UnB. Ex-Assistente da Direção da Subsecretaria de Análise do TFR. Procuradora da República (DF)

- I) *INTRODUÇÃO: A revolução tecnológica e o uso indiscriminado da máquina*
- II) *CIBERNÉTICA e as novas técnicas na formulação jurídica*
- III) *Relação entre cibernética e computador eletrônico*
- IV) *Relações do direito com a cibernética*
- V) *Direito e sistema*
- VI) *Linguagem jurídica e comunicação*
- VII) *Posição do jurista em face da ideologia cibernética*
- VIII) *Técnicas de recuperação de informações, particularmente de dados jurídicos*
- IX) *Teleprocessamento*
- X) *O computador a serviço da justiça — O Projeto DATAJUS no TFR*
- XI) *O Projeto do Usuário — TFR*
- XII) *Conclusão*

"Computers may worry some spectators when approaching man's role as creators.

But I'll have no fear
and will shed not a tear
unless man starts acting like
computers."

N. BJORN-ANDERSEN — *The Human Side of Information Processing*. Amsterdam, Nort-Holland Publishing Company, 1980.

I) INTRODUÇÃO

As transformações que se operam na estrutura do liberalismo, a partir da 1ª Grande Guerra, provocam uma revisão, e passa-se a admitir uma certa intervenção do Estado no campo da economia, para regular a livre competição.

Com a promulgação da célebre Constituição de Weimar, da República alemã, a 11 de agosto de 1919, que prescreve a limitação à liberdade econômica do indivíduo "a fim de garantir a todos uma existência conforme à dignidade do homem" (art. 151), aceita-se que o Estado intervenha no domínio econômico e, igualmente, no plano social.

Reflete-se, na maioria das Constituições contemporâneas, este novo modelo, que assinala o nascimento do Estado providência, o Estado do bem-estar.

Acelera-se, a partir da 2ª Grande Guerra, o desenvolvimento da ação do Estado, e o progresso tecnológico traz determinadas conseqüências graves, como a *automação*, que provoca uma diminuição no aproveitamento da capacidade de trabalho humano, deixando mão-de-obra ociosa.

Um dos aspectos essenciais do que se convencionou chamar de REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA é o fato de que o elemento técnico-científico passou a assumir, nas últimas décadas, uma posição cada vez mais saliente nas estruturas informacionais em que se apóiam as modernas organizações econômicas e governamentais.

As organizações anteriores à revolução tecnológica, dirigidas por empresários individuais, utilizando tecnologia menos avançada e operando em resposta aos estímulos do mercado, pouca importância davam ao que se passava no interior das instituições de pesquisa, uma vez que a maior parte das informações em que baseavam seus cálculos e decisões podia ser obtida por métodos bem simples, por conhecimentos intuitivamente improvisados, oriundos de experiência própria ou simplesmente tomados de empréstimo.

Enquanto as organizações tecnologicamente revolucionadas tornaram-se, rigorosamente, "science-based organization", premente passou a ser para elas o insumo específico representado pelo conhecimento técnico-científico.

Além desses aspectos, um fenômeno fundamental no campo do direito foi a absorção crescente do direito privado pelo direito público, correspondendo à socialização crescente do direito.

Tal fenômeno provocou, ainda, a INFLAÇÃO LEGISLATIVA, justificando a necessidade de se aplicar, no campo do direito, a denominada CIÊNCIA CIBERNÉTICA, que permite ordenar, coordenar, armazenar e distribuir de maneira lógica informações que dificilmente o homem poderia dominar pelo trabalho intelectual ou manual, simplesmente.

Todavia, não se pretende “robotizar” a justiça, e, conseqüentemente, desumanizá-la, pois a aplicação mecânica da lei não estaria necessariamente vinculada à máquina, porque, como lembra FROSINI, “a verdadeira desumanidade não é a do computador, que opera sem sentir ou compreender, mas de integérrimos julgadores e de zelosos funcionários, que conhecem e praticam o respeito à lei, custe o que custar” (1).

II) *Cibernética e as novas técnicas na formulação jurídica*

NORBERT WIENER, a quem devemos a constituição e o nome da ciência cibernética, já na década de 40 dedicava sua atenção ao projeto de determinada máquina de cálculo para a solução de equações diferenciais e derivadas parciais, e convencido de que deveria procurar meios de alcançar processos mais velozes e resultados mais exatos, recomendou a construção de um instrumento que atendesse aos seguintes requisitos:

a) a unidade central de cálculo deveria operar numericamente, como as máquinas de somar comuns, e não na base de medidas;

b) os mecanismos de cálculo não deveriam ser mecânicos, mas sim eletrônicos;

c) o sistema decimal de cálculo haveria de ser substituído pelo sistema binário;

d) a seqüência total das operações e as decisões lógicas necessárias deveriam ser ordenadas pela própria máquina, com o que se eliminaria a intervenção do homem, desde a entrada dos dados até a extração dos resultados;

e) a máquina deveria conter um aparelho para armazenamento de dados, capaz de registrá-los, lê-los com rapidez, e eliminá-los posteriormente, de forma a poder receber novos registros.

Tais especificações descreviam, com notável antecipação, os pontos essenciais do moderno computador eletrônico.

Com relação ao direito, considerado como produto de uma específica realidade sócio-econômica, a tarefa do jurista informático é, também, formular propostas para que o direito assuma novas formas, que possibilitem o uso de técnicas mais avançadas. Neste sentido, atualmente, já existem em andamento revisões de antigas leis que dificultam o aproveitamento racional da automação, sobretudo no setor econômico.

O nosso projeto de Código Civil (PLC 118/84 — nº de origem 634/75) prevê, expressamente, o uso de suportes magnetizados para a constituição de arquivos juridicamente relevantes, dispondo, no art. 225:

“As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecâni-

(1) FROSINI, Vittorio. *Cibernética, Diritto e Società*. In: DINIO DE SANTIS GARCIA. *Introdução à Informática Jurídica*. S.P., Bushatsky, 1976, p. 143.

cas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.”

III) *Relação entre cibernética e computador eletrônico*

NORBERT WIENER, criador da cibernética, desenvolveu a idéia de estudar cada vez mais exaustivamente a interação existente entre a máquina e o cérebro humano, no sentido de que a estrutura fisiológica permita compreender melhor o funcionamento de um comportamento humano ou animal, com a finalidade de poder reproduzi-lo por meio de uma máquina.

Efetuada pesquisas no campo do controle e da atividade voluntária em geral, formulou a “teoria da realimentação” (feedback).

O conceito de realimentação é decorrente do controle (comparação entre o real e o padrão desejado), e a retroalimentação é justamente o mecanismo de informação dessa diferença entre o padrão e o real, objetivando o ajustamento da ação em relação àquele padrão.

Assim, quando queremos que um movimento obedeça a um padrão determinado, a diferença entre este padrão e o movimento efetivamente realizado é utilizada como *informação* que levará a parte regulada a aproximar-se ainda mais do padrão desejado.

Revelou-se tal teoria como um instrumento metodológico muito fecundo para compreender toda uma série de comportamentos fisiológicos animais e humanos.

