

# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

ABRIL A JUNHO 1987

ANO 24 • NÚMERO 94

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

a. 24 n. 94 abril/junho 1987

*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:**

JOÃO EVANGELISTA BELÉM

---

---

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. legsl.	Brasília	a. 24	n. 94	abr./jun. 1987
----------------	----------	-------	-------	----------------

---

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

---

Preço deste exemplar: Cz\$ 40,00

Encomendas à Subsecretaria de Edições Técnicas

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

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

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

Diretores: 1964- Leyla Castello Branco Rangel

ISSN 0034-835X

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



CDD 340.05  
CDU 34(05)

## SUMÁRIO

	<i>Pág.</i>
A Constituição do Império — <i>Paulo Bonavides</i> .....	5
A Constituição de 1934 — <i>Josaphat Marinho</i> .....	17
A. transição constitucional brasileira e o Anteprojecto da Comissão Afonso Arinos — <i>Jorge Miranda</i> .....	29
Mudança social e mudança legal: os limites do Congresso Constituinte de 87 — <i>José Reinaldo de Lima Lopes</i> .....	45
A. Constituição em questão — <i>Eduardo Silva Costa</i> .....	59
O bicentenário da Constituição americana — <i>Ricardo Arnaldo Malheiros Ftusa</i> .....	69
Constituinte e segurança pública — <i>José Alfredo de Oliveira Baracho</i> .....	79
Relações exteriores e Constituição — <i>Paulo Roberto de Almeida</i> .....	109
Os novos Estados como novos atores nas relações internacionais — <i>Sérgio França Danese</i> .....	121
O Ministério Público Federal e a representação judicial da União Federal — <i>Edylcéa Tavares Nogueira de Paula</i> .....	135
Constituinte e meio ambiente — <i>Paulo Affonso Leme Machado</i> .....	159
Interesses difusos: a ação civil pública e a Constituição — <i>Alvaro Luiz Valery Mirra</i> .....	169
Suspensão da executividade das leis — <i>Carlos Roberto Pellegrino</i> ..	175
Natureza das decisões do Tribunal de Contas — <i>J. Cretella Júnior</i> ..	183
Apontamentos sobre imunidades tributárias à luz da jurisprudência do STF — Parte 2: A imunidade tributária dos partidos políticos e das instituições de educação — <i>Ruy Carlos de Barros Monteiro</i> ..	199
Dias feriados — <i>Sebastião Baptista Affonso</i> .....	221
Do voto distrital — <i>Paulo Gadelha</i> .....	249
A-liberdade de culto no pleito de 15-11-86 — <i>Jessé Torres Pereira Júnior</i> ..	253
Derecho penal y derecho sancionador en el ordenamiento jurídico español — <i>Miguel Polaino Navarrete</i> .....	263
Asistencia religiosa. Derechos religiosos de sancionados a penas privativas de libertad — <i>Antonio Beristain</i> .....	296
Integração do preso (condenado) no convívio social — o modelo da APAC de São José dos Campos — <i>Armida Bergamini Miotto</i> .....	345
 <b>PUBLICAÇÕES</b>	
Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas .....	363



# A Constituição do Império

PAULO BONAVIDES

Professor da Faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Ceará

O constitucionalismo do Império introduziu no País uma forma política de organização do poder que se inspirava em grande parte nos princípios fundamentais da ideologia liberal.

Toda análise ao texto da Constituição de 1824 e sua aplicação à realidade brasileira, durante os dois Reinados e a fase intermediária da Regência, requer necessariamente uma exposição dos valores básicos do liberalismo e de seu significado histórico para a sociedade e o Estado.

Define-se o liberalismo no plano teórico como uma filosofia da liberdade. Nessa esfera abstrata tem ele uma abrangência sem limites, porquanto, partindo de doutrinas contratualistas, busca pelas vias da razão demonstrar que o homem, titular de direitos naturais, é por essência um ente livre. De tal sorte que a sociedade e o Estado, para legitimarem suas instituições, precisam de aclamar a liberdade, inferida daquele *prius*, que é o denominado *status naturalis* ou estado de natureza.

Dessa nascente filosófica, o liberalismo partiu para uma vinculação íntima com o pensamento político e social, convertendo-se numa ideologia do poder, caracterizada, de início, pelo seu conteúdo revolucionário e vanguardeiro. Tomando dimensão histórica, entrava no reino da realidade para impugnar uma ordem de valores. Pretendia ao mesmo passo remover do plano institucional os abusos do passado, os vícios do poder, os erros da tradição, o prestígio injusto dos privilégios, enfim, suprimir séculos de autoridade pessoal absoluta, de que eram expressão concreta e histórica as chamadas monarquias de direito divino.

---

Conferência proferida no Instituto Tancredo Neves, em Brasília, a 17 de fevereiro do corrente ano, durante o Seminário sobre Constituições do Brasil.

O Estado liberal, produto acabado do liberalismo e sua ideologia, teve assim uma infância coroada das esperanças de que vinha mesmo para libertar. Os dogmas eram claros e precisos: na ordem econômica a livre empresa, a livre iniciativa, o "laissez faire, laissez passer", a livre troca, a livre competição; na ordem política, o homem-razão, o homem-governante, o homem-cidadão, o homem-sujeito, em substituição do subomem ou subser, que fora genericamente aquele súdito e servo das épocas da monarquia e do feudalismo.

Mas o idealismo e pureza desses postulados não se concretizou na realidade institucional senão durante breve período, e de modo consideravelmente incompleto. Atados sobretudo a uma única classe social, tais dogmas exprimiam os valores existenciais da "bourgeoisie" triunfante, sua hegemonia sobre a sociedade e o Estado, que ela — a burguesia — mantinha separados e ao mesmo tempo sujeitos aos interesses de sua dominação política e econômica.

Os meios instrumentais com que cimentar teoricamente os novos valores e concretizar de forma pragmática os novos interesses eram a Constituição, ata do pacto social, e a lei, expressão da vontade geral.

Da filosofia liberal, no plano da idealidade, emergiu desse modo a teoria do poder constituinte, como *suprema potestas rationis et nationis* (EGON ZWEIG), e a teoria da lei, como ato da vontade geral.

O abade SIEYÈS, autor daquela teoria, e ROUSSEAU, propugrador da "volonté générale", imperavam sobre a consciência política do século XVIII. Ambos, de mãos dadas com MONTESQUIEU, fundavam sem saber a ideologia do liberalismo, fazendo o século seguinte tributário de suas máximas de institucionalização do poder.

O Brasil oitocentista, ao princípio do século, transitava ainda do sistema colonial para a emancipação, por obra de uma elite que fez do Príncipe Regente o órgão fundador do Império, o titular da outorga da Constituição de 25 de março de 1824, objeto de reflexões subseqüentes.

As condições históricas para a implantação de uma monarquia constitucional no País, se de uma parte despontavam favoráveis, em virtude do influxo de idéias e princípios hauridos nas revoluções européias de que éramos tão-somente um reflexo, doutra parte se revelavam extremamente hostis, em razão das dificuldades quase intransponíveis oriundas da herança colonial, acrescidas por igual

do despreparo e do atraso político, econômico e social da jovem nacionalidade.

A revolução do Primeiro Reinado, se assim pudermos compendiar toda a série de acontecimentos e episódios desenrolados na primeira década da Independência, teve alcance muito mais profundo do que pode parecer à primeira vista: preparou a consciência da sociedade para aceitar, defender e aplaudir o verdadeiro pressuposto da unidade nacional, ou seja, o pacto de consenso que criou o Estado, a nação e o povo.

Durante o Primeiro Reinado, a vontade constituinte se achava menos no texto quase inaplicado da Constituição — o período todo fora de turbulência e instabilidade — do que naquelas forças vocacionalmente empenhadas em fazer o País assumir um compromisso irrevogável com os princípios da legitimidade representativa; em outras palavras, com os anseios liberais da época. Essa corrente vitoriosa fez possível a Abdicação e o Ato Adicional, bases da continuidade monárquica, porquanto, sem tais acontecimentos, a alternativa ao absolutismo seria a solução republicana precoce, de prováveis efeitos desagregadores; jamais a fórmula descentralizadora, de inspiração federativa, consumada com aquele ato.

A história constitucional do Brasil no século passado principiou aparentemente com o Projeto tosco de Antonio Carlos, oferecido aos revolucionários pernambucanos de 1817, em cuja insurreição, de cunho republicano, o patriota tomara parte. Em rigor se tratava tão-somente de uma Lei Orgânica de 28 artigos, quando muito de um esboço de Constituição, meras bases, ou simples alvitre político, feito às Câmaras Municipais de Pernambuco, talvez com o propósito de reforçar a seriedade do movimento.

Temos depois, do mesmo Antonio Carlos, o Projeto de Constituição, de 30 de agosto de 1823, que a Comissão da Assembléia Constituinte submeteu ao plenário soberano, cerca de três meses antes do golpe da dissolução.

Ao Projeto de Antonio Carlos segue-se o Projeto de 11 de dezembro de 1823, “organizado no Conselho de Estado sobre as bases apresentadas por Sua Majestade Imperial o Senhor D. Pedro I, Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil”.

O passo seguinte para a normalidade institucional do País se deu com a outorga da Constituição do Império em 25 de março de 1824.

A Constituição se manteve durante 65 anos, foi a mais longa de nossa história constitucional e singularmente aquela que rece-

beu uma única Emenda, a Lei Constitucional de 12 de agosto de 1834, o chamado Ato Adicional.

Duas leis materialmente constitucionais, de suma importância, ocorreram ainda durante a Regência: a Carta de Lei de 12 de outubro de 1832, contendo o ato de autorização para reformar a Constituição do Império, e a Lei nº 105, de 12 de maio de 1840, a célebre Lei de Interpretação que fixou o entendimento de alguns artigos da reforma constitucional. Representou essa lei, porém, do ponto de vista político, um considerável retrocesso em proveito das correntes conservadoras, adversas às teses liberais e federativas, inspiradoras do Ato Adicional.

Houve ainda, na primeira metade do século passado, dois documentos constitucionais paralelos, deveras significativos: as Bases para a Formação do Pacto Social, que outra coisa não era senão uma declaração programática de direitos fundamentais em 32 artigos, redigidos por Frei Caneca, em meio aos sucessos da Confederação do Equador, e a Constituição de Pouso Alto, um projeto de liberais, que suprimia o Conselho de Estado e o Poder Moderador.

A Constituição do Império, objeto agora de consideração, não foi na história do País a Constituição-modelo do nosso liberalismo. Com efeito, em matéria de texto só houve liberalismo na plenitude com o advento da República. Teve a Constituição, contudo, um alcance incomparável, pela força de equilíbrio e compromisso que significou entre o elemento liberal, disposta a acelerar a caminhada para o futuro, e o elemento conservador, propenso a referendar o *statu quo* e, se possível, tolher indefinidamente a mudança e o reformismo nas instituições. O primeiro era descendente da Revolução francesa, o segundo, da Santa Aliança e do absolutismo.

A Constituição retratava efetivamente um compromisso, tanto pelas origens como pelo conteúdo.

Pelas origens, porquanto o ato de outorga nascia na fase pós-constituente, quando a ferida do golpe de Estado ainda sangrava em Pernambuco, uma das províncias mais influentes do Império e onde já se preparava a segunda comoção republicana — a da Confederação do Equador. A Constituinte não passara, portanto, sem conseqüências. Até certo ponto, a alma deste poder supremo — o poder constituinte — parecia refugiar-se na vontade e nos anseios das Câmaras Municipais, onde os povos do Império, conforme a linguagem mesma do Imperador, lhe requeriam jurasse um novo projeto de Constituição. Dessas casas representativas do poder local, onde as aspirações constitucionais e o sentimento de liberdade ainda podiam respirar, resultaria, pela invocação imperial, a suposta legitimidade do ato de outorga.

Pelo conteúdo também, porque a Constituição mostrava com exemplar nitidez duas faces incontrastáveis: a do liberalismo, que fora completa no Projeto Antonio Carlos, mas que mal sobrevivia com o texto outorgado, não fora a declaração de direitos e as funções atribuídas ao Legislativo, e a do absolutismo, claramente estampada na competência deferida ao Imperador, titular constitucional de poderes concentrados em solene violação do princípio mais festejado pelos adeptos do liberalismo.

Vejamos, a seguir, alguns pontos-chaves de compreensão das estruturas políticas do Império, desde o Poder Moderador, que somava, direta ou indiretamente, competências executivas e legislativas, até a natureza do sufrágio, da representação e do poder de reforma constitucional. Urge combinar em todos esses pontos as prescrições do texto com os eventos históricos, pois, fora da ambiência fática, fica vedado o acesso à parte mais sólida da Constituição imperial, de todas as Constituições brasileiras a que esteve menos apartada da realidade e ao mesmo passo a que nos proporcionou mais tranquilidade institucional.

Foi o Poder Moderador a criação polêmica, por excelência, do direito constitucional do Império e assim permaneceu durante toda a vigência da monarquia. Tem-se-lhe discutido tanto a latitude quanto a natureza e funções. Uma só questão política — a do federalismo — excedeu talvez o calor da discussão sobre o instituto, celebrado com encômios pelos adeptos da escola conservadora, mas visto sempre com suspeita entre os liberais e opositores do trono.

Com efeito, havia fundadas razões para o temor e a desconfiança de federalistas, liberais e republicanos, com respeito àquela inovação que a praxe constitucional de outros países desconhecia. Pelo menos a da Europa, cujas instituições nos haviam servido de modelo. Demais, fora ela colhida nos livros, extraída das reflexões de um publicista-filósofo e prosador. Fizera com o Império sua estréia, fadada, porém, a produzir resultados imprevisíveis.

Quem lê a Constituição do Império há de averiguar que havia justificados fundamentos para convalidar o receio dos que opugnavam a introdução do novo poder. Seu ingresso no texto da Constituição, qual ocorrera, importava já uma ofensa ao princípio concebido para fazer a liberdade e a harmonia dos poderes. O Poder Moderador fora aqui introduzido de forma diferente, tamanha a soma, a profundidade e a extensão das competências assinadas ao seu titular, que não o era de um só poder, senão de dois, visto que em sua pessoa vinha acumular-se também a titularidade executiva.

Em suma, o Poder Moderador, qual constava da Constituição, se opunha tanto à doutrina de MONTESQUIEU, da separação de

poderes, como à de CONSTANT, que era a doutrina do poder neutro ou poder judiciário dos demais poderes.

O Poder Moderador da Carta do Império é literalmente a constitucionalização do absolutismo, se isto fora possível. Nesse ponto TOBIAS BARRETO tinha toda a razão em esconjurá-lo. Com efeito, o art. 101 estabelecia a competência do Imperador, como titular desse Poder, cabendo-lhe um feixe constitucional de nove atribuições, assim discriminadas: nomear senadores, convocar a assembléa geral extraordinária nos intervalos das sessões legislativas, sancionar os decretos e resoluções da assembléa geral, aprovar e suspender interinamente as resoluções dos conselhos provinciais, prorrogar ou adiar a assembléa geral e dissolver a Câmara dos Deputados, bem como fazer a livre nomeação e demissão dos ministros de Estado, suspender magistrados em determinados casos, perdoar ou mitigar penas e conceder anistia em caso de urgência.

Atribuições de importância tão fundamental para o direito e a liberdade, para a vida e o funcionamento das instituições eram conferidas a um Imperador cuja pessoa a Constituição fazia inviolável e sagrada, declarando ao mesmo tempo que não estava ele sujeito a responsabilidade alguma (art. 99).

Outorga tão avultada de poder se completava com a definição do Poder Moderador, contida no art. 98, onde ele aparece como "a chave de toda a organização política". Acrescentava o mesmo artigo que tal poder era "delegado privativamente ao Imperador, como chefe supremo da nação e seu primeiro representante, para que, incessantemente, vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos".