Temeu-se que a automatização gerasse rivalidades entre o homem e a máquina, pois “a máquina pode ser mais precisa ao agir do que o homem, mais rápida, e que o futuro seria a valorização de máquinas e não de homens. Há, também, mecânicos que têm uma preferência emocional pela máquina, que consideram um defeito a imprevisibilidade da ação humana” (2).

Segundo WIENER, para que as máquinas sejam usadas de forma racional, é preciso pensar em sistemas formados de elementos humanos e mecânicos em trabalho *conjunto*, e em construir os sistemas usando os dois elementos de forma que nos seja mais favorável.

IV) *Relações do direito com a cibernética*

WIENER vê o direito como (3) “o controle ético aplicado à comunicação” e, em especial, à linguagem como meio de comunicação, sobre-

(2) WIENER, Norbert. O homem e a máquina. In: CHAMOUX, J. P. Paris, Librairie Technique, 1972, pp. 72-73.

(3) WIENER, Norbert. *Cibernética e Sociedade*. 3ª ed., SP, Cultrix, 1972, p. 103.

tudo quando exercido por autoridade que possa dar às decisões sanção social efetiva.

Acrescenta ele que o direito “é o processo de ajuste dos acoplamentos que ligam o comportamento dos diferentes indivíduos”, de tal modo que a Justiça se realize e as disputas sejam evitadas, ou, pelo menos, decididas judicialmente (4).

Considerando que os conceitos de JUSTIÇA têm variado ao longo da história, ao adotarmos a *técnica adequada* devemos observar determinados requisitos (5):

1) UNIVOCIDADE DE CONCEITOS — a lei deve ser tão clara que qualquer cidadão possa fixar antecipadamente seus direitos e deveres, mesmo conflitantes com os de outrem;

2) PREVISIBILIDADE — deve estar formulada de modo que qualquer um possa determinar, com alguma segurança, de que maneira o poder judiciário julgará sua questão;

3) UNIFORMIDADE DE INTERPRETAÇÃO — nenhum novo termo jurídico terá significado completamente fixo enquanto este e suas limitações não houverem sido determinados na prática;

4) PARIDADE DE TRATAMENTO — mesmo as hipóteses novas devem ser julgadas de maneira compatível com as decisões anteriores.

Assim, tecnicamente considerados, os problemas decorrentes da lei podem ser vistos como casos de comunicação e cibernética, ou melhor, problemas de controle *sistemático* e *reiterável* de certas situações críticas.

V) *Direito e sistema*

Estando presente a origem *social* da norma jurídica, obtemos uma nova visão do sistema, no campo do direito.

Segundo JEAN CARBONNIER (6):

“Tous les phénomènes du droit qui se situent dans un même espace et un même temps de la société, sont reliés entre eux par des rapports de solidarité qui dessinent un système.”

Portanto, aderindo à tese do *pluralismo jurídico*, sustenta CARBONNIER que vários sistemas jurídicos podem coexistir, no mesmo momento e no mesmo espaço social.

(4) WIENER, Norbert *Cibernética e Sociedade. O Uso Humano dos Seres Humanos*. 3.ª ed., SP., Cultrix, 1970, pp. 104 e segs.

(5) GARCIA, Dinio de Santis. *Introdução à Inf. Jur.* Ob cit., p. 72.

(6) CARBONNIER, Jean. *Sociologie Juridique*. Paris, 1972, pp. 141 e segs.

Com o sistema estatal podem conviver, até em posição de rivalidade, costumes gerais ou locais, direitos instituídos por organizações internacionais, direito canônico, e outros sistemas.

Assim, o requisito de *uniformidade na aplicação* do direito encontra resistência na realidade que, mesmo em nível infrajurídico, apresenta um pluralismo de usos, costumes, *mores*, expressão da tendência que têm as classes populares de constituir uma espécie de direito inferior, em que se misturam usos autônomos com elementos emprestados da ordem jurídica estatal, com situações que vão desde o concubinato até o exercício de uma "infrajurisdição" por parte de autoridades policiais (7).

RECASÉNS SICHES assinala que, atualmente, a concepção mecânica da função judicial, entendida como um silogismo, caiu definitivamente em descrédito.

Com razão, diz que a lei "no es una norma completa, precisamente porque es una norma GENERAL; y porque, en cambio, la materia sobre la cual debe ser aplicada es PARTICULAR, concreta. Para que una norma general pueda ser aplicada a unas relaciones sociales, es necesario tejer un puente entre la generalidad de la norma y la particularidad del caso concreto" (8).

Portanto, havendo conflito, o juiz é chamado a individualizar e a dar concreção à norma, ou a completar o sistema. Adotada esta perspectiva, impõe-se o reconhecimento de que a lei e sentença são complementares.

Todavia, nem os fatos se reproduzem com rigorosa igualdade, nem os juízes são *máquinas de julgar* feitas em série.

Conclui-se, então, que o direito, como fato, há de ser entendido como um *sistema probabilístico*: dados certos fatos e normas, é provável que sobrevenha decisão em determinado sentido.

VI) A linguagem jurídica e a comunicação

Conforme acentuamos, a característica básica a ser alcançada pela linguagem jurídica, que é a UNIVOCIDADE, constitui um dos maiores obstáculos a serem transpostos pelos juristas, em virtude do "espectro de ambigüidade" que envolve, em maior ou menor grau, os termos jurídicos.

Nesse sentido, esclarece o prof. DINIO DE SANTIS GARCIA (9) (*Introdução à Informática Jurídica*) que, num grau de *máxima determinação* da linguagem jurídica, registram-se casos em que, inclusive, é possível *algebrizá-la*, como nos termos referentes ao lançamento tributário, à cor-

(7) GARCIA, Dinio de Santis. Ob. cit., pp. 78-79.

(8) SICHES, Luis Recaséns. *Nueva Filosofía de Interpretación del Derecho*. 2.ª ed., México, 1973, p. 21.

(9) GARCIA, Dinio de Santis. Ob. cit., pp. 84-85.

reção monetária dos aluguéis, ao cálculo de pensões previdenciárias ou de indenizações por acidente de trabalho.

No outro extremo, de *mínima determinação*, estão os termos em que a incerteza é inevitável, como os conceitos jurídicos indeterminados, de “ordem pública”, “bons costumes”, “dignidade” e tantos outros.

Há ainda que considerar que as palavras não são entes estáticos, que se cristalizam em determinado significado, mas que evoluem, modificando-se permanentemente conforme o complexo normativo, fático e valorativo em que estão inseridas.

MIGUEL REALE assinala que a norma jurídica pode sofrer profundas alterações semânticas, não obstante a inalterabilidade formal de seu enunciado, ou a “permanência intocável de sua roupagem verbal”, acentuando que “mudanças de ordem axiológica, fática ou normativa podem implicar alterações semânticas que dão nascimento, em última análise, a uma nova forma quanto ao seu conteúdo, o que se torna ainda mais evidente em se tratando de “standards” jurídicos que permitem a configuração da hipótese normativa à luz da natureza e das circunstâncias do caso, ou segundo critérios que possibilitam ampla margem de estimativa” (10).

Considerem-se, ainda, casos de polissemia e de sinonímia, frequentes em linguagem jurídica, onde “culpa” tem um sentido estrito e outro amplo, que inclui o dolo; “ação” pode significar a conduta, a demanda ou o título expedido pela sociedade anônima. Por outro lado, surgem sinônimos como “matrimônio” e “casamento”; “propriedade” e “domínio”; “locação” e “arrendamento”; “locatário” e “inquilino”; “locador” e “senhorio” etc.