Prosseguia a ditadura constitucional do Imperador dentro da Lei Maior com o artigo 102, que o nomeava chefe do Poder Executivo. Nessa qualidade exercitaria ele o Poder Executivo pelos seus ministros de Estado, os quais, como já ficou dito, não passavam de pessoas de sua livre escolha e destituição.

Sendo D. Pedro I um Bragança, a tradição autoritária da Casa não poderia deixar de ter ingresso ao texto da Carta constitucional outorgada por um membro da família. Nada de estranhar, pois, quanto ao enxerto absolutista de 1824, tão diferente, nesse tocante, do liberalismo do Projeto Antonio Carlos, desconhecedor da singular inovação e, respeitante à separação de poderes, estruturalmente fiel a MONTESQUIEU e ao pensamento da filosofia liberal trazida pelas revoluções do século.

Mas as Constituições não existem unicamente no papel. Uma vez saídas da forja do constituinte — seja este uma assembléa, um príncipe ou ditador —, correm o seu destino, segundo as condições do meio humano e social a que se aplicam. A sociedade, portadora também de um poder constituinte originário, exercitado invisivelmente fora dos quadros externos da legalidade, é que dirá, em última análise, com a grande força legitimadora de seus interesses, se a Constituição jurídica terá ou não eficácia. Também os titulares do poder, os aplicadores do texto, os senhores da decisão governativa são um elemento-força da maior importância para a feliz concretização de um ensaio constitucional.

Assim aconteceu no Brasil com a figura do segundo Imperador e seu longo reinado. O que vimos, então, foi apartar-se ele das prerrogativas do poder absoluto — salvo quando o utilizou em raríssimas ocasiões — para dar espaço consentido ao inteiro exercício das liberdades públicas. De sorte que ao longo do Segundo Reinado se corroborava a presença de um poder realmente eficaz em desempenhar considerável parcela de suas funções: o poder da representação nacional.

Graças a um Pedro II tão distinto do Pedro I das Comissões Militares do Primeiro Reinado, se tornou possível aqui um constitucionalismo costumeiro, que medrou à sombra do cetro e cujo fruto mais valioso veio a ser a sábia experiência parlamentar da monarquia.

De todas as Constituições brasileiras, a do Império, instituindo o sufrágio restrito, foi a que mais ostensivamente patenteou, entre nós, a dimensão classista do Estado liberal.

A Constituição do Império repartia o eleitorado em duas categorias: os eleitores com direito a votar nas assembléas primárias de paróquia, que nós chamaríamos eleitores de primeiro grau, e os eleitores aptos a votar na eleição dos deputados, senadores e membros dos conselhos provinciais, a saber, os eleitores de segundo grau, que em verdade eram os mesmos eleitores paroquiais, com exceção daqueles que tivessem renda líquida anual inferior a 200\$0 por bens de raiz, indústria, comércio ou emprego. Aliás, o obstáculo à participação também se estendia nas assembléas paroquiais àqueles que não tivessem renda líquida anual de 100\$0 por bens de raiz, indústria, comércio ou emprego.

O teor discriminatório de natureza econômica sobre as bases do sufrágio prosseguia com a exigência constitucional de 400\$0 de renda líquida para o cidadão poder eleger-se deputado. Essa exi-

gência se elevava a 800\$0, dobrando, portanto, para os que postulassem a eleição de senador.

A natureza restritiva da elegibilidade para o Senado do Império, além desse impedimento pecuniário, assentava também sobre um requisito típico do liberalismo burguês do século XIX, relativo ao saber, à capacidade e às virtudes do candidato, conforme rezava sobre a matéria o texto constitucional de 1824, em seu artigo 45. Inspirava-o o compromisso da filosofia burguesa com os interesses remanescentes das classes feudais. Selava-se, portanto, na esfera das elites o pacto dos liberais vinculados ao contrato social com os conservadores do altar e do trono, afeiçoados à tradição colonial. Pela forma como vimos o poder se institucionalizar na Constituição outorgada, não resta a menor dúvida que o Império era criação refletida de uma sociedade agrária e patriarcal.

A face liberal-burguesa das instituições transparece por igual com rara nitidez quando se examina o projeto menos conservador e menos aderente ao *statu quo* autoritário da tradição dos Bragança, ou seja, o Projeto Antonio Carlos. Impunha ele também o sufrágio restrito e o fazia em disposições constitucionais vazadas de casuísmos e de expressões de linguagem de todo impróprias a uma Constituição. Com rude materialidade dispunha sobre a capacidade econômica dos candidatos a deputado, capacidade orçada no valor de quinhentos alqueires de farinha de mandioca, conforme rezava literalmente o singular texto.

Não era somente na forma de regular a função representativa, fazendo-a em larga parte um privilégio da burguesia em razão da maneira como organizava o sufrágio — votar e ser votado — que a Constituição do Império sem disfarce se revelava uma Carta de sustentação dos interesses do chamado terceiro estado, aquele que na Europa fizera a Revolução francesa e aqui, em sua versão patriarcal, patrocinava a monarquia constitucional. Também a propriedade, “garantida em toda sua plenitude”, preenchia basicamente essa finalidade. Com efeito, a propriedade, ao mesmo passo que recebia proteção constitucional, era proclamada, ao lado da liberdade e da segurança individual, a base da inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos (art. 179). Convertera-se, portanto, no instituto mais apto a corroborar que a lei maior da monarquia se fizera uma coluna do liberalismo individualista, um sólido esteio dos grandes interesses do patriciado rural.

Um dos pontos mais polêmicos e cruciais do direito constitucional desde que este se positivou como codificação das liberdades e limitações às prerrogativas dos governantes tem sido, sem dúvida, o da maior ou menor rigidez das Constituições.



A expectativa normal é que as regras constitucionais se façam para ter o máximo de juridicidade, eficácia e permanência, de tal maneira que a emenda e a mudança só venham a ocorrer em situações raras ou excepcionais, cumprindo assim a Constituição a finalidade superior de fundamentar e proteger, pelo mais largo espaço de tempo possível, a ordem estabelecida. Urge assim resguardá-la contra as surpresas de um reformismo ou de uma mudança sem critério, ao sabor tão-somente do arbítrio e do casuismo.

Desse ponto de vista, que foi aquele que inspirou o constitucionalismo em seus primórdios, a rigidez, instrumento de conservação derivado de imperativos racionais e valores triunfantes, representava a regra, ao passo que a flexibilidade configurava a exceção.

A constância e imobilidade do lado da razão, a mudança do lado do elemento histórico, e como a razão fora o pedestal de todas as Constituições do liberalismo, não havia por que estranhar o predomínio das aspirações de rigidez, levada a cabo com os obstáculos postos normalmente pelo constituinte à reforma dos textos constitucionais.

Não se tinha formado ainda a consciência de que a Constituição pertence também à sociologia e à ciência política, de que elementos fáticos e dinâmicos da sociedade, à qual ela se aplica, lhe decidem a eficácia ou que uma lei maior não é obra unicamente do engenho, das abstrações e da metafísica política de teóricos românticos, aferrados a princípios solenes, senão que se insere dialeticamente na esfera do fático, do real e do histórico.

Como a tendência maior da teoria constitucional em princípios do século passado era, pois, a de sancionar o princípio da rigidez, só temos que louvar a posição originalíssima do constituinte pátrio pelas soluções propostas ao problema, já de todo intuído e certamente meditado.

Efetivamente, o Projeto Antonio Carlos, no último Título, ocupando-se da reforma constitucional, estabelecia, com rigor teórico inexcedível para a época, a distinção, dentro da própria Constituição, entre o que é substantivamente matéria constitucional e aquilo que apenas tem forma constitucional.

Em verdade, só era constitucional o que entendesse com os limites e atribuições respectivas dos poderes políticos e com os direitos políticos e individuais dos cidadãos. De tal sorte que tudo

mais que entrasse na Constituição seria apenas formalmente constitucional.

Essa disposição, assim estabelecida, pesava no processo de revisão do texto, produzindo dois graus de rigidez. Um maior, quando se tratasse de disposições materialmente constitucionais, que demandavam o exame da matéria por três legislaturas consecutivas, seguida da convocação de uma assembléia única de revista, equivalente a uma constituinte exclusiva, a ser dissolvida tão logo concluísse seus trabalhos. Outro menor, referente a preceitos que não fossem matéria constitucional propriamente dita. Nessa hipótese, a legislatura ordinária, por dois terços de cada uma das Casas, fazia a alteração cabível.

Manteve a Constituição de 25 de março de 1824 a admirável distinção, que ainda hoje nos deveria servir de modelo e inspiração, quando a reflexão busca remédios com que tolher a enxurrada de casuísmos invasores, por onde tem resultado a obesidade e o desprestígio dos textos constitucionais.

A Carta imperial, se fez rígido o que era materialmente constitucional, não tão rígido quanto o Projeto, tornou o restante das regras e preceitos da Constituição demasiado flexíveis, de tal sorte que poderiam ser alterados pelas legislaturas ordinárias, sem as formalidades requeridas para a matéria basicamente constitucional, como a competência dos poderes e os direitos dos cidadãos.

O constitucionalismo do Império, tanto o da Constituinte, estampado no Projeto Antonio Carlos, como o da Carta de 1824, teve uma sensibilidade precursora para o social, sem embargo de todo o teor individualista que caracterizava os dois documentos. Tão acentuada, aliás, que deixaria bastante envergonhados os constituintes republicanos de 1891, se conduzidos a um confronto.

Senão vejamos. No Projeto Antonio Carlos havia já o germe de uma declaração social de direitos, isto há mais de 150 anos. Com efeito, ele prometia "escolas primárias em cada termo, ginásios em cada comarca e universidade nos mais apropriados locais" (art. 150), bem como "a catequese e civilização dos índios", a par da "emancipação lenta dos negros", pondo assim o dedo na ferida da escravidão, fadada a ser o pesadelo da monarquia. Até o problema do desemprego veio a ser considerado num dos artigos do Projeto, que instituiu "casas de trabalho para os que não acham empregos" (art. 255).

A seguir, a Constituição outorgada, ao contrário do silêncio e omissão dos republicanos de 1891, enunciava o princípio, segundo

o qual, "a Constituição também garante os socorros públicos", ao mesmo passo que declarava a instrução primária gratuita a todos os cidadãos; regras, portanto, de constitucionalismo social, tão peculiares às conquistas de nosso século.

A Constituição do Império foi, em suma, uma Constituição de três dimensões: a primeira, voltada para o passado, trazendo as graves seqüelas do absolutismo; a segunda, dirigida para o presente, efetivando, em parte e com bom êxito, no decurso de sua aplicação, o programa do Estado liberal; e uma terceira, à primeira vista desconhecida e encoberta, pressentindo já o futuro, conforme acabamos de apontar.

Como se vê, nossos antepassados abriram também uma janela para o social, para os direitos humanos do século XX, fora, portanto, das vistas acanhadas e egoístas do liberalismo imperante, do qual, eles, por força do tempo e da necessidade, se fizeram órgãos ou instrumentos.

A outorga de 1824 nos custou, porém, muito caro. Pagamos um preço elevadíssimo pelo cerco e dissolução da Constituinte. Diante da reação liberal e patriótica, o absolutismo ensangüentou as Províncias do Nordeste para esmagar a Confederação do Equador e foi à sombra da Carta de D. Pedro I que nós perdemos a Cisplatina e a unidade nacional esteve a pique de esfacelar-se. Era a crise de uma independência pela qual continuamos porfiando. Era também a *crise de nossa formação como povo e como sociedade politicamente organizada.*

Hoje, mais de 160 anos depois, quis a singularidade do destino colocar-nos diante de outra crise semelhante, com pontos de analogia que efetivamente nos impressionam.

Corremos, mais uma vez, o risco de um desastre constituinte, se continuarmos frustrando as esperanças do povo. Se a Constituição vindoura não for uma carta de alforria, isso decerto acontecerá. Nossas apreensões se justificam, se a Assembléia ora congregada não tiver a estatura da crise. Da maneira como se convocou, ela não é a Constituinte dos anseios nacionais.

A Constituinte congressual foi em si mesma um golpe de Estado contra o poder constituinte originário, contra a soberania da Nação, contra o direito político fundamental da cidadania. Um golpe de Estado que raros perceberam, mas cujas primeiras conseqüências todos estão hoje padecendo e provavelmente hão de padecê-las amanhã com mais dor e sofrimento. Tal já acontece

desde que os membros do Congresso de 87 fizeram a pausa prévia de reflexão para saber quais os limites de suas prerrogativas constituintes e, com surpresa, descobriram, tocante à realidade, que seus poderes não são propriamente os de uma Assembléia Constituinte; não sendo, portanto, tão livres nem tão soberanos como determina ou estabelece a teoria constitucional.

O mais irônico dessa constatação, a nosso ver, é que as limitações impeditivas decorrem de uma ordem constitucional autoritária e sem legitimidade, que ainda não pôde ser removida e cuja ruptura jurídica se nega, com grave dano, às prerrogativas do colégio representativo, investido de poderes constituintes. A Lei Maior da República velha obstaculiza a liberdade de movimento e de ação da Constituinte nominal, mostrando, nesse ponto, a congruência fática — e não somente técnica — da Constituinte congressional com sua natureza de poder constituinte constituído.

Em 1824, D. Pedro I outorgou uma Constituição; em 1987 o Congresso Nacional, substituindo-se ao triunvirato militar de 1969, outorgará, em clima de liberdade, que é a diferença máxima, uma nova Emenda Constitucional, talvez de 400 ou 500 artigos.

Como a história tem suas desforras, a Carta de 1824 não pôde evitar a crise do Primeiro Reinado, a Confederação do Equador, a perda da Província Cisplatina e, finalmente, a Abdicação.

Será que a de 1987 não nos reservará igual feixe de surpresas, em face da crise econômica, financeira, política e social que a Nação atravessa? Terá ela legitimidade bastante para criar e fazer estável uma nova ordem institucional?

São essas, portanto, as reflexões que nos sugere o cotejo do quadro histórico da Constituição de 1824 com o quadro de 1987, em que, pela primeira vez na história do País, o Congresso Nacional, multiplicando poderes, desdobrando sua face representativa e concentrando formalmente a mais vasta soma de competências paralelas que já se viu, pretende pôr termo à crise de legitimidade de nossas instituições. Uma tarefa que nós supúnhamos ser do povo e de sua Constituinte exclusiva será agora do Congresso Nacional e de seu poder constituinte constituído, um poder constituinte de segundo grau, sempre legítimo para fazer as reformas da Constituição, jamais para estabelecer uma nova Constituição. As regras e teses de legitimação do poder, hauridas na boa doutrina do Estado constitucional, formulada pelos clássicos do liberalismo, são de suprema atualidade para a nossa crise e para os nossos dias. O liberalismo, toda vez que se afasta do povo e da Nação constituinte, as esquece ou posterga.

# A Constituição de 1934

JOSAPHAT MARINHO

Professor Titular da Universidade de  
Brasília e ex-Senador pela Bahia

## SUMÁRIO

**Origem e singularidades das Constituições brasileiras — Origem e características da Constituição de 1934 — Inovações — Confronto com a Carta de 91 — Paralelo com a Carta de 46 — Perspectiva reduzida — Influência limitada no presente — Ampla perspectiva do futuro.**

### **Origem e singularidades das Constituições brasileiras**

As Constituições brasileiras, à semelhança das de outros países, consagraram idéias e mudanças originárias de movimentos insurreccionais. A Constituição de 1824 teve raízes nas manifestações de rebeldia do povo contra o domínio de Portugal, as quais levaram o Príncipe Regente D. Pedro a convocar a Assembléia Constituinte de 1823. Embora esta houvesse sido dissolvida por ato arbitrário, foi o espírito coletivo de independência que conduziu o Príncipe à outorga da que se chamou a Constituição Política do Império do Brasil. Da proclamação da República por tropas sublevadas decorreu a Constituição de 1891. Se as idéias republicanas conquistavam terreno desde muito e já estavam expressas coletivamente no Manifesto de 1870, foi a revolta militar que derrubou a Monarquia e propiciou a elaboração da nova Carta. Da Revolução de 1930, e com o impulso da Revolução Constitucionalista de São Paulo, de 1932, proveio a Constituição de 1934. Apoiado por grupos militares, GETÚLIO VARGAS, então Presidente da República, impediu com forças policiais o funcionamento do Poder Legislativo e ditou à Nação a Carta de 10 de novembro de 1937. A deposição dele, pelas Forças Armadas, em 29 de outubro de 1945, assegurou, por meio da Lei Constitucional nº 13, de 12 de novembro seguinte, a conversão do Parlamento revisionista, assim convocado, em Assembléia Constituinte "com poderes ilimitados", de que resultou

Conferência proferida no Instituto Tancredo Neves, do Partido da Frente Liberal, em Brasília, no dia 18 de fevereiro de 1987.

a Constituição de 1946. Outra revolta militar, em 1964, primeiramente fraturou o Estatuto de 1946, inclusive lhe superpondo atos institucionais. Depois promoveu a substituição dele pela Carta de 1967, que o Congresso Nacional votou e promulgou, porém sob os freios abusivos do Ato Institucional nº 4, de 1966, de emissão do Presidente **HUMBERTO DE ALENCAR CASTELLO BRANCO**. Mesmo a futura Constituição, a ser preparada, neste ano de 1987, pela representação nacional, não escapará à tradição. Foi o movimento popular e político de resistência ao poder discricionário e em favor de eleição direta para Presidente da República, a que se juntou o apoio à candidatura **TANCREDO NEVES**, tudo com a compreensão das Forças Armadas, ou de uma parte delas, que abriu caminho irreversível à convocação da Assembléia Constituinte.

Todas as nossas Constituições, portanto, têm uma origem comum em movimentos de sublevação.

Essa similitude de ordem histórica evidentemente não imprime as mesmas características aos diversos textos constitucionais. Embora as Constituições de um país reproduzam normalmente certos princípios, que transmitem a herança cultural do povo, cada qual delas reflete, em maior ou menor porção, o espírito de seu tempo, no conjunto das provisões básicas adotadas.

A Constituição Imperial foi muito influenciada pelo espírito francês, então de intenso individualismo liberal, oriundo da Revolução de 1789. Na primeira Carta republicana repercutiu, preponderantemente, o exemplo americano. Na de 1934, de par com o fortalecimento da ordem democrática, incidiu o pensamento europeu de conteúdo social, já sistematizado, com relevo, na Constituição de Weimar. Em 1946, sem inspiração de um texto dominador, conjugaram-se idéias liberais e sociais. Na elaboração de 1967, se houve inovações, prevaleceu a tendência do poder discricionário. Em todas as Constituições foi presente a realidade nacional, em dimensão variável.

### **Origem e características da Constituição de 1934**

A Constituição de 1934, proveniente como as outras de um processo de rebelião, consagrou inovações e singularidades irrecusáveis.

Sobrevindo a dois momentos revolucionários contrastantes — 1930, em que se implantou, com o Governo Provisório, a ditadura VARGAS, sem nenhum freio ou contrapeso, e 1932, que significou reação ao prolongamento do regime de fato —, o novo instrumento constitucional, já por essa gênese, assim como em razão de tendências emergentes da Primeira Grande Guerra, haveria de conciliar e condensar idéias em ascensão e de dar a outras dimensão compatível com as circunstâncias históricas.

Admitidas por transação entre tendências e correntes políticas diversas, como ocorre na generalidade das assembleias constituintes democráticas, as cláusulas elaboradas não retratavam a rigidez de princípios teóricos. Espelhavam, naturalmente, espírito de entendimento e de prudente transigência, para que se estabelecesse, quanto antes, a ordem legal. Qual se verificou em 1891, o legislador de 1933-34 trabalhou, conforme lembra PEDRO CALMON, “no afã (poderíamos dizer na ansiedade) de estruturar o regime; mas assustado, como a primeira Constituinte — pela ameaça enervante do desbarate” (1). É que havia forças, como também em 1946, contrárias à institucionalização democrática do Poder. “A realização das eleições, em maio, e a convocação da Assembleia para novembro — informa HÉLIO SILVA — não foram do agrado dos tenentes, que consideravam prematura a reconstitucionalização do País. Reccavam a volta do elemento civil ao poder” (2).

A Constituição não poderia exprimir, em consequência, unidade perfeita, nem travamento inabalável, ou avanço pleno na renovação de idéias e instituições. Circunstâncias e riscos aconselhavam coerência sem irredutibilidade e transformações cautelosas. Não é mesmo da índole das normas constitucionais serem traduzidas em estilo inflexível, porque se tornariam inconciliáveis com a mutabilidade dos fatos e relações disciplináveis pelo direito. Opinião repetida entre os publicistas ensina, e a experiência a confirma, que as Constituições não devem ser repositório de doutrinas. Se não cabe revesti-las de pragmatismo exagerador, para que não se mostrem descoloridas e sem vigor lógico, é também impróprio escrevê-las na dureza do dogmatismo, que lhes anua a eficácia em face da amplitude da realidade.

(1) PEDRO CALMON. *História do Brasil*. Rio, J. Olympio, 1959, vol. VI, p. 2.230.

(2) HÉLIO SILVA. 1934. *A Constituinte (O ciclo de Vargas — Vol. II)*. Civ. Brasileira, 1969, p. 29.

Cedendo e transigindo sem desfigurar o arcabouço em formação, ou seja, no limite do senso político, o Constituinte de 1934 não realizou obra retrógrada e desprezível, antes esforço esclarecido e criador. Decerto, já decorridos dezesseis anos do término da guerra de 1914-18 e, pois, de suas repercussões culturais, não foram incluídos no texto princípios inovadores e úteis sobre o regime de partidos políticos nacionais, a incorporação da Justiça do Trabalho ao Poder Judiciário, o acolhimento do controle de constitucionalidade em tese, a revisão do sistema fundiário, a dissolubilidade do vínculo matrimonial pelo divórcio.

No instrumento constitucional, porém, foi inscrito quanto pôde consagrar o legislador emergente de uma ditadura. Tanto que PONTES DE MIRANDA, embora lhe opondo restrições, reconheceu que a Constituição de 1934 “marcou o momento de correção às primeiras soluções importadas e revelou certo desembaraço com que os constituintes da Segunda República trataram o problema “técnico” da federatividade”. Além disso, o intérprete salientou que a Carta “possuía elemento novo: programática, em parte social democrática”, quanto “à ordem econômica” (8). Na valorização sóbria desses aspectos, já ressalta o caráter inovador da Constituição.

### Inovações

Em verdade, o novo texto constitucional revestiu-se de sentido renovador mais amplo do que o admitiu o sábio comentarista.

Regulou melhor o mecanismo presidencialista, limitando o poder pessoal do Chefe do Governo por várias fórmulas adotadas:

— nas garantias protetoras da autonomia das unidades federadas, desde a eleição de seus dirigentes (arts. 7º e 13), sob a tutela da Justiça Eleitoral (art. 83), à disciplina do processo de intervenção (art. 12 e art. 13, § 4º);

— no aumento da responsabilidade dos Ministros de Estado, não só em função dos atos praticados, inclusive “por ordem” do Presidente, como dos atos ordenados (art. 61 e § 1º);

(8) PONTES DE MIRANDA. *Coms. à Const. da Rep. dos E. U. do Brasil*. Rio, Edit. Guanabara, s/d, Pref. de 1936, pp. 9 e 13; *Coms. à Const. de 1946*. Rio, Henrique Cahen Editor, 1947, vol. I, pp. 12 e 16.



— nas condições estabelecidas para a decretação e a execução do estado de sítio, notando-se, entre diversas cautelas, o resguardo do direito de locomoção das pessoas e a impossibilidade de extensão das medidas restritivas deste direito aos parlamentares e a titulares de outras funções relevantes; o contorno imposto à censura; a previsão de apurar-se a responsabilidade, civil ou penal, por abusos cometidos, e a determinação de que, expirado o prazo da providência excepcional, “cessam, desde logo, todos os seus efeitos” (art. 175 e parágrafos).

Fortaleceu o regime representativo: consagrando o voto secreto (arts. 23, 89 e 181) e a supervisão, no processo geral das eleições, da Justiça Eleitoral (art. 83); estabelecendo a obrigatoriedade de comparecimento dos Ministros de Estado à Câmara dos Deputados, nos casos previstos (art. 60, d), e assegurando o mandato aos Deputados, quando nomeados Ministros de Estado ou designados para o desempenho de missão diplomática (art. 62 e art. 33, nº 2). Reforçou a estrutura federativa, na especificação da competência legislativa e política dos Estados e Municípios (art. 7º e art. 13), como na distribuição de rendas (art. 8º e art. 13). Reconhecendo os direitos sociais, revestiu de proteção maior os principais direitos do trabalhador, que enumerou, inclusive prevendo a legitimação das convenções coletivas de trabalho (art. 121, e §§); proclamou a educação “direito de todos” (art. 149) e declarou o direito à subsistência (art. 113, nº 34). Criou o mandado de segurança (art. 113, nº 33), originariamente proposto por João Mangabeira na Comissão Especial que elaborou o Anteprojeto de Constituição. Restringiu o direito de propriedade, que não podia “ser exercido contra o interesse social ou coletivo” (art. 113, nº 17). Instituiu as primeiras normas conducentes ao regime de planificação, ao conferir à União a competência de estabelecer o plano nacional de viação férrea e o de estradas de rodagem, assim como o poder de traçar as diretrizes da educação nacional (art. 5º, IX e XIV, e art. 150, a), e ao aludir, genericamente, a “planos de solução dos problemas nacionais”, organizados pelo Senado Federal, “com a colaboração dos Conselhos Técnicos” (art. 91, V). Vedou a bitributação, prevalecendo o imposto decretado pela União, quando a competência fosse concorrente (art. 11).

Em ângulo de importância crescente nos textos básicos, garantiu a liberdade econômica, dentro dos "limites" em que fossem observados "os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional", possibilitada "a todos existência digna" (art. 115). Facultou à União, por motivo de interesse público e mediante lei especial, o exercício do monopólio de "determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações devidas" (art. 116). Previu que a lei regularia "a nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais e quedas-d'água ou outras fontes de energia hidráulica, julgadas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar do país" (art. 119, § 4º). Prescreveu o reconhecimento dos sindicatos e das associações profissionais, "de conformidade com a lei" (art. 120). Ordenou regulamentação especial para o trabalho agrícola, visando, também, à permanência do homem no campo (art. 121, § 4º). Assegurou o domínio, por sentença declaratória transcrita, a quem ocupasse, por dez anos contínuos, sem oposição nem reconhecimento de direito alheio, "trecho de terra até dez hectares, tornando-o produtivo e tendo nele moradia" (art. 125).

Fixando critério de justiça social, submeteu a imposto progressivo as transmissões de bens por herança ou legado (art. 128). Não só isentou de selos e emolumentos o reconhecimento dos filhos naturais, como garantiu a estes tratamento tributário igual ao dos filhos legítimos, na herança que lhes fosse destinada (art. 147).

### **Confronto com a Carta de 91**

Essas prescrições enunciadas representaram conquistas da cultura jurídica e política. Não constavam da primeira Constituição republicana, ou não tiveram nela o alcance do novo texto, o que é em larga parte compreensível, pela diversidade de circunstâncias históricas. Observa-se, porém, que na segunda campanha presidencial, precisamente em março de 1919 — antes, pois, da Constituição de WEIMAR, que sobreveio em agosto, e dois anos após a renovadora Constituição do México de 1917 — RUI BARBOSA condenou o atraso das Constituições então vigentes, "a inflexibilidade individualista dessas Cartas, imortais, mas não imutáveis", e cuidou dos "direitos sociais", como conseqüentes "do sopro de socialização", que agitava o mundo. E não se circunscreveu ao conceito geral. Tratou da habitação operária, da duração do trabalho das mães operárias, do trabalho dos menores. Censurou

a falta de proteção legal ao trabalho agrícola (4). Apesar dessa justa e luminosa advertência, e dos movimentos de resistência já ocorridos, a reforma constitucional de 1926 não ampliou nem atualizou o texto de 1891. No campo social, foi apenas esclarecido que ao Congresso Nacional competia "legislar sobre o trabalho" (art. 34, nº 28).

Faltou, pois, percepção real dos textos a ARAÚJO CASTRO ao afirmar que a Constituição de 1934, "em seus princípios fundamentais", "quase que se não afastou da Constituição de 1891". Ainda bem que o ilustre comentarista, no mesmo prefácio em que fez essa observação, salientou várias inovações do texto recém-promulgado (5), de modo que as anotações específicas anularam ou corrigiram a conclusão genérica.

Se a Constituição de 1934 não foi revolucionária, no sentido de corporificar transformações radicais, enriqueceu-se de conteúdo progressista. Para certeza desse juízo, basta que sejam realçadas, no conjunto das provisões já referidas, as pertinentes aos direitos sociais. Eram estes, então, "o divisor de águas entre a democracia individualista e democracia social", como bem frisou, examinando as inovações da Constituição, o jovem professor ORLANDO GOMES, portador, na época, de pensamento avançado (6).

### Paralelo com a Carta de 1946

Examinada no conjunto de suas cláusulas essenciais e vista no plano histórico, a Constituição de 1934, sendo posterior ao Primeiro Conflito Mundial, não marcado por nítido colorido ideológico, parece, mesmo, que foi mais criadora e envolvente da realidade do que a de 1946. Esta, conquanto elaborada logo após a Segunda Conflagração, em que fora vivo o contraste de filosofias políticas entre os Estados beligerantes, refletiu menos renovação, sobretudo na esfera econômica e social, apesar de o Brasil ter participado, diretamente, do conflito. É certo que instituiu os partidos políticos nacionais (art. 134); incorporou a Justiça do Trabalho ao Poder

(4) RUI BARBOSA. *Obras completas*. Vol. XLVI. 1919. T.I. Campanha Presidencial, Rio, Min. Educ. 1956, pp. 119-120, 81-114.

(5) ARAÚJO CASTRO. *A Nova Constituição Brasileira*. Rio, Freitas Bastos, 1935, Prefácio.

(6) ORLANDO GOMES. *Inovações da Constituição*. Pub. avulsa, Bahia, 1935, p. 4.

Judiciário (art. 94), prestigiando os órgãos judicantes especializados e a força de suas decisões; restabeleceu o mandado de segurança como garantia constitucional (art. 141, § 24), que a Carta imposta de 1937 havia suprimido. Não acolheu, entretanto, o controle de constitucionalidade em tese, e manteve a indissolubilidade do vínculo matrimonial (art. 163). Pouco progrediu no campo dos direitos sociais e econômicos e das garantias de igualdade. Reproduziu-os (arts. 145 a 162 e 166 a 175), com as particularidades do tempo, porém não estabeleceu os mecanismos adequados para torná-los proteções reais, nem ordenou de forma que assim se afirmassem em prazo razoável.

Por ter vigorado por tempo mais longo do que a de 1934, que sobreviveu apenas três anos, a prática regular das eleições concorria para o aperfeiçoamento gradual do mecanismo das instituições e para fortalecer os direitos do homem e do cidadão. Contudo, durante sua vigência ocorreu o cancelamento do registro do Partido Comunista Brasileiro e a cassação dos mandatos de seus representantes.

De qualquer modo, se a Constituição de 1946 não tinha perspectiva histórica e de idéias superior à de 1934, refletia claro espírito liberal, apropriado a que o governo e as instituições superassem as crises, sem apelo à violência, nem perda de autoridade. Por isso mesmo, e apesar de erros verificados na sua execução, não merecia a truculência dos golpes que lhe desferiram, a partir de 1964, até a sepultarem, em 1967, sob o manto da ordem autoritária.