Como salienta o prof. MÁRIO G. LOSANO (11), o direito é também um fenômeno lingüístico. A complexidade de sua conceituação, não só como ciência mas em função da diversidade de aspectos e elementos que o compõem, é tarefa das mais difíceis. Entretanto, esta obscuridade intrínseca do direito não impede que ele seja utilizado.

O jurista prático interessa-se não pela causa, mas pelos efeitos do direito e consegue manipular com segurança um instrumento de estrutura parcialmente desconhecida.

Todavia, a complexidade do uso do direito aumenta progressivamente em função de grande quantidade de documentos expedidos pelas autoridades legislativas, judiciárias e administrativas. Com relação ao direito, esta explosão de informações assume uma gravidade particular, em razão de suas peculiaridades.

(10) REALE, Miguel. *O Direito como Experiência — Introdução à Epistemologia Jurídica*. S.P., Saraiva, 1968, pp. 210-216.

(11) LOSANO, Mário G. *Lexicografia computacional e informática jurídica*. RPGE, Porto Alegre, v. 10, n. 26, 1980, pp. 67-71.

Assim, descaracteriza-se o direito como fenômeno lingüístico, para ser considerado como *fenômeno social*, ou seja, como um conjunto de regras inderrogáveis para a convivência social.

Entretanto, para que este conjunto de regras se torne válido, é necessário partir de uma premissa que hoje se revela como uma ficção — deve-se postular que, por definição, todos conheçam todas as leis. Não se admite, em direito, a ignorância da lei.

Portanto, se se pratica determinada ação que se julga lícita, quando, ao contrário, é proibida, terá aplicação o preceito “ignorantia legis non excusat” — assim, na prática jurídica, da informação errada decorrem conseqüências não só teóricas como práticas.

VII) *Posição do jurista em face da ideologia cibernética*

Paralelamente às inúmeras vantagens que derivam do uso da informática jurídica, concebida tanto como um auxílio na criação do direito (seja na atividade legislativa), quanto para a sua aplicação (na atividade dos magistrados ou dos advogados), formam-se alguns problemas que terão que ser enfrentados.

Assim, no que se refere à *prova na justiça*, há que se indagar do seu valor probante, da credibilidade à documentação fornecida pelo computador.

Tais documentos apenas servirão à Justiça, na medida em que seus programas forem perfeitamente conhecidos; que a linguagem for precisa e que seus dados estiverem rigorosamente atualizados.

Outro grave problema refere-se a apurar *responsabilidade na ocorrência de erros*, quer por acréscimos, quer por omissões. Questionar qual seria, por exemplo, a responsabilidade dos fornecedores de material; dos que prestam serviços, qual a margem de erro e que conseqüências provocariam.

JEAN-PIERRE CHAMOUX ⁽¹²⁾ enumera, entre as principais causas de erros, as seguintes:

1) *incidentes técnicos* — destruição de uma memória, falta de energia de um circuito eletrônico, além de erros técnicos imputáveis ao material, não são muito correntes, e a responsabilidade pode ser facilmente verificada;

2) *enganos de programação* — imputáveis ao “software”, que são os erros mais freqüentes, sobretudo no início da exploração de um novo sistema. Logo que provadas, a responsabilidade por tais faltas é fácil de fixar;

(12) CHAMOUX, J. P. *Le Juriste et l'Ordinateur*. Paris, Librairie Technique, 1972, p. 171.

3) *erros de digitação* — imputáveis mais frequentemente à interpretação dos dados. Estes enganos, segundo o autor, constituem a “*ovelha negra*” das explorações do computador e são os mais difíceis de descobrir, de provar e de identificar-lhe o responsável. Pode, todavia, o computador detectar erros de digitação ou preparação dos elementos de entrada, desde que tenha sido programado para tal.

Com relação à *natureza jurídica* de um ato administrativo contaminado por alguns desses erros, ressalta o entendimento do v. acórdão da 1ª Turma do Eg. Tribunal Federal de Recursos, na Apelação em Mandado de Segurança, publicado no *DJ* de 26-11-81, que esclarece:

“Administrativo — Ensino superior — Concurso vestibular — Natureza jurídica da proclamação do resultado, por computador — Fato administrativo — Atos nulos e anuláveis — Anulamento e revogação — Controle jurisdicional.

1) As normas emanadas das Universidades, para regência dos concursos vestibulares e constantes de editais não obrigam somente aos candidatos, mas também às próprias Universidades, que deverão admitir os julgados habilitados segundo as regras editadas. 2) Enquanto se busca o resultado e ele se processa, “*interna corporis*”, quer pelas correções das provas de redação, quer das provas objetivas, efetuadas, por computador, tudo conforme os complexos critérios enunciados no guia do vestibulando, produzem-se meros atos de administração ou simples “*fatos administrativos*”. Publicadas, entretanto, de forma conclusiva, as informações obtidas, sob a responsabilidade da Comissão Permanente de Concurso Vestibular (COPEVE), para conhecimento dos interessados, trata-se de manifestação de vontade, ato da administração ou ato administrativo, *a que ela se vincula e confere a licitude e certeza* dos atos administrativos em geral. 3) Pode a administração rever os seus próprios atos. Por “*anulamento*”, se o ato for nulo; mediante “*revogação*”, se for somente anulável, como na hipótese de erro. No caso dos autos, a alegada irregularidade não restou devidamente comprovada. Nem se pode alegar erro “*do computador*”, mas “*do programa*” que lhe foi ordenado processar. O erro, se houve, é da Comissão, da Administração. E o ato administrativo, daí resultante, é tão-somente anulável. 4) Apelação provida.”

Um terceiro problema, talvez o mais importante, seria o relativo aos direitos individuais, ou como proteger a intimidade e a liberdade do indivíduo, diante dos bancos de dados.

Existem, nos países desenvolvidos, sistemas de informações organizados que podem, após uma rápida consulta, informar quanto à qualificação pessoal ou profissional de determinada pessoa, sua posição política, seus hábitos e relações, os lugares que frequenta, eis o que pode comprometer seriamente a privacidade dos indivíduos.

Segundo GUY BRAIBANT ⁽¹³⁾, os problemas de responsabilidade podem surgir quer dos erros, voluntários ou involuntários, nos dados ou no tratamento das informações, quer da evasão de informações confidenciais, ocasionando grandes prejuízos.

Assim, salienta ele que “une erreur dans les données relatives à la santé d'un individu, au sujet de ses antécédents ou de ses vaccinations, risque d'entraîner les conséquences les plus graves, qui, à la limite, peuvent être mortelles. Sans être aussi graves, les effets de renseignements erronés fournis par un système de documentation juridique ou par une banque de données urbaines peuvent être sérieux sur le plan humain ou financier”.

O mesmo autor adverte ainda quanto à intromissão de terceiros na vida particular dos indivíduos:

“la délivrance d'une information relative aux opinions, au passé judiciaire ou à la vie privée d'un individu à des tiers non autorisés peut favoriser des pressions et des chantages” ⁽¹⁴⁾.

Tais questões — como usar os dados? Em que condições podem eles ser utilizados? Quem os pode obter? — referem-se aos DIREITOS HUMANOS — armazenamento de dados de toda natureza, não apenas de caráter doutrinário, jurisprudencial, mas relacionados com o indivíduo e sua vida. Substituem-se papéis pelo armazenamento de dados para efeitos tributários, penais, etc. a respeito dos quais a própria lei estabelece sigilo. Não podem, pois, ser fornecidos sem fundamento de natureza legal.

São *direitos humanos* que precisam ser preservados, aumentando-se a segurança com relação ao uso, inclusive quanto à IDONEIDADE dos programadores para não permitir que, a título de facilitar o manuseio de dados, se promova uma devassa na vida dos contribuintes.

Já se procura mesmo, através do uso de dados no computador, permitir não somente seu uso e colheita, mas também elementos conclusivos para o usuário.

Assim, processa-se à inclusão de dados pré-jurídicos úteis para a ordem econômica e social, que dizem respeito à situação de vida das pessoas e que propiciam, ao lado de situações já conhecidas, a inferência de dados que servem de base a novas situações concretas.

Por exemplo, em matéria de direito sucessório, nos Estados Unidos, pelo levantamento das leis adjetivas estaduais, decisões de diferentes casos, comparando condições econômico-sociais, o computador fornece informações, prevendo situações que venham a ocorrer.

(13) BRAIBANT, Guy. La protection des droits individuels au regard du développement de l'informatique. *Revue Internationale de Droit Comparé*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, n. 4, oct./déc. 1971, pp. 793-817.

(14) BRAIBANT, Guy. Ob. cit., p. 815.

Outro ponto relevante é a exigência de que as pessoas sejam informadas, comunicadas, por quem usa o computador, dos dados que nele constam a seu respeito, porque podem ser fornecidos elementos inverídicos.

É necessário o resguardo à revelação ilícita dos fatos, e, para coibir tal abuso, alguns países vêm tomando providências de caráter legal, como, por exemplo, na Suécia, onde o "Ombudsman" tem a tarefa de fiscalizar o funcionamento do computador e o fornecimento de dados, com a finalidade de preservar a privacidade dos indivíduos.

Existe ainda o risco de que os analistas de sistemas sejam encarregados, pelas autoridades políticas, de estudar um grande problema financeiro, econômico, político, estratégico. Os analistas poderiam não colocar no computador todos os dados, ou ainda excluir alguns necessários à análise do problema e à formulação dos termos de opção e, assim, "influenciar" a resposta que dará o computador. Podem tais omissões resultar de esquecimento involuntário ou, como por exemplo, num esquema de programação que não comporte todos os dados que intervêm na análise da solução do problema, resultando de erros iniciais, da mesma maneira que há erros de planejamento.

Podem, ainda, ocorrer omissões voluntárias, deturpando o uso do computador, e no qual o poder político, por inúmeras razões, deposita confiança.

Por isso, num artigo do *New York Times*, o professor SOHN fazia o seguinte comentário:

"Uma conspiração de tecnocratas no mundo moderno poderá ser mais perigosa do que um "complot" de generais."

DONN B. PARKER, no seu livro *Crime by Computer* (New York, Charles Scribner's sons, 1976), cita inúmeros casos de fraude com o uso do computador, em empresas públicas e privadas. Problemas como o de uma grande companhia de seguros, envolvida em uma operação fraudulenta incriminando mais de vinte pessoas da alta direção da empresa, que elaboraram 64.000 apólices falsas e que provocaram grandes prejuízos para outras pessoas e empresas.

Também cita o caso do contador-chefe de uma pequena firma que simulou atividades fictícias pelo computador, permitindo um desfalque no valor de um milhão de dólares.

Por tais problemas, adverte AUGUSTIN BRIBBIN, em artigo publicado em *O Estado de S. Paulo*, de 7-8-77:

"Os programadores que trabalham em projetos ligados à segurança nacional geralmente são submetidos a uma investigação completa sobre seus antecedentes. Na opinião dos especialistas em segurança de computadores, os programadores que trabalham em programas envolvendo importantes segredos co-

merciais ou financeiros deveriam ser submetidos ao mesmo tipo de investigação.”

“Finalmente”, acrescenta, “os computadores e os programas deveriam ser modificados a fim de incluir **MEDIDAS DE SEGURANÇA TÉCNICAS**, que já estão disponíveis, mas são pouco usadas”.

VIII) *Técnicas de recuperação de informações, particularmente de dados jurídicos*

Convertido em instrumento extraordinariamente valioso, e, em alguns casos, até imprescindível, em face do volume imenso de informações a serem tratadas, multiplica-se vertiginosamente a utilização do computador para os diversos fins: na Administração, no Judiciário e no Legislativo, cada qual para determinados fins específicos, aproveitando-se da **INFORMÁTICA** para execução de trabalhos que, de outra maneira, exigiriam um volume imenso de trabalho manual ou mecânico.

Segundo o professor russo A. I. MIKHAILOV ⁽¹⁵⁾, informática é a disciplina da ciência que investiga a estrutura e propriedades (não conteúdo específico) da informação científica, bem como as regularidades da atividade da informação científica, sua teoria, história, metodologia e organização. O objetivo da informática é desenvolver meios e métodos ótimos de apresentação científica.

A informática trabalha com a informação, no sentido de tudo aquilo que pode ser comunicado entre homens e máquinas, como uma notícia no *Diário Oficial*, uma revisão jurisprudencial etc.

As máquinas aperfeiçoam a informação, que pode ser conservada, transmitida, transformada ou combinada.

Pressupõe, a informática jurídica, que a pesquisa toda tenha por finalidade a utilização do computador eletrônico. Trata-se de criar programas específicos que permitam memorizar no computador um determinado tipo de documentação e recuperá-lo em seguida, selecionando-o por assunto ⁽¹⁶⁾.

A principal controvérsia na recuperação das informações jurídicas diz respeito à memorização de textos resumidos ou de textos integrais.

O jurista necessita conhecer os textos *das leis*; em seguida, ele precisa conhecer as *sentenças*; e, finalmente, é de seu interesse também conhecer a posição da *doutrina*, que pode ser representada pela opinião dos estudiosos expressa nos manuais ou pelo parecer de um especialista no caso concreto.

(15) MIKHAILOV, A. I., CHERNYL, A. & Giliarevsky, R. S. Informatics: new name for the theory of scientific information. *FID News Bulletin*. Hala, v. 17, n. 7, pp. 70-4.

(16) LOSANO, Mário. *Lições de Informática Jurídica*. S.P., Resenha Tributária, p. 237.

Assim, a recuperação de informações em cada um destes níveis (lei, sentença, doutrina) deve considerar:

LEIS: justamente porque a norma é geral e abstrata, enquanto o caso é único e concreto, é preciso estabelecer se um determinado caso pode ser relacionado a determinada norma. A importância de cada um dos elementos da norma é tal que, tratando-se de leis, é oportuno memorizar o texto integral (*full text*). Não se pode perder sequer uma palavra de uma lei, sob pena de prejudicar seriamente a sua compreensão.