### **Perspectiva reduzida**

Dir-se-á que a Constituição de 1934, além daquelas omissões já apontadas, encerrou outras falhas, que lhe reduziram o horizonte e a influência histórica. É exato. A representação profissional ou de classe (art. 23) e a transformação do Senado em órgão de coordenação de poderes (art. 88) não se revelaram inovações que pudessem robustecer a democracia e a federação, ou o funcionamento do Legislativo. Uma se vinculava ao regime corporativo, que entrou em decadência. A outra indicava combate ao bicameralismo, mas consistiu numa solução contraditória, que resultou em atribuir competência legislativa a órgão que não integrava o Poder Legislativo, e dele era apenas colaborador (arts. 22, 90, c, 91, 44 e outros).

É de admitir-se, também, que o Anteprojeto de Constituição, elaborado pela Comissão do Itamarati, foi mais renovador e, no concernente ao Poder Legislativo, de maior coerência, porque, preferindo o regime unicameral, suprimia o Senado, ao invés de desfigurá-lo e mantê-lo.

### **Influência limitada no presente**

Como texto preparado vai por mais de meio século e de vigência apenas por três anos, a Constituição de 1934 não é, evidentemente, fonte imediata e fecunda do trabalho constituinte de 1987. Entre a feitura dela e os dias atuais lavrou uma guerra de conseqüências gerais e profundas, que atingiram e continuam a abalar o homem e seus direitos e deveres, a ciência e a tecnologia, o Estado e suas formas de ação, em que sobressai o regime de planos plurianuais. Em meio às mudanças desenvolvidas no Brasil, definiu-se o processo de industrialização, com deslocamento crescente da população rural para os centros urbanos, diversifica-se a produção e aumenta a consciência reivindicativa de direitos e garantias, no indivíduo e na coletividade. Depois da luta por eleições diretas para Presidente da República, no ocaso do governo discricionário, o espírito de soberania popular tomou dimensão antes desconhecida. A inquietação do povo e seu ânimo de resistência parece que ultrapassam a posição dos partidos políticos e seus programas.

Nesse quadro de grandes transformações materiais e ideológicas, uma Constituição nova não pode ser a reprodução de textos passados. Estes lhe transmitirão, provavelmente, as idéias, as instituições e os princípios já consolidados na cultura do país, como dados permanentes e necessários, ou aquelas proposições que ainda configuram soluções em desdobramento.

A Constituição de 1934, ao lado do espírito democrático e liberal, no sentido contemporâneo de rigoroso respeito às prerrogativas individuais e de cidadania, sem privilégios geradores de desigualdades injustas, há de despertar a atenção do constituinte de hoje para o "sopro de socialização" que nela penetrou, e que deve ser ampliado segundo as exigências da evolução. Também há singularidades que requerem consideração, embora mal situadas no texto recordado. É o que ocorre, a exemplo, com a faculdade, que foi atribuída ao Senado, de "propor ao Poder Executivo, mediante

reclamação fundamentada dos interessados, a revogação de atos das autoridades administrativas, quando praticados contra a lei ou eivados de abuso de poder" (art. 91, III). Essa atribuição lembra o papel de órgãos que as Constituições recentes vêm criando, como o Provedor de Justiça, em Portugal (art. 23), ou o Defensor do Povo, na Espanha (art. 54), todos mais ou menos inspirados na figura do **Ombudsman**, de origem sueca. É próprio dar a esse ponto o relevo conveniente, por sua atualidade, conquanto o delineando sob nova feição, de que ressalte a instituição de órgão autônomo, escolhido pelo Poder Legislativo, conforme geralmente estabelecido, para ser instrumento de vigilância eficaz da legalidade e regularidade dos atos da Administração, em defesa dos cidadãos.

Tais aspectos, e outros porventura pesquisáveis, poderão ser objeto de análise pelo legislador, como projeções de uma face de renovação, interrompida com o golpe que implantou o Estado Novo. Mas um documento cinquentenário já não tem energia para iluminar todo o arcabouço de uma Carta nascente no fim do século em mudança acelerada.

### **Ampla perspectiva do futuro**

No conjunto de suas preocupações fundamentais, o constituinte buscará subsídios, decerto, nos textos modernos em vigor e nos princípios doutrinários prevaletentes, confrontando-os com sua experiência e as singularidades dos problemas nacionais. As Constituições presentes, abrangendo fatos e situações que envolvem toda a vida do indivíduo e da sociedade, pressupõem o esforço de correlacionar as normas em formação com fatores e fenômenos contemporâneos, cada dia mais enredados em tensões coletivas.

Para disciplinar com firmeza e equilíbrio o mecanismo da forma de governo; o domínio normativo e de ação do Estado sobre a atividade econômica; o campo de competência e de intervenção do Executivo na edição de regras legais; o poder de fiscalização dos atos da Administração, direta e indireta; o modo de resguardar os interesses do país e dos brasileiros, sem parecer repulsa extensiva ao capital estrangeiro que participa do desenvolvimento nacional; o processo de coordenar as relações entre empresários e trabalhadores, conciliando lucros e justiça social; o uso da informática, sem prejudicar sua expansão necessária nem subestimar a conve-

niência de defender a intimidade das pessoas; a proteção do meio ambiente, preservando-se a Lei Maior de conversão em cédula de disposições secundárias; a instituição do regime de planos, destituída de pormenores que dificultem o funcionamento seguro e a evolução natural desse notável meio de orientação e de controle da atividade administrativa: — para disciplinar com firmeza e equilíbrio essas e outras situações semelhantes, o constituinte há de reunir conhecimento, prudência, decisão, espírito renovador, e clara visão da realidade.

“A função constituinte, por ser a preeminente e de maior extensão do poder representativo, é a sobre que mais incide o impulso das forças em contraste. Assim ocorre porque a Constituição não deve apenas retratar a realidade, mas recriá-la e inovar. Na elaboração primária da lei fundamental, não há que estranhar o sentido inovador, salvo se expressivo de tendência fortemente contrária ao espírito coletivo. Fazer a Constituição originária significa imprimir configuração jurídica e política ao Estado, com reflexos naturais sobre a sociedade. Quando se substitui a Constituição ou se promove reforma constitucional profunda, a razão da mudança está no divórcio entre o texto vigente e o conjunto da vida, ou de suas principais relações. Verificada esta ruptura, a criação constitucional há de ser transformadora, sob pena de frustração do anseio nacional” (1).

A fim de cumprir essa tarefa, o Constituinte brasileiro examinará textos fundamentais de conteúdo filosófico diversificado e de épocas diferentes. Prestar-lhe-á contribuição significativa, sem atentar contra sua soberania, o Anteprojeto de Constituição elaborado pela Comissão a que presidiu o professor AFONSO ARINOS. É um repositório de idéias e propostas, para as opções definitivas da Assembléia Constituinte. Do confronto de todos os elementos estudados é que será extraído o equilíbrio.

Como se tem escrito, somente as Constituições originárias de revoluções sociais profundas podem refletir a unidade lógica de um sistema filosófico e político. Comumente, na solução de entendimento e compromisso, sem pragmatismo exagerado, reside a sabedoria do legislador constitucional.

(1) JOSAPHAT MARINHO. *Técnica Constitucional e nova Constituição*. *Rev. de Inf. Legislativa*, n. 81, 1984, p. 141; cit. p. 142, e em separata.

No caso brasileiro, em que não houve revolução de estrutura, a pluralidade da representação partidária saberá encontrar a unidade na diversidade de posições e diretrizes. A esse respeito, aliás, TANCREDO NEVES deixou mensagem de isenção e clarividência. No discurso perante a Convenção em que foi escolhido candidato a Presidente da República, em agosto de 1984, depois de salientar que "o Estado é a sua Constituição", ponderou: "As Constituições, no entanto, não são obras literárias, nem documentos filosóficos. Elas não surgem do espírito criador de um homem só, por mais privilegiado em sabedoria seja esse homem. Tampouco podem ser a codificação de propósitos de um ou outro grupo que exerça influência, legítima ou ilegítima, sobre a Nação. A Constituição é uma Carta de compromissos, assumidos livremente pelos cidadãos, em determinado tempo e sociedade" (8).

Se os cidadãos firmam compromissos por intermédio de seus representantes, cresce a responsabilidade dos constituintes. Aptos a transigir em tantos pontos, pelo bem comum, em nome deste também e em salvaguarda do indivíduo não o podem fazer num aspecto: quanto à liberdade. Se lhes é dado submetê-la à disciplina da ordem democrática, como a todos os direitos, não lhes cabe nela admitir mutilação. A regra imperativa, no particular, é a que está inscrita, com insuspeição, na apresentação do Projeto Socialista francês para os anos 80: "La liberté est chose trop précieuse pour qu'elle cède le pas à l'idéologie" (9). Na idéia basilar de defesa da liberdade, porém, há de estar compreendida a proteção da prerrogativa política das minorias: "o direito de oposição democrática", exatamente como o fez a Constituição de Portugal (art. 117, nº 2).

O Constituinte brasileiro não há de faltar com a segurança de sua consciência democrática aos deveres eminentes de seu papel histórico. Se 1934 foi o marco inicial da transformação para o desenvolvimento e a democracia social, a esperança é que 1987 seja a linha culminante do Estado de direito, gerador da ordem justa, evolutiva e duradoura.

(8) TANCREDO NEVES. *A Palavra de Tancredo*, Série Pronunciamentos, Conv. Nac. do PMDB.

(9) *Projet Socialiste pour la France des Années 80*, Parti Socialiste, Club Socialiste du Livre, Paris, 1981, p. 14.



# A transição constitucional brasileira e o Anteprojecto da Comissão Afonso Arinos

JORGE MIRANDA

Professor Catedrático da Universidade  
de Lisboa e da Universidade Católica  
Portuguesa

## I

1. O modo mais frequente de mudança de regime é a revolução, ou seja, a ruptura instantânea, global e, o mais das vezes, violenta da ordem constitucional precedente. Mas não é o único. Também se dá a transformação por dentro, a reforma política ou transição constitucional.

Conhecem-se importantes exemplos históricos de passagem sem ruptura: a evolução inglesa do Estado estamental para a monarquia constitucional e da predominância da Câmara dos Lordes para a da Câmara dos Comuns; a outorga da Carta Constitucional portuguesa por D. Pedro IV (I do Brasil) em 1826; a sucessão em França, em 1958, da IV para a V República; a reforma política espanhola, de 1976 a 1978, das Leis Fundamentais de Franco à nova Constituição democrática (1).

Ora, é justamente um processo de transição constitucional, do maior interesse, o que está em curso no Brasil, aberto com a eleição de Tancredo Neves em 1985, traduzido na convocação de um Congresso com poderes constituintes e que, feita a eleição em 15 de novembro de 1988, irá culminar na elaboração de uma nova Constituição.

2. Como se sabe, o período político e constitucional iniciado no Brasil em 1930, com a queda da "república velha" (que em 1889 substituíra o Império), é assinalado por três características gerais:

1ª) evolução com soluções de continuidade e frequentes crises político-militares;

*N.R.* — É mantida a grafia do original.

(1) Cfr. o nosso *Manual de Direito Constitucional*, II, 2ª ed., Coimbra, 1982, pp. 59 e segs.

2ª) ocorrência, quase alternância, de governos autoritários e liberais e de governos de direita e de esquerda;

3ª) proliferação de Constituições (quatro Constituições desde 1934, contra duas apenas desde a independência).

Nele decorrem sete grandes fases:

1ª fase (1930-1934): governo provisório.

2ª fase (1934-1937): regresso às formas constitucionais (2), com Constituição aprovada em assembléia constituinte em 1934.

3ª fase (1937-1945): ditadura (3) de Getúlio Vargas (presidente desde 1930), que decretou uma Constituição e estabeleceu um regime à moda da época, mas de carácter populista.

4ª fase (1945-1961): após a 2ª Guerra Mundial (em que o Brasil participou ao lado dos Aliados), nova fase democrático-liberal e nova Constituição, a de 1946.

5ª fase (1961-1964): crise institucional (4) em que, numa tentativa de compromisso, chegaram a ser adoptados pelo Acto Adicional de 1961 (vigente até 1963) elementos de parlamentarismo.

6ª fase (1964-1965): governo de base ou de características militares, resultante da Revolução de 1964, e em que é feita a Constituição de 1967, emendada em 1969.

7ª fase (de 1985 em diante).

Após a Revolução de 1964, a Constituição de 1946 ficou subordinada a quatro Actos Institucionais, publicados entre esse ano e 1966 e todos dirigidos à concentração do poder no Presidente. Mas, a breve trecho, sentiu-se a necessidade de elaborar nova Constituição a fim de integrar tais Actos Institucionais e os seus Actos Complementares: assim surgiu a Constituição de 1967.

Esta Constituição não iria durar na sua forma primitiva senão dois anos, pois, entretanto, os chefes militares foram levados a promulgar novos e numerosos Actos Institucionais e Complementares e, para lhes dar forma coerente, surgiria em outubro de 1969 a Emenda Constitucional nº 1 (que pode entender-se ou como Constituição nova ou como Constituição de 1967 alterada).

(2) Após a Revolução constitucionalista de São Paulo, em 1932.

(3) A Constituição de 1934 tinha sofrido alterações de sentido autoritário logo em 1935.

(4) Aberta pela renúncia do Presidente Jânio Quadros.

Aspectos a salientar em ambos os textos são o sentido centralizador, o aumento dos poderes financeiros da União, o reforço do Poder Executivo, a eleição do Presidente por sufrágio indirecto (Colégio composto pelos membros do Congresso e por representantes dos Estados), o cuidado posto no processo de elaboração das leis, a noção de segurança nacional, a extensão da justiça militar, a prefixação do sistema partidário.

3. O regime estabelecido em 1964 iria durar mais de vinte anos, com vários Generais Presidentes da República — o que dificultaria a concentração pessoal de poder — a cada um tendo correspondido governos de índoles e orientações diversas, não só por causa das respectivas personalidades, mas também por causa dos diferentes condicionalismos internos e externos.

A partir de 1977, e sobretudo de 1979, esboçou-se um processo, que seria chamado de “abertura”. Para ele contribuíram a incapacidade da doutrina da segurança nacional de suscitar um novo modelo político-constitucional, as posições corajosas da Igreja, as distorções provocadas pela política de industrialização e as continuadas assimetrias regionais e sociais, a persistência da inflação e da dívida externa, o surgimento de um forte movimento sindical, a agilidade política da Oposição (que, de resto, ao contrário do que aconteceu em Portugal antes de 25 de abril de 1974, nunca foi completamente banida da vida política legal e pôde aceder, por meio de eleições, ao Congresso e a Governos estaduais).

A “abertura” defrontar-se-ia em 1984 com a vigorosa campanha nacional em favor de eleições presidenciais directas (*Directus, já!*). Desta resultaria uma cisão nos apoiantes do regime e decisivas negociações entre os dissidentes e o grande partido da Oposição, o Partido do Movimento Democrático Brasileiro, que proporcionaria a eleição (ainda pelo colégio eleitoral indirecto) de um Presidente moderado, capaz de assegurar a democratização sem traumas e com garantias para os militares.

TANCREDO NEVES foi esse Presidente eleito. Devido a doença e morte, não chegou a tomar posse, e assumiu a presidência o Vice-Presidente eleito José Sarney. Nem por isso, o seu programa, a “Nova República”, deixou de começar a ser cumprido, e o Brasil — tal como a Argentina e o Uruguai, quase ao mesmo tempo e pacificamente, apesar de todas as diferenças — regressou à democracia pluralista (5).

4. A Constituição de 1967-1969 era modificável de modo a ser posta em consonância com as aspirações do País. E foi-o logo através da Emenda Constitucional nº 25, de 15 de maio de 1985, que lhe subtraiu o sentido autoritário e consagrou, de novo, o princípio da eleição directa.