SENTENÇAS: pode-se utilizar um resumo, como no sistema italiano, onde a Corte Suprema prepara um documento condensado, distinto do original; ou, como no sistema francês, onde se escolhem, dentro do texto original da sentença, as partes mais significativas e que melhor ilustram a decisão enunciada na sentença.

DOCTRINA: o sistema ideal seria o de se armazenar na memória do computador livros, revistas e folhetos, de maneira que fosse suficiente um video-terminal para uma visão de todos os trabalhos. Todavia, além de seu alto custo, apresenta o problema de direitos autorais de reprodução, que torna inviável tal solução (17).

Assim, habitualmente, encontra-se memorizada apenas a *citação bibliográfica* das obras de doutrina. Isto significa que, pedido determinado assunto, será encontrado não o texto do volume que interessa, mas apenas a sua referência bibliográfica. Conheceremos o texto da obra apenas recorrendo a uma biblioteca, que completará, assim, o dado do computador.

O armazenamento de tais dados no computador processa-se, frequentemente, pelo uso de **PALAVRAS-CHAVE**. São aquelas palavras que, escolhidas nos textos memorizados, representam, em conjunto, o assunto de que trata cada documento, e que permitem sua recuperação.

Daí a expressão "key word in context" (palavra-chave no contexto) ou **KWIC**, como são conhecidos os índices atualizados para automatização de documentos. Pelo método **KWIC** cada palavra é lida pelo computador e comparada a uma lista de palavras não significativas, tais como: conjunções, artigos, pronomes etc. Localizam-se, primeiro, as palavras consideradas significativas; após são classificadas em ordem alfabética e impressas nesta mesma ordem, acompanhadas de parte correspondente do texto.

As palavras-chave são utilizadas tanto no caso do texto integral, quanto no resumo ou em referências bibliográficas. A técnica informática consiste em escolher os termos significativos, de tal forma que o seu conjunto represente os assuntos tratados no texto.

(17) LOSANO, Mário. Op. cit., p. 121.

ANDRÉ DUNES define a indexação como “L’opération qui consiste à lier un document — indépendamment de la forme et de son contenu — a un certain nombre de concepts dont l’ensemble représente “l’image” du document analysé” (18).

A listagem de palavras-chave faz parte de um “thesaurus” que também é conhecido pela denominação de “dicionário”.

O “thesaurus” pode ser definido, segundo JEAN DELAHODDE como:

“une liste de termes normalisés, conventionnels, formant le langage documentaire. Chaque terme représente un champs sémantique ou documentaire qui déborde, généralement largement la définition que donnera le dictionnaire. Ce champs documentaire est illustré par le terme lui-même, accompagné de synonymes, de quasi-synonymes et des mots apparentés. De plus, on s’efforce de préciser certains liens entre champs voisins: généralité, spécificité, associativité” (19).

Para justificar a automatização da massa de textos jurídicos, de maneira tecnicamente possível e compensadora, é necessário estabelecer um esquema de trabalho que deverá compreender:

- 1) definição dos textos a memorizar;
- 2) utilização de um sistema para pesquisa e atualização dos textos;
- 3) elaboração dos programas de comando para computadores;
- 4) escolha do material — a capacidade do computador deve corresponder à demanda dos serviços;
- 5) seleção de pessoal especializado;
- 6) organização e funcionamento do centro de informações a ser implantado;
- 7) área de abrangência (a nível nacional ou também com o estrangeiro);
- 8) estimativa de custos.

IX) *Teleprocessamento*

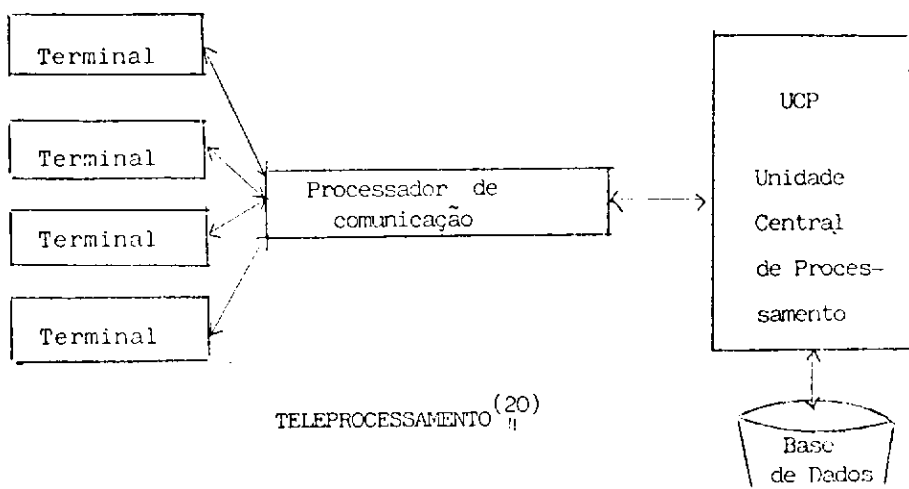
Os computadores modernos possuem a vantagem de terem unidades de entrada e de saída ligadas à unidade central de processamento por um cabo, que transmite sinais de informação por meio de impulsos elétricos.

(18) DUNES, André. *Esquisse d’une Théorie des Abstrats*. Paris, Dalloz, 1969, p. 5.

(19) DELAHODDE, Jean. *Le Traitement de l’Informatique Juridique*. Paris, Librairie Technique, 1968, p. 61.

Prolongando-se este cabo, ou substituindo-o por outras formas de transmissão e transferindo os terminais para as várias zonas de uma cidade, de um Estado, ou do mundo, pode ser criada uma rede onde vários terminais estão ligados ao mesmo computador.

Portanto, uma pluralidade de usuários pode utilizar, ao mesmo tempo, da mesma unidade central. Isto, para quem se dedica à informática jurídica é fundamental, pois significa ter um escritório central especializado que se encarregará de realizar todo o trabalho necessário de coleta de dados, codificação e memorização, enquanto numerosos usuários externos aproveitarão este trabalho, sem outro problema, a não ser o de dirigir perguntas à unidade central.



Os quatro usuários indicados na figura poderiam ser: um tribunal, uma biblioteca, um escritório de consultoria fiscal e uma sociedade comercial. Os serviços que pretendem desenvolver através do computador são heterogêneos. Em consequência disso, diferentes são os programas para cada um deles. Na memória interna, no setor reservado aos programas, encontram-se, por exemplo, quatro programas diferentes, cada um deles dizendo respeito a um dos usuários. É possível estabelecerem-se horários de uso para cada um dos programas. Também é possível desenvolver-se um *processamento de dados a distância*, denominado TELEPROCESSAMENTO, fazendo com que os programas sejam desenvolvidos

(20) LOSANO, Mário. *Lições de Informática Jurídica*. São Paulo, Resenha Tributária, 1974, p. 110.

ao mesmo tempo, isto é, desenvolve-se uma parte do primeiro programa até determinado ponto; depois, uma outra parte de um outro programa, e assim por diante.

Desta forma, a técnica do processamento de dados a *distância* (teleprocessamento) é unida à técnica do processamento de dados em tempo compartilhado (*time sharing*).

Estas duas técnicas de tratamento simultâneo e de tempo compartilhado são fundamentais para o processamento de dados e, de modo especial, para a informática jurídica.

Se o usuário necessitar, a unidade de saída da máquina poderá fornecer impresso, com presteza, o texto objeto da consulta.