Mas aparecia identificada com a ditadura, pela sua origem e pela sua prática. De há muito largos sectores da opinião pública reclamavam

(5) É esse o remate inevitável de todos os processos de abertura. E se são travados ou não propulsiionados, o país acaba em revolução (como sucedeu em Portugal).

uma Assembleia Constituinte. E sentia-se ser agora a altura de repensar todas as estruturas jurídicas e políticas da sociedade, de revitalizar o federalismo, de encontrar um novo equilíbrio nas relações do Presidente e do Congresso, de reformular o catálogo de direitos fundamentais, de procurar maior justiça na organização económica.

O próprio Presidente SARNEY tomou a iniciativa de, em mensagem ao Congresso, propor a convocação de uma Constituinte. Daí a Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, que dispôs:

*“Artigo 1º — Os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional.*

*Artigo 2º — O Presidente do Supremo Tribunal Federal instalará a Assembleia Nacional Constituinte e dirigirá a sessão de eleição do seu Presidente.*

*Artigo 3º — A Constituição será promulgada depois da aprovação do seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos membros da Assembleia Nacional Constituinte.”*

A despeito do nome, a Emenda Constitucional não previu uma verdadeira Assembleia Constituinte, ou seja, uma Assembleia especificamente eleita para elaborar e decretar uma Constituição, dissolvendo-se terminada a sua obra (como alguns chegaram a preconizar), e tivesse ela apenas poderes constituintes ou também poderes legislativos. O que previu foi um Congresso com poderes constituintes, que funcionaria, ao mesmo tempo, como Congresso ordinário e que, como Congresso ordinário, permaneceria após a feitura da Constituição (6).

A escolha não foi meramente técnica; teve evidente significado político. Se não se tratava já de mais uma revisão da Constituição vigente, tampouco se tratava de criar, por referência a qualquer legitimidade revolucionária, uma nova Constituição. Daí a subsistência da Constituição de 1967-1969, emendada, até à entrada em vigor da nova Constituição, em vez de um interregno ou de uma revogação ou abolição (7); daí o estatuto não provisório do Congresso anterior à eleição e do Presidente (8); daí a limitação imanente da soberania do Congresso eleito em 15 de novembro de 1986.

(6) Sobre os tipos de actos constituintes, v. o nosso *Manual*, II, cit., pp. 70 e segs.

(7) Conforme declarou em Portugal o art. 292.º, n.º 1, da Constituição de 1976.

(8) Daí ainda o grave problema político da duração do mandato do Presidente Sarney à face da nova Constituição.

5. Ainda em 1985, pelo Decreto nº 91.450, de 18 de julho, o Presidente SARNEY, na linha do pensamento de TANCREDO NEVES<sup>(9)</sup>, instituiu uma “Comissão Provisória de Estudos Constitucionais” destinada a preparar um anteprojecto de Constituição — embora sem valor jurídico vinculativo, evidentemente — a propósito do qual se examinassem questões merecedoras de relevância constitucional, se esclarecessem ou apontassem alternativas, se esboçassem soluções sobre as quais os futuros constituintes viessem a trabalhar.

Como disse o Presidente na posse da Comissão, ela não se destinaria a substituir o Congresso ou o Povo. Seria, antes, “uma ponte de alguns meses entre a gente brasileira e os representantes que ela elegerá. Servirá como uma área de discussão livre e informal das razões nacionais, submetendo ao debate público teses básicas quanto ao Estado, à sociedade e à Nação”.

A Comissão seria, após tantos anos de conflitos e de violência institucionalizada, uma instância de diálogo entre os brasileiros, em que mais importante do que redigir um texto seria demonstrar a possibilidade de um debate constituinte democrático, pluralista e construtivo. Por isso, recebeu uma composição extremamente heterogênea, havendo entre os seus 49 membros constitucionalistas e não constitucionalistas, juristas e não juristas, políticos profissionais e simples cidadãos, filiados em partidos e não filiados, personalidades identificadas com os partidos do actual Governo e com os partidos da nova Oposição, representantes das grandes regiões do Brasil, empresários, sindicalistas, jornalistas, escritores, etc. Por isso, o seu presidente foi AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, professor emérito de *Direito Constitucional*, antigo ministro das Relações Exteriores de JÂNIO QUADROS, expoente da tradição jurídica e política de Minas Gerais<sup>(10)</sup>.

Estes objectivos não terão sido, por completo, alcançados, por se terem projectado na Comissão algumas tensões da situação política brasileira. De início, foram elementos de esquerda (não participantes da Comissão, por não terem sido escolhidos ou não terem querido participar) que a puseram em causa, acusando-a de “elitista”; depois, foram elementos de direita que atacaram o texto por ela preparado, apodando-o de casuístico, demasiado socializante e utópico; e, ao longo dos trabalhos, manifestaram-se clivagens entre “conservadores”, “centristas” e “progressistas”.

Apesar disso, a Comissão, instalada em 3 de setembro de 1985, pôde funcionar com normalidade durante mais de um ano, com reuniões tanto

(9) Que, ao que parece, remontava a 1982.

(10) Entre os outros membros da Comissão, justo é salientar constitucionalistas como Josaphat Marinho, Pinto Ferreira, Orlando Magalhães de Carvalho, Paulo Brossard, Raul Machado Horta, Rosah Russomano; filósofos do Direito como Miguel Reale; sociólogos como Gilberto Freyre (aos 86 anos) e Cândido Mendes de Almeida (secretário-geral da Comissão Brasileira Justiça e Paz); politólogos como Hélio Jaguaribe; ou escritores como Jorge Amado e Eduardo Portella.

em Brasília como no Rio de Janeiro, e pôde levar a sua incumbência a bom termo. Dela resultou um anteprojecto, com preâmbulo da autoria de Afonso Arinos e um articulado cuja redacção final coube a CÂNDIDO MENDES.

Em 18 de setembro de 1986 seria esse texto solenemente entregue ao Presidente da República, que — numa decisão sem precedentes — o mandaria publicar no *Diário Oficial da Federação* (11).

6. Pouco depois, em 15 de novembro, foram eleitos os Senadores e Deputados constituintes.

A coincidência das eleições com as dos Governadores dos Estados — estas muito personalizadas, com mais directa influência na vida dos cidadãos e, por certo, também com mais sensível repercussão nos equilíbrios políticos do País — terá feito diminuir um tanto o seu interesse imediato. Não afectou o seu significado político e jurídico de primeiras eleições constituintes desde 1946 (subseqüentes à queda doutra ditadura) e de primeiras eleições verdadeiramente livres desde 1964.

O Congresso, que se reuniu desde 1º de fevereiro, está, assim, munido da necessária legitimidade democrática para erguer uma Constituição democrática, que organize a esperança que, não obstante todos os obstáculos económicos e sociais, percorreu o Brasil. Será a sétima Constituição (depois das de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967-1969) e ver-se-á se ultrapassará tais obstáculos ou outros ou se neles se deixa enredar, se conseguirá perdurar ou se será tão efémera como algumas das Leis Fundamentais anteriores.

Uma coisa parece certa: nenhuma Constituinte brasileira (e talvez doutros países) terá tido, à partida, um documento de trabalho tão sugestivo como o produzido pela “Comissão Provisória de Estudos Constitucionais”, pela Comissão Afonso Arinos; e nunca terá antes havido no Brasil um surto tão grande de estudos e projectos doutrinários sobre temas constitucionais (12).

## II

7. O anteprojecto de Constituição elaborado pela Comissão Afonso Arinos que ora divulgamos em Portugal é suficientemente impressivo e claro para justificar longas explicações.

(11) Foi efectivamente publicado na edição de 26 de setembro.

(12) A título meramente exemplificativo, citem-se: DALMO DE ABREU DALLARI, *Constituição e Constituinte*, São Paulo, 1984; GERALDO ATALIBA, *República e Constituição*, São Paulo, 1985; *Constituinte e Constituição*, obra colectiva, Universidade Federal de Minas Gerais, 1986; FÁBIO KONDER COMPARATO, *Muda Brasil — Uma Constituição para o Desenvolvimento Democrático*, São Paulo, 1986; CÂNDIDO MENDES, *A Inconfidência Brasileira — A Nova Cidadania Interpela a Constituinte*, Rio de Janeiro, 1986; OSCAR DIAS CORREA, *A Crise da Constituição, a Constituinte e o Supremo Tribunal Federal*, São Paulo, 1986.

Da sua leitura desprendem-se, à vista desarmada, quatro notas fundamentais: a vastidão do texto; a extensão do tratamento constitucional a zonas até agora por ele não cobertas; o carácter compromissório presente um pouco por toda a parte; a complexidade da sistematização.

Além disso, pode observar-se, em não poucos pontos, a influência, entre outras, da Constituição portuguesa de 1976 — o que, sendo natural, não é para portugueses menos elucidativo.

8. É um longo texto, com preâmbulo, 436 artigos e 32 disposições gerais e transitórias. Há, todavia, textos constitucionais em vigor mais extensos: a Constituição da Índia (com preâmbulo, 395 artigos e 10 anexos, com dezenas de disposições); ou a Constituição da Iugoslávia (com preâmbulo, 406 artigos, em regra muito mais dilatados que os do anteprojecto).

As Constituições brasileiras desde a de 1934 têm sido bastante mais ambiciosas e pormenorizadas do que as europeias, quanto ao âmbito de matérias que pretendem abraçar. Basta recordar na Constituição actual o cuidado (bem compreensível, aliás) posto em definir as fronteiras das atribuições da União, dos Estados e dos Municípios e a distribuição de receitas e de despesas entre uma e outros: a regulamentação do processo legislativo e do orçamento; o desenvolvimento prestado ao regime dos funcionários públicos e organização do Poder Judiciário federal e estadual e a repartição de competências entre diversas categorias de tribunais; o regime da nacionalidade e até alguns aspectos da declaração de direitos.

Porém, o Anteprojecto Afonso Arinos vai ainda mais longe tentando disciplinar ainda com mais minúcia todas as matérias; dedicando secções específicas às regiões de desenvolvimento económico e às regiões metropolitanas, aos direitos dos trabalhadores, à segurança social (13), à saúde, à moradia, às populações carentes, às populações indígenas, à comunicação social, à ciência e à tecnologia e ao meio ambiente; ocupando-se, pela primeira vez, da língua nacional, da inconstitucionalidade por omissão, da informática, da assistência religiosa nas Forças Armadas e nos estabelecimentos colectivos, da defesa do consumidor, do Defensor do Povo, da democraticidade interna dos partidos, do direito de antena, do estado de alarme, do cooperativismo, do direito à paternidade responsável, dos direitos da infância, da adolescência, dos idosos e dos deficientes, da protecção da floresta amazónica; e cuidando até da protecção da baleia (art. 410).

Conhecem-se as causas deste duplo fenómeno de alargamento das matérias e de dilatação dos textos constitucionais. Não é um fenómeno unicamente brasileiro (ou português), como alguns pensam. É um fenó-

(13) No texto, chamada *seguridade social*, num espanholismo que poderia ser evitado.

meno generalizado na nossa época (em contraste com o século XIX), em consequência da interpenetração crescente do Estado e da sociedade civil, da expansão das necessidades colectivas e do conexo aumento de funções requeridas ao Estado. E é um fenómeno particularmente patente em países como os nossos, nos quais se torna imperioso tanto distribuir o poder por diferentes órgãos e centros de decisão para evitar os abusos da concentração quanto ir ao encontro das aspirações das pessoas e dos grupos — no Brasil, decerto, maioritários — até agora sem acesso aos bens materiais e de cultura e à subjectividade política.

É ainda um fenómeno que tem muito que ver com o carácter compromissório das Constituições de países divididos social, económica, regional, e ideologicamente, em que contrastantes forças políticas e sociais se defrontam sem que nenhuma possa dominar as demais e em que cada qual almeja por incorporar na Constituição senão o essencial do seu projecto, pelo menos uma parte substantiva deles, para que não fique à mercê do legislador ordinário (por definição, contingente e mutável). Nestes países, o carácter compromissório — com os depois difíceis, conquanto não irresolúveis, problemas de interpretação que arrasta — é o preço da democracia pluralista.

Não custa supor que o anteprojecto, sob este aspecto, prefigura bem o que vai ser a próxima Constituição brasileira. Mesmo que esta o não siga inteiramente, não poderá deixar de reflectir o mesmo espírito, não só por causa da realidade dinâmica do País mas também porque, a despeito de haver um partido com maioria absoluta (ao contrário do que aconteceu em Portugal, na Assembléa Constituinte de 1975-1976), esse partido, o PMDB, é já por si uma frente multifacetada, com grandes divergências programáticas entre os que o integram.

9. O sentido compromissório oferece-se nas três grandes matérias nucleares que são as dos direitos fundamentais, da organização económica e do sistema político (tal como na Constituição portuguesa e noutras Constituições).

No tocante aos direitos fundamentais, verifica-se — de resto, na sequência das várias Constituições brasileiras após 1934 — a conjugação de direitos com a estrutura de direitos, liberdades e garantias (ou de direitos civis e políticos, na terminologia dos Pactos de Direitos do Homem das Nações Unidas) e de direitos com a estrutura de direitos económicos, sociais e culturais. Os primeiros surgem com mais precisão e vigor, mas os segundos aparecem a seu lado (arts. 8º e segs.), ganham relevo e, por vezes, entrelaçam-se com eles. Consagram-se direitos de todos os cidadãos (sobretudo no Capítulo III do Título I) e direitos dos trabalhadores (no Capítulo I do Título IV), o que, sem imprimir ao texto um cunho classista, o aproxima da realidade económica e social.



Ao invés da Constituição portuguesa, o texto da Comissão Afonso Arinos não estabelece uma distinção nítida entre uma e outra categoria de direitos, nem enuncia à parte regras gerais aplicáveis a uns e outros — essa, por certo, uma das suas mais ostensivas deficiências. De todo o modo, quanto aos do primeiro grupo, perpassa sempre a idéia de liberdade, de defesa da personalidade humana, da limitação do poder, e neles se encontra todo o manancial de instrumentos de garantia vindos da tradição liberal do Ocidente. Já quanto aos segundos, as inspirações são mais variadas, desde a doutrina social da Igreja ao solidarismo laico, desde a observação dos problemas brasileiros à refração de correntes ideológicas tão diversas como o marxismo ou o neocapitalismo.

Mais dificilmente identificável é a Constituição económica, aparentemente ordenada de acordo com os seguintes princípios (art. 316): valorização do trabalho, liberdade de iniciativa, função social da propriedade e da empresa, harmonia entre as categorias sociais de produção, pleno emprego, redução das desigualdades sociais e regionais, fortalecimento da empresa nacional, estímulo às tecnologias inovadoras e adequadas ao desenvolvimento nacional. Estes princípios devem ser lidos em conexão com os princípios de ordem social (art. 342).

Por um lado, diz-se que a actividade económica será realizada pela iniciativa privada (art. 318); mas, por outro lado, prevê-se a intervenção do Estado sob as múltiplas formas de controle, de estímulo, de gestão directa, de acção supletiva e da participação no capital das empresas (art. 319); organiza-se o planeamento — imperativo para o sector público e indicativo para o privado (art. 324); regula-se o direito à propriedade territorial rural (arts. 331 e segs.), admitindo-se a aquisição de terras públicas por aqueles que as tornem produtivas (art. 335); e, além disso, sujeitam-se os investimentos estrangeiros a regras severas (art. 322) e impõe-se a maioria de capital brasileiro na banca, nas empresas financeiras e nos seguros (art. 327).

As formulações são muito menos marcadas do que na Constituição portuguesa e em nenhum preceito, por exemplo, se alude a socialização ou a apropriação colectiva de meios de produção. Todavia, uma leitura mais atenta do Anteprojecto (ou a prática, se, acaso, viesse a ser adoptado pela Constituinte) poderia levar a descobrir mais fortes afinidades.

No plano da organização política intenta-se conferir maior autenticidade ao federalismo, reforçando os poderes tanto dos Estados como dos Municípios. A nota mais curiosa é a introdução daquilo a que se vai chamando (embora não no Anteprojecto) o “presidencialismo congressual”, um sistema misto que dir-se-ia retomar, sem os vícios de origem e com aperfeiçoamentos, o modelo do Acto Adicional de 1961.

O Presidente da República, eleito por sufrágio universal, deixa de ser o detentor único do Poder Executivo, pois que passa a haver um

Presidente do Conselho (arts. 232 e segs.) e um Conselho de Ministros (arts. 240 e segs.). Em contrapartida, fica tendo o poder de dissolver a Câmara dos Deputados (art. 229 – VIII) e mantém ou adquire importantes faculdades (arts. 229 e segs.) de promulgação e veto das leis, de nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, de direcção da política externa, de comando supremo das Forças Armadas, de decretação da intervenção federal nos Estados e do estado de alarme, de iniciativa de declaração de estado de sítio, de realização de referendo sobre propostas de emendas constitucionais e de projectos de lei de iniciativa do Congresso que visem alterar a estrutura ou afectem o equilíbrio dos Poderes (art. 229 – XXVI). Como órgão consultivo do Presidente da República é criado um Conselho de Estado (arts. 247 e segs.).

Por seu turno, o Presidente do Conselho é indicado pelo Presidente da República à Câmara dos Deputados, que deve tentar, em dez dias, apreciar a indicação e considerando-se esta aprovada se receber votos favoráveis de maioria absoluta dos membros da Câmara (art. 232). No caso, porém, de segunda recusa, se a Câmara dos Deputados, dentro de cinco dias, não escolher por maioria absoluta o Presidente do Conselho, este será nomeado livremente pelo Presidente da República, ouvido o Conselho de Estado (art. 232, § 3º). O Presidente da República pode exonerar o Presidente do Conselho, indicando à Câmara dos Deputados as suas razões (art. 233). Ao Presidente do Conselho, auxiliado pelos Ministros de Estado, compete a direcção superior da administração federal (art. 239).

Apesar de semelhanças com os sistemas semipresidenciais europeus, não se trata de um esquema estranho ao presidencialismo, tão fortes, imediatos e de constante interferência na condução da política do País permanecem os poderes do Presidente da República – sem comparação com os do Presidente da República portuguesa (recordem-se os arts. 136, 137 e 138 da Constituição de 1976, antes e depois de 1982). Trata-se, antes, de um presidencialismo *sui generis* ou imperfeito, aproximável dos adoptados noutros países da América Latina<sup>(14)</sup> e com o qual se pretende alcançar dois efeitos: uma divisão de trabalho entre o Presidente da República e o Conselho de Ministros; e uma comunicação entre o Presidente da República e o Congresso, por o Presidente do Conselho dever comparecer perante este (art. 165).

Não se cria verdadeiramente um novo órgão autónomo frente ao Presidente da República. Pelo contrário, o sistema sugerido pode conduzir – embora não seja forçoso que assim suceda – a um fortalecimento da sua posição, por o Presidente ficar agora munido do poder de dissolução da Câmara dos Deputados e do poder de desencadear referendos.

(14) Como o Peru, onde, segundo a Constituição de 1979, também há um Presidente do Conselho (art. 216).

10. A sistematização do texto espelha a complexidade que vimos descrevendo, em moldes que (talvez por isso mesmo) não são muito satisfatórios. Se há um fio condutor, ele não se apresenta muito claro.

O articulado compreende nove títulos: I – Disposições preliminares; II – Estado federal; III – Ordem econômica; IV – Ordem social; V – Educação, cultura, comunicação social, ciência e tecnologia; VI – Meio ambiente; VII – Defesa do Estado, da sociedade civil e das instituições democráticas; VIII – Emendas à Constituição; IX – Disposições gerais e transitórias. O título central e com maior número de preceitos (arts. 67 a 315) é o respeitante ao Estado federal, onde cabem tanto a delimitação das atribuições federais, estaduais e municipais (arts. 72 e segs.) como a organização interna dos Estados (arts. 81 e segs.) – em termos excessivos para um Estado que se afirma federativo – como ainda o sistema tributário e os três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) da União.

O capítulo I do Título I, com a epígrafe “Princípios Fundamentais”, equivale aos “Princípios Fundamentais” da Constituição portuguesa. Começa por estabelecer: “O Brasil é uma República Federativa, fundada no Estado democrático de direito e no governo representativo, para a garantia e a promoção da pessoa, em convivência pacífica com todos os povos” (art. 1º). E contém outrossim a definição da língua nacional – que é o Português (art. 4º) (15 e 16) – dos símbolos, dos princípios das relações internacionais e das relações entre ordem interna e ordem internacional.

O capítulo II versa sobre direitos e garantias (arts. 5º a 56). Não está subdividido internamente, o que contribui para, conjuntamente com a destringa, menos cuidada, entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais, dificultar a análise e, amanhã, a aplicação. Inexplicavelmente (a não ser que conste da tradição vinda de 1934), os direitos relativos à ordem económica, à ordem social e à ordem cultural (arts. 316 e segs., 343 e segs. e 384 e segs.) são enumerados à longa distância destes capítulos. E também há direitos repetidos (e.g., o direito ao ambiente, o direito à educação, o direito de constituir família).

Ou seja: se importa reconhecer o grande passo em frente que é colocar os direitos fundamentais logo no início da Constituição (e não quase no fim, como agora), importa não menos lamentar que a Comissão não tenha conseguido atingir um correspondente nível científico no seu tratamento.

Quanto aos outros títulos e capítulos, descortinam-se igualmente progressos e deficiências (estas, em regra, de pouca gravidade).

(15) A par desta regra, veja-se o princípio de que o ensino primário será ministrado em português, excepto nas comunidades indígenas onde também será leccionado em língua nativa (art. 387, parágrafo único).

(16) Talvez uma regra semelhante devesse ser consagrada em Portugal, em próxima revisão constitucional, até porque o português está muito mais ameaçado em Portugal do que no Brasil.

De registrar a dispersão das normas sobre fiscalização da constitucionalidade (arts. 94 – V, 172 – VIII, 272, 278 – III, alínea *b*), em vez de se procurar tomá-las unitariamente num título ou capítulo à parte; isso mesmo independentemente da hipótese de criação de um Tribunal Constitucional no Brasil (Tribunal que não se afigura muito necessário, tendo em conta a existência do Supremo Tribunal Federal, mais vizinho da Suprema Corte dos Estados Unidos do que do Supremo Tribunal de Justiça português). A falta desse título ou capítulo faz-se tanto mais sentir quanto é certo que o Anteprojecto autonomiza divisões concernentes aos estados de excepção (arts. 425 e segs.) e à revisão constitucional (art. 436).

11. Um olhar de relance permite surpreender as marcas de alguma influência da Constituição de 1976 ou, independentemente da influência efectiva que tenha havido, as disposições que se assemelham mais às disposições portuguesas.

Sem ser exaustivo, apontem-se:

1º) a já referida definição do regime como Estado democrático de direito (cfr. o “Estado de direito democrático” do preâmbulo e dos arts. 2º e 9º, alínea *b*, da Constituição portuguesa);

2º) o princípio da defesa e promoção dos direitos humanos nas relações internacionais, no art. 5º – I (cfr. o art. 7º, nº 1 português, após 1982);

3º) o princípio da aplicação imediata dos direitos e garantias, no art. 10 (cfr. o art. 18º, nº 1 português);

4º) a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, nestes termos (art. 10, § 2º): “Verificando-se a inexistência ou omissão de lei que inviabilize a plenitude da eficácia de direitos e garantias assegurados nesta Constituição, o Supremo Tribunal Federal recomendará ao Poder competente a edição de uma norma que venha a suprir a falta” (cfr. art. 283º e, mais ainda, o primitivo art. 279º da Constituição portuguesa);

5º) a cláusula aberta sobre direitos do art. 12 (cfr. art. 16º, nº 1, da Constituição portuguesa);

6º) as garantias relativas à utilização da informática, no art. 17 (cfr. art. 35º português);

7º) a objecção ou escusa de consciência, no art. 21 (cfr. arts. 41º, nº 6, e 276º, nº 4, portugueses);

8º) a liberdade de aprender e de ensinar, no art. 25, parágrafo único (cfr. art. 43º português);

9º) o direito ao ambiente, no art. 36 (cfr. art. 66º português);

- 10º) a defesa do consumidor no art. 36, § 1º (cfr. art. 110º português);
- 11º) o direito de informação dos administrados, no art. 49 (cfr. art. 268º, nº 1, português);
- 12º) a instituição do Defensor do povo (17), no art. 56 (cfr. art. 23º português);
- 13º) o direito de acesso dos partidos políticos aos meios de comunicação social no art. 66, § 3º (cfr. art. 40º português);
- 14º) a inserção entre as finalidades do sistema tributário da correção de desigualdades sócio-económicas, no art. 133 — II (cfr. arts. 106º e 107º portugueses);
- 15º) a criação de uma Comissão Permanente do Congresso, no art. 167 (cfr. art. 182º português);
- 16º) a definição do Presidente da República como representante da República e garante da unidade nacional e do livre exercício das instituições democráticas, no art. 218 (cfr. art. 123º português);
- 17º) o sistema eleitoral do Presidente e do Vice-Presidente da República, no art. 222 (cfr. art. 129º da Constituição portuguesa);
- 18º) o Conselho de Estado, nos arts. 247 e segs. (cfr. arts. 144º e segs. da Constituição portuguesa);
- 19º) o Conselho Nacional da Magistratura, no art. 290 (cfr. art. 223º português);
- 20º) o princípio da intervenção do Estado no domínio económico, no art. 319 (cfr. arts. 81º e 82º portugueses);
- 21º) o estímulo às cooperativas no art. 319, § 4º (cfr. arts. 61º, n.ºs 3 e 4, e 84º portugueses);
- 22º) o planejamento económico, no art. 324 (cfr. os arts. 91º e segs. portugueses);
- 23º) a previsão de desapropriação da propriedade rural, no art. 332 (cfr. art. 97º português);
- 24º) os direitos dos trabalhadores, nos arts. 343 e segs. (cfr. arts. 53º e segs. portugueses);
- 25º) as garantias da liberdade sindical, no art. 344 (cfr. art. 56º português);

---

(17) O nome é o da Constituição espanhola e não parece muito feliz. Também o nome da Constituição portuguesa "Provedor de Justiça" poderia ser ambíguo. Por que não, como já alguém sugeriu, o nome tradicional brasileiro de "Ouvidor"?

26º) o Plano Nacional de Saúde, nos arts. 355 e 356 (cfr. art. 64º português);

27º) as regras sobre assistência à maternidade, à infância, à adolescência, aos idosos e aos deficientes, nos arts. 371 e segs. (cfr. arts. 68º e segs. portugueses);

28º) as regras sobre liberdade cultural, nos arts. 395 e 396 (cfr. arts. 42º e 78º portugueses);

29º) o Conselho de Comunicação Social, no art. 403 (cfr. art. 39º português, após a revisão de 1982);

30º) o apoio à ciência no art. 404 (cfr. art. 73º, nº 4, e 81º, alínea *m*);

31º) o Conselho de Defesa Nacional, no art. 423 (cfr. art. 274º português).

12. O Anteprojecto está todo imbuído do espírito do Estado social de direito. Perpassa nele a constante preocupação de garantir a dignidade da pessoa — não da pessoa abstracta, mas do homem concreto brasileiro no final do século XX. Está-lhe subjacente uma irrecusável visão optimista da sua capacidade de transformar o Brasil, não num futuro longínquo, mas num futuro próximo a construir já, em liberdade.

Uma Constituição, sendo o estatuto do Estado, é tanto a regra do poder como a ordenação da comunidade. Isso mesmo transparece (embora não raro com excessos regulamentários) no Anteprojecto, ao procurar limitar juridicamente o poder — entre a União e o Estado, entre os poderes políticos e o poder judiciário e entre o Presidente e o Congresso; ao procurar estabelecer uma comunicação efectiva entre o poder e a comunidade — a diversificada comunidade política brasileira; e ao apelar para a colaboração de iniciativas vindas do seu seio na realização de incumbências públicas.

Esta nota torna-se mais patente em alguns preceitos que se afiguram dos mais felizes ou conseguidos do texto da Comissão Afonso Arinos. Assim, além da maior parte dos preceitos com similitudes com a Constituição portuguesa, salientem-se:

1º) a regra do § 1º do art. 10, segundo o qual, na falta ou omissão da lei, o juiz decidirá o caso de modo a atingir os fins da norma constitucional;

2º) a muito completa regulamentação da liberdade religiosa do art. 20;

3º) os fins e limites das penas, em termos de individualização e de reabilitação do delinqüente, no art. 34;

4º) a ligação da educação, simultaneamente, à iniciativa da comunidade e a um dever do Estado (art. 25); a preocupação pluralista de

garantia tanto do ensino público quanto do ensino privado (art. 359) e a regra de efectivação do acesso à educação (art. 390);

5º) a acção pública e a acção popular para defesa do ambiente e do consumidor (art. 36, § 2º), bem como do património público (art. 46);

6º) os direitos dos presos (art. 41);

7º) o princípio de administração aberta (art. 49);

8º) o princípio da participação de todos os filiados nos órgãos de direcção dos partidos políticos, na escolha dos seus candidatos e na elaboração das listas partidárias (art. 66, § 2º);

9º) a proibição de o Congresso, no último ano da legislatura, aprovar ou sancionar leis que versem sobre eleições ou sobre partidos políticos (art. 191);

10º) a autonomia orçamental do Poder Judiciário (art. 271);

11º) as regras especiais de protecção às populações indígenas (arts. 350 e segs.);

12º) o imperativo de protecção da floresta amazónica (art. 411).

Naturalmente, merecedoras de elogio são também muitas outras disposições. Mas estas são as que, dum prisma histórico e comparativo, comportam mais significativa inovação.

13. Não quer isto dizer que sejam de obliterar as deficiências e omissões do Anteprojecto.

Já nos referimos à sistematização, pouco clara e pouco exaustiva, e ao excesso não tanto de regulamentação quanto de *regulamentarização* das matérias.

A deficiência sistemática projecta-se negativamente sobretudo no campo dos direitos fundamentais. É que não basta atribuir, com mais ou menos generosidade, um vasto conjunto de situações subjectivas activas ou de pretensões perante o Estado; torna-se necessário estabelecer princípios de harmonização, na prática, entre direitos de diversos conteúdos e de diversos titulares; e isso não se encontra no texto.

Quanto ao excesso de regulamentarização, ele mostra-se pouco consentâneo quer com a desejável revitalização do federalismo quer com a indispensável liberdade do legislador. Na esteira afinal das Cartas autoritárias, a Comissão propõe um rígido tratamento da organização interna dos Estados, em que chega ao ponto de fixar o número dos Deputados às suas Assembleias Legislativas (art. 88). E o espartilho a que, em não

poucas matérias, se submete o Poder Legislativo — doravante, um Poder Legislativo democraticamente legitimado (não se esqueça) — mal se compatibiliza com a maleabilidade requerida por uma sociedade em tão acelerada transformação como a brasileira.

Tudo está, mais uma vez, em descobrir um equilíbrio razoável. Sem dúvida, no campo dos direitos, liberdades e garantias e no da separação dos poderes, justifica-se todo o cuidado posto na definição de sentidos normativos rigorosos e unívocos. Já noutras áreas se exige autocontenção a uma Assembleia Constituinte para permitir — no respeito de determinados princípios, balizas ou pontos firmes — a alternância das opções políticas e a adaptação às sucessivas conjunturas. A Constituição democrática para um poder aberto numa sociedade aberta não pode deixar de, aí, ser também uma Constituição aberta.

Se se critica a Constituição portuguesa — às vezes, injustamente — por tolher a margem de liberdade de conformação do legislador ordinário, o que não se diria perante uma Constituição que reproduzisse o texto do Anteprojecto pura e simplesmente?