X) *O computador a serviço da Justiça — O Projeto DATAJUS no Tribunal Federal de Recursos*

Com a introdução do Projeto DATAJUS ⁽²¹⁾, sob a Coordenação Geral dos Drs. JORGE I. AMARAL PALET e MAURÍCIO MARANHÃO AGUIAR, que o Tribunal Federal de Recursos mantém com a empresa DATAPREV, vinculada ao Ministério da Previdência e Assistência Social, inicia-se para o Poder Judiciário, uma nova era, pois passa a utilizar-se de uma série de novas ferramentas disponíveis oferecidas pela tecnologia mais avançada da atualidade, para a solução de seus grandes problemas, resultantes também do crescimento do País.

Visa, primordialmente, fornecer suportes operacionais necessários à ampliação de sua capacidade e, em consequência, à dinamização de seu atendimento.

Além dos problemas existentes na Primeira Instância da Justiça Federal, a Segunda Instância, representada pelo Tribunal Federal de Recursos, também ressentia-se do mesmo problema de elevado volume de trabalho, superior à sua capacidade, não obstante a utilização de diversos meios e alterações de procedimento, e de estrutura, em seus trinta anos de atividade.

Com o advento da Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar nº 35/79), novas alterações estruturais foram determinadas, fundamentais, juntamente com o aumento do número de Ministros de 19 para 27 e das Turmas, de 4 para 6.

Para possibilitar a redistribuição dos processos dentro do critério de especialização das matérias, além de exigir um sistema dinâmico, ajustável às mutações futuras, tornou-se imperativo o uso de meios compatíveis.

Assim, além da necessidade de integração das duas Instâncias, que constituem etapas sucessivas do mesmo andamento processual, somente

(21) DATAJUS, Projeto — *O computador a serviço da Justiça* — Texto informativo.

poderiam ser executadas com a utilização do processamento eletrônico de dados, capaz de solucionar a complexidade decorrente da nova sistemática.

Logo, conscientes dos benefícios advindos com o uso do sistema na Justiça Federal de Primeira Instância, em São Paulo e no Rio de Janeiro, os Ministros do Tribunal Federal de Recursos decidiram-se pela implantação do sistema na área do Tribunal, de forma integrada com sua utilização na Primeira Instância.

B) Objetivos do Projeto

Dentro da idéia geral de dar suporte de processamento de dados à Justiça Federal de Primeira Instância e ao Tribunal Federal de Recursos, o projeto inclui diversos objetivos, tais como:

1 — montagem de um banco de dados, a partir do cadastro de processos ajuizados, contendo todos os elementos sobre os mesmos, inclusive a classificação por assunto;

2 — distribuição automática dos feitos, eqüitativa e de forma aleatória, incluindo a autuação e registro, na mesma oportunidade, a partir da entrada do feito, com emissão de peças processuais e de controle;

3 — acompanhamento permanente do andamento das ações em suas diversas fases (processuais e físicas), através de terminais de teleprocessamento, com acesso imediato e direto, com emissão de relatórios aos Ministros do Tribunal Federal de Recursos, juizes, funcionários e procuradorias, com relação ao decurso de prazos previamente determinados, além de pesquisas para localização de autos e até fornecimento de elementos para sua restauração;

4 — emissão de certidões de distribuição, cujo volume sobrecarrega os funcionários, possibilitando um melhor aproveitamento de suas capacidades. (Em implantação.)

Como subproduto o projeto procederá também à baixa automática na distribuição, a partir da extinção do feito, com reflexos imediatos nas certidões emitidas automaticamente.

Efetuará ainda, de forma automática, os cálculos das execuções e custas, com atualização permanente, reunindo a maior soma possível de informações sobre cada ação, visando o atendimento permanente de consulta das partes, de forma centralizada, evitando o fluxo desnecessário das mesmas pelas inúmeras Varas.

XI) O Projeto do Usuário — TFR

O "Projeto do Usuário — TFR" dispõe sobre a alimentação permanente do Banco de Dados — JTFR. Para tanto, compromete-se o

PRODASEN a armazenar 100 (cem) documentos, por dia, de informação jurisprudencial daquela Corte de Justiça.

Visa este banco de dados incluir, gradativamente, todas as decisões, passadas e futuras, do TFR, através de alimentação contínua de informações fornecidas pela Subsecretaria de Análise do referido Tribunal.

Esta alimentação do Banco de Dados — JTFR — faz-se segundo rotina definida no “Projeto do Usuário — TFR”, com o envio, pela Subsecretaria de Análise e Documentação, órgão ligado à Secretaria de Informática e Documentação da referida Corte, dos “Formulários Analíticos de Transcrição de Textos (FATT)” devidamente preenchidos.

Para isso, deve a Subsecretaria de Análise incumbir-se de determinada rotina, analisando os acórdãos, catalogando-os e indexando-os. Utiliza-se, para estas tarefas, de um catálogo específico e do Thesaurus da Subsecretaria de Análise do Senado Federal.

A formação do Catálogo de Jurisprudência do TFR obedece ao critério de classificação por “matéria/assunto”, dentro dos parâmetros gerais utilizados para pesquisa atual nos arquivos manuais dos Tribunais Superiores. Assim, cada termo é formado por um máximo de três níveis, sendo que os membros de segundo e terceiro níveis estão na relação, antecédidos por dois ou três asteriscos, respectivamente, possuindo, também, uma codificação que corresponde a todo o termo, ou seja, a todos os níveis do mesmo termo. O Catálogo é revisto periodicamente, de modo a nele se acrescerem novos termos.

Explicando o processo de análise de acórdãos com o uso do Catálogo, diz o Dr. TIAGO ROSA DA SILVA FILHO, Diretor daquela Subsecretaria de Análise, quando da implantação do sistema:

“O analista, após a leitura do acórdão, determina o tema principal do mesmo, procurando encontrar, no Catálogo, referido tema com seus níveis e subníveis. Não o encontrando, será feita a comunicação entre os colegas para uma verificação maior e, reunidos com o Diretor da Unidade, discutir-se-á a viabilidade ou não da criação do referido tema no Catálogo. Parece demasia dizer-se que o analista determina o tema principal do acórdão, quando se sabe que a ementa é o âmago do mesmo. Convém, entretanto, esclarecer: o analista tem a preocupação maior com a padronização da linguagem a nível de pesquisa e da conseqüente recuperação no computador. O autor do acórdão, ao elaborar sua ementa, se preocupa, geralmente, com a parte jurídica da decisão, não lhe interessando, de ordinário, como vai ser pesquisada a jurisprudência ditada no momento, mas os fundamentos jurídicos que o levaram a decidir” (22).

(22) Relatório dos Trabalhos realizados no TFR/1980. Poder Judiciário TFR, p. 17.

Prossegue ele exemplificando quanto a um processo que verse sobre desapropriação e conclua o analista que a jurisprudência formalizada no acórdão refere-se à fixação de honorários advocatícios. Catalogará, então:

| | |
|--------------|--------|
| HONORARIOS | Aφ7φ42 |
| ** ADOVAGADO | Aφ7φ42 |

Em seguida, extrairá do conteúdo do acórdão todas as palavras-chave essenciais, enriquecendo o campo de recuperação do documento, e, dentre estas, “desapropriação” não escapará como termo importante na indexação. Assim:

| | |
|----------------------|--------|
| Catálogo: HONORARIOS | Aφ7φ42 |
| ** ADOVAGADO | Aφ7φ42 |

Indexação: Honorários, Advogado, Fixação, Desapropriação Direta (DNER) etc.