Em especial, como pontos mais negativos, podem ser indicados os seguintes:

1º) a falta de regras como as que se encontram na Constituição federal alemã (arts. 1º e 19º), na portuguesa (art. 18º, n.ºs 2 e 3) e na espanhola (art. 53º) acerca da força jurídica dos direitos de liberdade e acerca da limitação das restrições que possam sofrer;

2º) a obrigação de filiação partidária dos candidatos a quaisquer cargos políticos, salvo aos de Presidente e Vice-Presidente da República (art. 63);

3º) a atribuição ainda às Forças Armadas de uma missão de garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa expressa destes, nos casos estritos da lei, da ordem constitucional (art. 414) — o que, apesar do cuidado posto na formulação, pode vir a ser pretexto para qualquer protagonismo de tutela ou intervenção (sendo certo que, num Estado de direito democrático, as Forças Armadas não podem, directa ou indirectamente, desempenhar funções políticas).

14. Naturalmente, o voto dos constitucionalistas e dos amigos do Brasil é que o Congresso Constituinte consiga ultrapassar ou corrigir estas e outras deficiências e omissões; que saiba aproveitar, com lucidez, tudo quanto de bom — e é muitíssimo — se encontra no Anteprojecto Afonso Arinos; que, em todos os momentos, discuta, pondere e decida animado por espírito de consenso, de patriotismo e de coragem.

Retomada a tradição constitucional democrática brasileira, é isso que o presente e o futuro lhe exigem.



# Mudança social e mudança legal: os limites do Congresso Constituinte de 87

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES

Mestre em Direito pela USP. Professor  
Assistente da Faculdade de Direito  
da USP

Os não iniciados no mundo lógico-formal do direito perguntam-se como é possível que os códigos e a legislação ordinária de um determinado Estado atravessem incólumes as mais profundas mudanças das normas constitucionais. Assim foi, por exemplo, o caso do Código Civil alemão, ainda hoje em vigor, que vem valendo desde os tempos do império, passando pela República de Weimar e pelo Nazismo, até desembocar no atual Estado federal. O mesmo pode-se dizer dos diversos códigos e leis ordinárias dos países latino-americanos, sobreviventes de diversos golpes de Estado, pronunciamentos e algumas revoluções. E o que não dizer do “direito comum” da Inglaterra e dos Estados Unidos?

Esta questão, um pouco paradoxal, também é colocada pelos estudiosos do direito enquanto fenômeno histórico, social e cultural. Procuram saber por que o direito permanece aparentemente tão igual em tão distintas circunstâncias. Como é possível a convivência de instituições tão tradicionais com formas de organização política tão novas? Que relação há entre umas e outras? Por que as mudanças no Estado não se refletem direta e imediatamente no conjunto de leis — no “ordenamento jurídico”?

Nestes casos não basta recorrer à explicação lógico-formal dada pelo positivismo jurídico. Este permite-nos (ou nos obriga?) continuar a pensar as diversas normas — de origens históricas e funções sociais bem distintas — como um todo. O fato de pensá-las como um sistema, no entanto, é apenas um pensar sobre hipótese: se considerarmos o direito como um todo, devemos proceder ao raciocínio assim ou assado.

Isto retira o paradoxo lógico, mas não retira o conflito fundamental: como posso continuar a chamar de direito aquilo que foi produzido por uma autoridade hoje inexistente e/ou ilegítima?

A explicação foi tentada por muitos e com muito sucesso em alguns casos. Mas ela escapa ao âmbito jurídico-positivista, pois nos obriga a abandonar o empireo ideal do "dever-ser" para mergulharmos no mundo material. A indagação deve dirigir-se não mais às normas.

Na sociedade industrial ou capitalista é a mercadoria o denominador comum. O mercado, vale dizer, as relações de troca são o modo específico de ser destas sociedades. A liberdade de contratar e de dispor de si (o operário) e de seus bens (o capital) torna-se a relação sócio-jurídica dominante. Nunca é demais insistir que o contrato e a propriedade são, ao lado do conceito de pessoa e sujeito de direito, os núcleos do direito burguês e capitalista. Poderia ser diferente? Pouco provável. A nossa hipótese de explicação teórica seria a seguinte: dado que a produção está articulada em uma série de unidades autônomas (as empresas) e que a divisão social do trabalho permite uma crescente diferenciação de tarefas, as mudanças institucionais (ou superestruturais) estão parcialmente condicionadas por esta forma de produção; de outro lado, a explicitação jurídica destas articulações oculta relações de troca desiguais, permitindo que a coordenação, pressuposta pelos contratos, seja de fato substituída por subordinações capazes de garantir a realização de um sentido geral na vida da sociedade assim organizada.

Esta hipótese poderia explicar o processo pelo qual os juristas são obrigados a formular a chamada "teoria da recepção": o direito novo recebe do direito velho tudo aquilo que não seja incompatível entre eles. A compatibilidade entre as normas é verificada no momento de sua interpretação. Apenas no momento de decidir entre a aplicação de uma regra ou outra é que o jurista afirma ou nega a "recepção". A interpretação, no entanto, é um processo aberto, como reconhece até o mais formal dos juristas<sup>(1)</sup>. A base da recepção não está apenas na coerência lógica das regras, senão nas relações sociais que se expressam em regras ou normas jurídicas. Estas relações de base confundem-se em certa medida com as "relações de produção", tornando-se necessárias e independentes da vontade dos que delas participam.

Isto não significa a existência de uma relação causal e mecânica entre relações sociais e normas jurídicas. As normas jurídicas não

(1) HANS KELSEN. *Teoria Pura do Direito*. (Trad. J. B. Machado). 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Arménio Amado Ed., 1979, p. 367: "Por aí se mostra, em todo caso, que a possibilidade de predeterminar as normas individuais que não de ser produzidas pelos tribunais através de normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária é consideravelmente limitada."

são apenas o espelho das relações sociais de fato existentes. Mesmo que o fossem, as relações sociais são contraditórias e ambíguas. Isto passaria para o direito, e ele refletiria ambigüidades. Todavia, o direito também incorpora em certa medida os pensamentos utópicos produzidos pelas diferentes classes sociais<sup>(2)</sup>. A utopia funciona como horizonte de sentido. O direito expressa também este horizonte. A autonomia relativa das superestruturas seria exatamente isto: a possibilidade de expressar não apenas aquilo que é como também aquilo que se deseja, ou se sonha.

Ao falar dos limites impostos pelas relações materiais ao pensamento jurídico tradicional, de forma alguma nega-se a autonomia relativa mencionada acima. Apenas devemos ter em conta que há limites para pensar o novo: tais limites são representados pela materialidade cotidiana. Nada impede, porém, o aparecimento de novas relações, em formas experimentais, tentativas. Surgem justamente a partir da capacidade de sonhar e imaginar, da utopia. Pela espécie de questão colocada não vamos discutir em profundidade a dimensão utópica, que poderá voltar numa outra oportunidade.

Tomaremos brevemente algumas idéias relativas ao tema “mudança social x direito”, de três autores: EUGEN EHRLICH, KARL RENNER e PASUKANIS. Em seguida, explicitaremos algumas considerações sobre as atuais circunstâncias de mudança social e legalidade no momento constituinte brasileiro.

Para EHRLICH o direito é em primeiro lugar a “ordem interna das associações humanas”. O que o direito dos Estados modernos apresenta de característico não é a norma, mas o grau de estabilidade, a complexidade de regras de decisão, e as chamadas normas de segunda ordem: o poder de coerção estatizado (o direito penal, processual e policial)<sup>(3)</sup>. Mas a estabilidade do direito moderno está vinculada ao fato central da unificação da sociedade pelo mercado, isto é, a produção e a troca generalizadas<sup>(4)</sup>. Na verdade, o Estado aparece, de acordo com EHRLICH, como a instância unificadora das diversas organizações sociais. Numa certa altura do desenvolvimento destas organizações e de suas relações recíprocas surge a necessidade de um poder superior com funções organizadoras. O Estado aparece como órgão da sociedade. Por isso é dependente das relações de poder constituídas na sociedade: ele serve como organizador a partir do poder existente e não acima ou fora destas relações.

(2) FRANZ HINKELEMMERT. *Crítica à Razão Utópica*. (Trad. Alvaro Cunha) São Paulo, Paulinas, 1986, passim.

(3) EUGEN EHRLICH. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. (Trad. René Ernani Gertz). Brasília, Ed. UnB, 1986, p. 122.

(4) Id., ib., p. 118.

De certa forma, EHRLICH percebe a norma jurídica (ou preceito jurídico — para distingui-lo da ordem jurídica interna das associações) como um reflexo das relações sociais e de poder<sup>(5)</sup>. O direito não obriga apenas por si, ou pelo uso da coerção estatal (violência física), mas na medida em que reflete ou reproduz a necessidade imposta pelo mundo das necessidades sociais. Tanto assim que o conteúdo da maior parte das relações jurídicas é dado não pelo direito mas pelo contexto social<sup>(6)</sup>. Para chegar a tais conclusões ele ressalta que as regras do agir são aquelas efetivamente fundamentais para o direito: as outras, regras de decisão, têm caráter instrumental — como todo aparelho estatal — e visam garantir marginalmente as regras do agir, formadas, insiste ele, não pelo Estado mas pela sociedade<sup>(7)</sup>.

Desta postura deriva ele a importância dos “fatos do direito” para lá das “regras jurídicas”. Destaca como fatos primordiais a propriedade (posse) e o contrato. Porque são fatos organizadores da produção, estes dois determinam as regras jurídicas<sup>(8)</sup>. É perceptível a subordinação traçada por EHRLICH entre o direito estatal e a evolução social. É a sociedade que impõe ao Estado as mudanças. Normas e relações sociais estão entre si numa relação de efeito e causa, respectivamente.

Ao reduzir as normas de decisão e organização a um posto secundário na sua perspectiva, EHRLICH deixou em aberto um campo que a sociologia do direito mais recente veio a explorar: o fenômeno jurídico como tratamento dos conflitos, como processo de neutralização e dispersão das tensões sociais ou instrumento também de transformação<sup>(9)</sup>.

Se para EHRLICH o direito é absolutamente dependente das relações vividas, qual seria a visão de KARL RENNER?

O estudo de RENNER permite acreditar em certa independência do direito com relação ao **substratum** econômico. Substrato é o conjunto

(5) Id., ib., p. 55: “Desta maneira, o homem age de acordo com o direito, acima de tudo, porque as relações sociais o obrigam a isto! Neste sentido, a norma jurídica não se distingue de outras normas. O Estado não é a única associação coativa: há, na sociedade, inúmeras associações que são muito mais rígidas que ele.”

(6) Id., ib., p. 444: “Não se pode alugar moradia numa aldeia em meio às montanhas, onde não há casas de aluguel; não se pode adquirir alimentos e roupas, se não são oferecidos no comércio local; não se pode contratar uma pessoa para serviços que não são prestados em troca de salários.”

(7) EHRLICH, op. cit., p. 39.

(8) Id., ib., pp. 70 a 89.

(9) Cf. o estudo de BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS, “Introdução à Sociologia da Administração da Justiça” in *Revista de Processo*, n.º 37, 1985, S. Paulo, pp. 121 a 138. Analisando a ampliação dos serviços de assistência judiciária do pós-guerra, chega à conclusão — entre outras — de que o simples conhecimento dos seus direitos já altera a relação das classes populares com o Judiciário.

de uma intrincada estrutura de inter-relações entre os homens e entre o homem e a matéria (natureza). Este substrato, econômico em primeiro lugar, não provoca “automática e imediatamente”<sup>(10)</sup> seu reflexo nas normas e no direito. Ele ressalta a existência das mudanças nas relações sociais e a mudança nas funções sociais de “institutos jurídicos”, permanecendo aparentemente os mesmos. Desta maneira, os ritmos de mudança — do substrato e da norma — não são coincidentes e nem há entre eles uma relação de causalidade definida; existe, todavia, uma implicação funcional, por meio da qual as relações sociais impõem ao direito uma nova função ou o desuso das velhas instituições.

As quatro hipóteses levantadas por RENNERT podem ser assim resumidas:

1ª — mudanças fundamentais no substrato econômico social podem ocorrer sem que haja uma correspondente mudança no sistema legal;

2ª — o direito não é responsável pelo desenvolvimento econômico, não é sua **causa causans**;

3ª — as mudanças econômicas não provocam automática e imediatamente mudanças no direito;

4ª — visto que o substrato social e econômico não muda por saltos perceptíveis imediatamente, apenas a leitura histórica permite reconhecer as mudanças funcionais no direito.

Sobre a análise de EHRlich, as hipóteses de RENNERT têm o poder de ressaltar a distinção entre as normas (ou mesmo o discurso jurídico) e a sua função social. Esta última depende das relações materiais entre os homens, mediadas pela natureza, enquanto aquelas sobrevivem num caráter às vezes formal. Abrem também a possibilidade de entender a relativa autonomia do direito, visto que não se trata mais, deste ponto de vista, de encará-lo como a reprodução pura e simples da base material sobre a qual se assenta.

Vale lembrar aqui também a menção feita por RENNERT a um certo “decretinismo”<sup>(11)</sup>, pelo qual se acredita — e se passa a “legislar” sob tal crença — no direito como instância capaz de mudar a sociedade. RENNERT insiste na existência de limites externos à eficácia do direito como instrumento de mudanças, justamente porque sua hipótese de trabalho é a da independência do jurídico e da funcionalidade das alterações da base material da sociedade.

(10) KARL RENNERT. *The Institutions of Private Law and their Social Functions*. London, Routledge & Kegan Paul Ltd., 1949, p. 252.

(11) *Id.*, *ib.*, p. 260.

Ele entra aqui explicitamente em choque com a postura assumida pela vitoriosa revolução bolchevique. Ao tomar o Estado, passaram os revolucionários a utilizar-se do direito estatal com a crença de que poderia ser imposta, pela via da coerção oficial, a mudança no modo de produção. As ambigüidades desta tentativa estavam claras para RENNEN, e os frutos que vêm dando no "socialismo autoritário" confirmam em boa parte as preocupações do austríaco. Este "uso instrumental" do direito generalizou-se no século XX e nos Estados de segurança nacional desenvolvimentistas. O Estado promocional do primeiro mundo passou também a adotá-lo em parte.

Os temores e as hipóteses de RENNEN não eram isolados. Mais ou menos contemporaneamente manifestava-se PASUKANIS sobre a questão das relações sociais e das normas. PASUKANIS não escreve para fazer sociologia, senão como jurista. E escreve de dentro da revolução russa. Tem como opositores dois pólos opostos politicamente: os juristas "burgueses" e os juristas "bolcheviques", os quais, segundo ele, estão na verdade do mesmo lado na medida justamente em que são formalistas e privilegiam as normas sobre as relações jurídicas. Estas últimas seriam, segundo o russo, o ponto de partida do estudo do direito.

O direito, de fato, não é primeira e fundamentalmente norma. É relação. A compra e venda surge como norma na medida em que o fato econômico da troca preexistia. Mais que isso, a norma só pode surgir a partir da controvérsia e do conflito (12). "A relação jurídica é a célula primária do tecido jurídico e somente nela o direito completa o seu movimento real. O direito como conjunto de normas é, pois, nada mais do que uma abstração privada de vida" (13).

PASUKANIS procura resolver a questão essencial: as relações sociais precedem o direito? Não, diz ele. As relações sociais já são o direito. A norma jurídica é um produto, uma forma, mas nela não está sendo esgotado o direito. Lá onde não há Estado moderno, legislação ou "ordenamento" há também direito. As leis ineficazes são projetos de criação de direito, mas não são direito.

Estas afirmações levam PASUKANIS a enfrentar a tentativa de construção da "legalidade revolucionária". Sua resposta, à objeção dos bolcheviques — VIJSINSKIJ à frente — quanto ao seu desprezo pelo significado da norma, é a de que sua compreensão do direito não

(12) E. B. PASUKANIS. *La Teoria Generale del Diritto e il Marxismo in Teoria Sovietiche del Diritto*. Umberto Cerroni (org.). Milão, Giuffrè, 1964, p. 137: "Historicamente o direito teve início a partir da controvérsia, isto é, da ação judiciária, e apenas posteriormente chegou a compreender as relações preexistentes puramente econômicas ou de fato, as quais, desta maneira, adquiriram desde o começo um aspecto duplo: econômico-jurídico."