“A catalogação é tema principal, as outras palavras-chave complementam a pesquisa, enriquecendo-a. Estas palavras-chave são dispostas hierarquicamente segundo o seu grau de importância, obedecendo ao índice de termos controlados, isto é, a um Thesaurus existente no Banco de Dados do PRODASEN (e fornecido ao Tribunal) que autoriza os termos a serem usados pelo analista. Com este procedimento, usando o Catálogo e o Thesaurus, evita-se a diversidade de tratamento do acórdão pelos diversos analistas.

Se, ao catalogar, o analista tiver dúvida entre um ou outro tema, por serem os dois igualmente importantes, usará um na catalogação e o outro como palavra-chave na indexação. Feito isto proceder-se-á ao preenchimento do FATT (Formulário Analítico de Transcrição de Textos) dentro da técnica estabelecida pelo PRODASEN, lançando também os precedentes” (23).

Dessa forma, tendo toda a jurisprudência do TFR espelhada no vídeo (terminal), facilita-se a PESQUISA, que pode dar-se por variadas formas: só as decisões de determinado Ministro, só as do Tribunal Pleno, de uma das Seções ou de determinada Turma, ou só as decisões publicadas em certa audiência de publicação de acórdãos.

Um outro sistema de pesquisa pode ser feito usando o código da catalogação. Os últimos níveis de cada grupo têm um código que determina a resposta pretendida. Exemplificando com a expressão “correção monetária”, se pesquisada no Banco de Dados — JTFR —, dará resposta a um número razoável de documentos, usada que é em diversos grupos, como: Débito Fiscal, Imposto de Renda, Multa Fiscal, Responsabilidade Civil, Depósito Judicial etc. Entretanto, se pedirmos a codificação Aφ51φ4,

(23) Relatório, *id.*, pp. 19, 20.

virão todos os acórdãos que tratam de correção monetária, mas só em Depósito Judicial, cujo código lhe pertence (24).

Ressalta, ainda, o Dr. TIAGO ROSA DA SILVA FILHO a imensa possibilidade de pesquisa, pois mesmo “não constando no Catálogo o termo sugerido na pesquisa, o operador do terminal se utilizará do Thesaurus, fazendo-se necessário, para isso, que conheça o índice de Termos Autorizados, tanto quanto o analista, cabendo, dessa maneira, ao operador traduzir e interpretar o nível da pesquisa, mesmo feita por um leigo. Por qualquer termo da indexação, independentemente do Catálogo, o pesquisador também terá acesso à jurisprudência desejada”.

XII) Conclusão

1) Nascido originariamente como máquina de calcular, o computador desenvolve hoje operações não somente aritméticas, mas também lógicas. Segundo o professor LOSANO, chamá-lo, pois, de “calculador eletrônico” é impreciso, porque indica apenas uma parte das atividades que ele é capaz de desenvolver. É preferível, então, usar expressões como “computador eletrônico” ou “ordinateur” que sublinham justamente esta capacidade de efetuar também operações lógicas. Deve ser evitado, ao contrário, o termo “cérebro eletrônico”, pois, ainda que o computador possa ser considerado o modelo simplificado do cérebro humano, existe uma distância tão grande entre os resultados alcançados pelo primeiro em relação aos do segundo que uma analogia entre os dois não é possível (25).

2) Considerando o direito como um fenômeno lingüístico, mas também, e essencialmente, como um fenômeno social, converte-se num ideal tratá-lo com uma linguagem rigorosa, que tem como meta a ciência atual em seu mais alto grau de desenvolvimento, objetivando dar ao direito tratamento semelhante ao das ciências exatas. Segundo NORBERTO GRIFFA, enquanto o direito é visto como ciência social, há parcelas em que esta metodologia abre novos campos de investigação, particularmente através da vinculação entre direito e cibernética (26).

3) Por meio de uma indexação bem feita pode-se extrair da memória do computador todos os documentos relativos a determinado tema. Para tanto, aconselha AUREL DAVID que se organize uma equipe composta de juristas, lingüistas, documentadores e lógicos. O direito contém uma parte central e primitiva, que, em nossa epistemologia tal como ela se comporta por cerca de três mil anos, pertence ao domínio da inspiração humana, indemonstrável e indefinível. Mas deste centro

(24) Relatório, *id.*, *ib.*, p. 20.

(25) LOSANO, Mário. *Lições de Informática Jurídica*, ob. cit. p. 6.

(26) GRIFFA, Norberto. *Definiciones Retóricas*. Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1975, pp. 3 e 4.

pende uma imensa parte periférica construída e construível logicamente (27).

4) Com as diversas experiências e implantações que têm sido feitas nos campos legislativos, administrativos e judiciários, haverá maior rapidez e exatidão nos procedimentos materiais que independem do raciocínio, uma dinamização do direito não só na área de pesquisa documental, em busca de informações, como até numa fase mais elaborada, de produção do direito, como auxiliar do trabalho dos juizes e dos legisladores, tudo isso, em última análise, no benefício do principal objetivo da Justiça, que é a paz social.

(27) DAVID, Aurel. A pesquisa documental automática. RPGE. Porto Alegre, v. 4, n. 9, 1974, pp. 11-34.

BIBLIOGRAFIA

- (1) ABRANCHES, Carlos Alberto Dunshe de. A aplicação da cibernética ao direito e à administração da justiça. RJ, R.DPG, n. 25, 1971, pp. 12-42.
- (2) AITCHISON, J. & Gilchrist, A. *Manual para Construção de Thesaurus*. RJ, BNG/ Braslart, União Editorial Ltda., 1979.
- (3) ANDRADE, Luiz Antonio. Direito e informática jurídica. *Revista do Inst. dos Adv. do Brasil*. RJ, n. 61, 2º sem/1983, pp. 41-47.
- (4) ATIENZA, Cecília Andreotti. *Documentação Jurídica: Introdução à Análise e Indexação de Atos Legais*. Rio de Janeiro, Achiamé, 1979.
- (5) BERTALANFFY, Ludwing von. *Teoria Geral dos Sistemas*. 3ª ed. Trad. Francisco M. Guimarães. Petrópolis, Vozes, 1973.
- (6) BRAIBANT, Guy. La protection des droits individuels au regard du développement de l'informatique. *Revue Internationale de Droit Comparé. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*, n. 4, oct./déc., 1971.
- (7) BUFFELAN, Jean-Paul. *Introduction à l'Informatique Juridique*. Paris, Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, 1975.
- (8) CAVALCANTI, Cordélia Robalinho. *Novos Métodos de Pesquisa Legislativa. Do Processo Legislativo*. Brasília, Câmara dos Deputados, 1972, pp. 571-89.
- (9) CHAMOUX, Jean-Pierre. *Le Juriste et l'Ordinateur*. Paris, Librairie Technique, 1972.
- (10) CHOURAQUI, Allan. *L'Informatique au Service du Droit*. Paris, Presses Universitaires de France, 1974.
- (11) DAVID, Aurel. *La Cibernétique et l'Humain*. Saint-Amand, Idées, 1970.
- (12) ———— *Matière, Machines, Persones*. Paris, Bordas, 1973.
- (13) ———— A pesquisa documental automática. *Rev. da Proc.-Geral do Estado*. Porto Alegre, Inst. de Infor. Jurídica, v. 4, n. 9, 1974, pp. 11-34.

- (14) FROSINI, Vittorio. *Cibernetica, Diritto e Società*. Milão, 1968.
- (15) GRIFFA, Norberto. *Definiciones Retóricas*. Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1975.
- (16) GARCIA, Dinio de Santis. *Introdução à Informática Jurídica*. SP, José Bushatsky, 1976.
- (17) JACKER, Corinne. *Uma Introdução à Cibernetica*. Rio de Janeiro, Forense, 1970.
- (18) LOSANO, Mário. *Lições de Informática Jurídica*. São Paulo, Resenha Tributária, 1974.
- (19) ————. *Informática Jurídica*. Trad. Giacomina Faldini. São Paulo, Saraiva, 1976.
- (20) ————. *Sistema e Struttura nel Diritto*. Torino, G. Giappichelli, dez. 1968, vol. 1º
- (21) MIKALOV, A. I., CHERNYL, A & GLIAREVSKY, R. S. Informatics: new name for the theory of scientific information. *FID News Bulletin*. Hala, v. 17, n. 7, pp. 70-4, 1967.
- (22) PARKER, Donn B. *Crime by Computer*. New York, Charles Scribner's Sons, 1976.
- (23) PASK, Gordon. *Uma Introdução à Cibernetica*. Coimbra, A. Amado, Sucessor, 1970.
- (24) POUND, Roscoe. *Social Control Through Law*. New Haven, 1942.
- (25) RADBRUCH, Gustav. *Filosofia del Derecho*. Trad. S. Cabral de Moneada. 4ª ed., Coimbra, A. Amado, 1961.
- (26) REALE, Miguel. *O Direito como Experiência. Introdução à Epistemologia Jurídica*. São Paulo, Saraiva, 1968.
- (27) SANT'ANNA, Rubens. *Informática Jurídica — Cibernetica — Tecnologia e Direito*. Porto Alegre, Inst. Adv. Rio Grande do Sul, 1974.
- (28) SCHREIBER, Rupert. *Lógica del Derecho*. Buenos Aires, SUR, 1967.
- (29) SICHES, Luis Recaséns. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. 2ª ed., México, 1973.
- (30) ————. *Los Temas de la Filosofía del Derecho en Perspectiva Histórica y Visión de Futuro*. Barcelona, Bosch, 1934.
- (31) SLUCKIN, Wladyslaw. *La Cibernetica. Cerebros y Máquinas*. Buenos Aires, Nueva Visión, 1971.
- (32) TENORIO, Igor. *Diritto & Cibernetica*. 3ª ed., Rio, 1975.
- . *Sobre Informática Jurídica no Brasil*. Rio de Janeiro, 1973 (Separata de Jurídica, Rev. de Divisão Jurídica do IAA).
- (33) WIENER, Norbert. *Cibernetica e Sociedade — O Uso Humano de Seres Humanos*. 3ª ed., São Paulo, Cultrix, 1970.
- et alii. *O Conceito de Informação na Ciência Contemporânea*. RJ, Paz e Terra, 1970.

Obras publicadas pela
Subsecretaria de Edições Técnicas (*)

À venda na SSETEC (Senado Federal — 22.º 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 83.

“ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

(NÚMEROS 1 a 80)

Distribuição gratuita

“COLEÇÃO DE ATOS INSTITUCIONAIS, ATOS COMPLEMENTARES E
DECRETOS-LEIS”

Volumes à venda: 6º a 16º

(*) Não estão relacionadas as obras esgotadas.

“PROCESSO LEGISLATIVO” (3ª ed. – 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 – com suplemento de atualização – 1984)

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.

“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.

"CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL"

(formato de bolso) (9ª edição – 1984)

Texto consolidado da Constituição do Brasil, de 24-1-67, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 1, de 17-10-69, e as alterações feitas pelas Emendas Constitucionais n.ºs 2/73 a 24/83.

Notas explicativas com as redações originais dos dispositivos alterados.

Minucioso índice temático.

"REFORMA ADMINISTRATIVA – ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL" (4ª edição – 1984)

Decreto-Lei nº 200/67 – Texto atualizado e anotado.

Legislação alteradora.

Legislação correlata.

"CÓDIGO DE MENORES" (2ª edição – 1984)

Lei nº 6.697/79. Comparação com a legislação anterior. Anotações (legislação; pareceres; comentários). Histórico da Lei (tramitação legislativa). Informações.

"SEGURANÇA NACIONAL" (2ª edição – 1982)

– Lei nº 6.620/78 – texto, índices sistemático e temático

– Textos constitucionais e legislação ordinária

– A lei de 1978 comparada à legislação anterior

– Anotações (opiniões e legislação correlata)

– Histórico da Lei nº 6.620/78 (tramitação legislativa)

"SEGURANÇA NACIONAL" (edição – 1984)

– Lei nº 7.170, de 14-12-1983 – texto com índice temático.

– Quadro comparativo da Lei nº 7.170/83 com a Lei nº 6.620/78.

– Anotações.

– Histórico (tramitação legislativa) da Lei n.º 7.170/73,

– Subsídios para a elaboração da Lei nº 7.170/73.

“CÓDIGO CIVIL – Projeto de Lei da Câmara nº 118, de 1984” (edição 1984)

Quadro comparativo do Projeto de Lei da Câmara nº 118, de 1984 (nº de origem: 634, de 1975).

Notas: Emendas aprovadas pela Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 634, de 1975.

6 volumes = 1º volume – Parte Geral
2º volume – Direito das Obrigações
3º volume – Direito de Empresa
4º volume – Direito das Coisas
5º volume – Direito de Família
6º volume – Direito das Sucessões, Livro Complementar – Disposições Finais e Transitórias

“CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS” (edição 1984)

Constituição da República Federativa do Brasil – texto constitucional vigente (consolidado, anotado e indexado)

Constituições de todos os Estados da Federação (textos atualizados, consolidados e anotados com as redações anteriores e as declarações de inconstitucionalidade). Remissões à Constituição federal.

Leis Complementares de criação dos Estados do Rio de Janeiro, de Mato Grosso do Sul e de Rondônia.

Índice geral temático das Constituições estaduais.
4 volumes

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: nºs 85 (janeiro/março de 1985) a 88 (outubro/desembro de 1985).

Preço Cr\$ 48.000

Dirija seu pedido à

Subsecretaria de Edições Técnicas

SENADO FEDERAL

Brasília - DF - 70160

Atende-se também pelo reembolso postal

Rede de Bibliotecas depositárias das publicações da Subsecretaria de Edições Técnicas

Biblioteca Nacional
Instituto Nacional do Livro
Senado Federal
Câmara dos Deputados
Tribunal de Contas da União
Presidência da República
Procuradoria-Geral da República
Consultoria-Geral da República
Supremo Tribunal Federal
Tribunal Federal de Recursos
Superior Tribunal Militar
Tribunal Superior 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