(13) Id., *ib.*, p. 128.

significa "economismo, fatalismo e coisas semelhantes. A ação política revolucionária pode fazer muito; pode realizar amanhã o que hoje não existe, mas não pode fazer existir aquilo que de fato no passado nunca existiu. Por outro lado, se afirmamos que o propósito de construir um edifício e o projeto de tal edifício não são ainda o edifício real, não se conclui obviamente que para construir um edifício não sejam necessários nem o propósito nem o projeto. Mas quando a decisão não vai além do projeto, não podemos afirmar que o edifício já foi construído" (14).

Para ele a norma e a relação social não aparecem mais como momentos separáveis. Na verdade ele abre também o caminho para uma superação teórica (ainda por fazer) entre a distinção esquemática da superestrutura (a norma) e a infra-estrutura (a relação). Estamos aqui muito próximos de uma compreensão realmente dialética do direito, enquanto se distingue a relação da norma e enquanto se identificam ambas instâncias (super e infra-estrutura).

As três perspectivas apontadas revelam como permanecia aberta, no início deste século, a discussão em torno das implicações norma-relação social. Indicam, ainda, como se procurou sair do campo especificamente estatal, para descobrir "normas jurídicas" não positivadas diretamente pelos órgãos do Estado. A discussão permanece em aberto quanto ao direito dito público.

É bom ressaltar o contexto histórico dentro do qual surgiram as reflexões destes três homens. Trata-se justamente do período em que o modelo concorrencial do mercado vinha sendo substituído pela monopolização da economia. Nesta fase, a interferência estatal na organização dos mercados era muito limitada. Estava ainda nos bastidores, na medida em que o Estado não aparecia como o orientador ostensivo dos investimentos; era um consumidor da produção privada, ou concedia algumas obras consideradas públicas (especialmente transportes, iluminação, etc.) à exploração da livre iniciativa. Nesta época, que vai das três últimas décadas do século XIX até o fim da Guerra de 1914-1918, surge justamente o célebre discurso da inadequação dos códigos à realidade. Não admira que a norma jurídica seja vista como uma "abstração privada de vida".

A crise econômica e política que segue o fim da Guerra exige a intervenção estatal, na mesma medida em que consolida a pouco e pouco a centralização dos capitais. Surgem, então, duas alternativas ao papel do Estado: concentrar em si as tarefas do planejamento econômico e assistência social ou organizar o planejamento descentralizado e tentar minimizar a miséria que ainda no século XX assolava a América do Norte e a Europa. A saída soviética foi a primeira: o resto da Europa e a América do Norte ficaram com a segunda. Ambas, no

(14) Id., ib., p. 131.

entanto, implicam no uso do direito como direcionador das atitudes. O que explica, passadas cinco ou seis décadas, o interesse dos juristas pela idéia dos fins “promocionais” e não apenas “garantistas” do direito.

Seria possível o desenvolvimento da segunda metade do século XX sem um direcionamento estatal? E sem formas de assistência e garantia social? Difícil dizer. Pensa-se a história pelo que ela poderia ter sido e não foi? O fato é que a mudança do papel do Estado não foi um acaso, ou um erro de cálculo: deu-se na medida em que o próprio princípio organizador da vida social — o capital — exigia esta presença. Ou isso ou as guerras, as revoluções ou a paralisação das atividades. A proposta keynesiana era exatamente esta: sustentar as atividades, impedir o seu desaparecimento. Se as crises fossem tão profundas a permitir que valesse a pena os homens deixarem de viver nas cidades, de produzir e consumir mercadorias ou encontrassem alternativas às unidades empresariais para continuar a produzir e consumir, o Estado em breve não encontraria muito o que sustentar. A social-democracia dá a resposta a estas crises.

Todavia, emergem da América Latina, da África e da Ásia um conjunto de nações acreditando justamente neste uso incremental do Estado e do direito para saírem de seu secular atraso ou reformar-se após o colonialismo europeu do século XIX. Nestes casos, os Estados nacionais assumiram uma tarefa diferente daquelas exercidas pelos Estados europeus. Estes haviam surgido, de certa forma, juntamente com a consciência nacional dos países em que se instalaram, acompanharam uma longa maturação das respectivas culturas e do desenvolvimento da sociedade moderna. Os outros surgiram antes da consolidação de verdadeiras nações, pois estas, nos povos colonizados, não eram unidades culturais nem econômicas. Fazer esta unidade coube aos Estados promotores de mudanças e modernizações. Especialmente quanto ao caso francês temos o testemunho próximo de ALEXIS DE TOCQUEVILLE. **O Antigo Regime e a Revolução** informa-nos como o Estado burguês revolucionário vem dar forma política e jurídica a uma formação social e econômica na qual o feudalismo havia desaparecido. A nobreza não era mais guerreira, dada a existência de um exército nacional profissionalizado. Os artesões e camponeses desenvolviam já antes da Revolução formas de trabalho diversas das relações feudais propriamente ditas. O Estado moderno pós-revolucionário não precisa promover coisa alguma, senão aceitar como juridicamente válidas as novas relações sociais.

Os Estados promocionais do século XX desempenharam novas funções. As forças de mercado deixadas a si mesmas provocavam as chamadas crises econômicas cíclicas. Delas provêm as novas tarefas político-econômicas. Por outro lado, as economias dependentes exigiram um poder político mais do que garantidor de regras gerais: exigi-



ram um poder capaz de dar direção e sentido aos investimentos, para, ao mesmo tempo, estimular o desenvolvimento capitalista e mitigar o seu impacto sobre as massas pobres mal integradas à modernidade econômica e cultural.

O âmbito do direito privado forneceu ao Estado os seus mecanismos mais dinâmicos: a sociedade empresarial, cujo modelo foi transferido para as sociedades de economia mista e empresas públicas, e o contrato. Ambas as formas jurídicas, quando chegaram a ser “apropriadas” pelo Estado, já haviam sofrido profunda alteração do próprio mercado do qual nasceram. A concentração de poderes nas empresas era bastante grande: a burocracia as organizava com grande eficiência, estavam transformadas em sociedades de capitais despersonalizadas, possuíam grande número de empregados. Tudo isto as tornava, enquanto organizações, entidades semelhantes à máquina estatal. Por seu turno os contratos apresentavam também subordinação dos consumidores aos produtores e imposição unilateral de cláusulas pelos grandes contratantes. Ora, a subordinação e a imposição unilateral eram típicas do relacionamento Estado-cidadão.

Podemos considerar que o privilegiamento das relações jurídicas, especialmente relações jurídicas consideradas pelo direito tradicional como de caráter “privado”, reflete apenas o modo próprio de organizar-se da sociedade capitalista.

De fato, a sociedade burguesa privilegia essencialmente o indivíduo ao mesmo tempo que privilegia as unidades produtivas autônomas. Daí a regra fundamental da concorrência (competição) e daí também a necessidade de complementação das necessidades pela troca entre as unidades individuais. Esta complementaridade não se dá por livre vontade, como parece indicar a figura do contrato, mas por absoluta necessidade. A passagem do capitalismo concorrencial para o monopolístico vai deixando mais clara esta esfera da necessidade dentro da qual se dão as relações “privadas”.

Os três autores citados viveram um período histórico entre a segunda fase da Revolução industrial e o primeiro pós-guerra europeu. Viveram uma época em que ainda se sustentavam os códigos burgueses e as democracias parlamentares. Exceto pela revolução russa de outubro, o que se percebia era a mudança rápida do capitalismo aceleradamente monopolístico e a manutenção das fórmulas jurídicas tradicionais. Não admira que RENNERT formulasse propriamente a hipótese de que a mudança do substrato não implicava necessariamente a mudança da fórmula jurídica: implicava sim mudança de sua função. Já PASUKANIS, confrontado com o “decretinismo” revolucionário, enfrenta a situação oposta: a revolução de outubro deseja promover mudanças no direito (a “legalidade socialista”) ao mesmo tempo que ainda estavam por completar-se as mudanças econômicas.

O momento constituinte que vivemos revela suas semelhanças com aquelas situações. Revela também particularidades próprias, capazes de fazer-nos avançar ainda nesta reflexão. É inegável a rápida transformação do Brasil nas últimas décadas. Colocando em suspenso a transnacionalização da economia e do Estado brasileiros, consolida-se no país, de modo hegemônico, um capitalismo industrial também modernizador do latifúndio (15). Mantém-se, no entanto, como conceitos básicos e fundantes da cultura jurídica aqueles inseridos no Código Civil.

Sobretudo continuam vivos e articulados entre si os três conceitos fundamentais do direito burguês: propriedade, contrato, pessoa jurídica. A questão colocada é: a sobrevivência de tais conceitos e da ordem jurídica que os incorpora está ameaçada pela nova Constituição? Esta sobrevivência é um anacronismo? Existe alguma possibilidade de mudança do direito nestes pontos essenciais? Teria já havido mudanças funcionais — como supunha RENNERT — a ponto de tornarem dispensáveis mudanças nas regras de direito e na cultura jurídica tradicionais?

Na verdade, há duas perspectivas complementares para iluminar o fato singelamente descrito pelos juristas dogmáticos como “recepção”, e que se repetirá com uma nova Constituição.

A primeira é a seguinte: o “novo” ordenamento jurídico recebe as normas do velho à medida que as mesmas relações sociais continuam a existir.

A segunda: pode-se confirmar a recepção à medida que, apesar da manutenção formal dos conceitos e normas, a função desempenhada por tais conceitos já esteja alterada.

As duas afirmações poderiam ser colocadas em questão nos momentos de ruptura revolucionária. Neste caso, não só o Estado pode ser tomado, como também pode-se conscientemente iniciar o experimento de novas relações. A história já demonstrou que os ritmos de ambas as coisas (tomada do Estado e estabelecimento de novas relações sociais) são diversos. De qualquer maneira, a nova Constituição certamente não nos colocará diante de grandes impasses dogmáticos.

O Congresso Constituinte de 1987 pode alterar o modo de produção do Brasil? Aparentemente não. Se for um Congresso atento às reivindicações populares e democráticas, pode introduzir mecanismos que, a médio ou longo prazo, conduzam a algumas transformações, é certo. Mas as condições materiais do Brasil já estão desenvolvidas a tal ponto e de uma tal maneira que não há como imaginar o País dispensando a “economia de mercado”. Neste sentido, a continuidade

(15) Cf. JOSÉ DE SOUZA MARTINS. *Expropriação e Violência: a Questão Política no Campo*. 2.<sup>a</sup> ed. S. Paulo, Hucitec, 1982, pp. 45 a 66.

desta formação social impõe como limites externos ao ordenamento jurídico a permanência de incontáveis "institutos" fundados no individualismo e na pulverização dos interesses. O "direito privado" permanecerá em grande parte intocado. Isto não resulta, como acreditam os juristas, da eterna e imutável essência de "categorias" jurídicas, nem da perfeição técnica dos nossos códigos e leis ordinárias. Resulta da constância de determinadas relações, necessárias e atualmente insuperáveis. Por exemplo, a vida nos grandes centros urbanos — centros proletários de enorme disponibilidade de mão-de-obra — só é possível hoje em dia enquanto estão rompidas as relações primárias de vizinhança e são reforçadas as relações provenientes da organização básica efetivada pelo capital nas unidades promotoras de bens e serviços (empresas) (16).

Esta pulverização de indivíduos e interesses, no entanto, é contornada por meio da troca de mercadorias operacionalizada pelos contratos e pela propriedade. Neste sentido, o direito privado, os conceitos elaborados a partir das relações interpessoais no mercado, supera de certo modo o direito público. As mudanças constitucionais na organização do Estado estão limitadas e condicionadas por institutos elaborados pelo direito privado. O Estado tomou como modelo o direito privado e sempre foi privatizado. As juntas diretivas das companhias privilegiadas de comércio e navegação serviram de modelo às experiências parlamentares do século XVII em diante na Europa. A crescente privatização das atividades estatais é visível: as empresas públicas, sociedades de economia mista e autarquias são geridas como unidades de exploração e acumulação capitalista. Em suma, não há como pensar em direito público diverso e superior ao direito privado se as relações básicas na "sociedade industrial" são relações de apropriação e acumulação privada.

É tradicional na dogmática jurídica a afirmação de que direito público e privado não se distinguem nitidamente; esta divisão conceitual tem um caráter prático e pedagógico conforme é costume dizer-se. Assim é porque o Estado não está isolado da sociedade e nem as relações de "direito privado" estão fora do poder estatal. O direito privado é posto e garantido pelo próprio poder público. Este, por sua vez, além de reconhecer as relações entre os particulares, aceita e reforça por seus mecanismos próprios (função jurisdicional e monopólio da coação entre outros) as subordinações surgidas dentro da chamada sociedade civil. Ao estabelecer as molduras políticas e jurídicas constitucionais, não é possível ignorar a real capacidade de barganha entre os grupos e classes. Hoje já se reconhece esta função pública da atividade econômica privada. Todas as Cons-

(16) Cf. CLAUS OFFE, *Problemas Estruturais do Estado Capitalista*. (Trad. Bárbara Freitag). Rio, Tempo Brasileiro, 1984, especialmente o ensaio "Duas lógicas da ação coletiva: notas teóricas sobre a classe social e a forma de organização" (em colaboração com HELMUT WIESENTHAL), p. 63.

tuições modernas dedicam espaço à disciplina do poder econômico. Esta disciplina não é realizada somente através da autoridade estatal: aparece e se realiza também nas relações capilares entre produtores e consumidores. Enquanto esta realidade não for bem entendida, o uso de instrumentos inadequados para descrever as relações jurídicas funcionará como um véu — portanto, como ideologia, no seu sentido dialético — a impedir o conhecimento da realidade.

É bom lembrar ainda que a divisão do público e do privado se volatiliza também pela própria concepção monista do direito nos Estados modernos. O chamado monismo jurídico é a afirmação de uma só fonte de direito: a lei do Estado. Prende-se à formação dos parlamentos e dos exércitos nacionais, enfim ao monopólio da coação legítima pelo aparelho de Estado. Ora, toda relação privada fica deste modo sujeita também ao recurso à coação estatal. Na verdade o Estado permanentemente interfere — mesmo o Estado liberal — na manutenção do poder e das violências concretizadas na vida da “sociedade civil”.

As relações diárias e cotidianas na produção e circulação dos bens e serviços produzidos são o foco das mudanças efetivas. É neste nível que aparecem paulatinamente os novos conceitos jurídicos, vagorosamente construídos, e principalmente as novas funções dos antigos conceitos e normas. Na materialidade cotidiana constroem-se as novas relações e o novo direito. É perceptível claramente o que sucede no direito comercial e no direito civil. Mas também é visível o que se passa no direito do trabalho. Surgem novos costumes, novas práticas (cobrança de uma taxa, garantia de um crédito), compõem-se novos contratos (negócios fiduciários, indiretos, associações entre empresas cessão de uso de marcas, obrigatoriedade da compra de acessórios, “reciprocidades”) e criam-se novas condições de contratação (negociação coletiva, comissão de fábrica, etc.). Neste nível capilar (citando um pouco indevidamente FOUCAULT), aparecem e vingam reais mudanças. Elas limitam e entravam a um tempo o direito público e a organização do Estado.

O Brasil, no entanto, não é apenas uma sociedade de grandes centros populacionais ou de consumo de bens duráveis e caros. Convivem no Brasil as populações de trabalhadores do campo, cujo consumo se reduz muitas vezes ao essencial para a sua sobrevivência. Há também a produção de bens muito simples, artesanais ou não. Tudo isto articulado com a produção industrial dominante, além da agricultura voltada para a exportação. Não é aqui o lugar próprio para estudar as formas específicas engendradas por esta formação social a nível do direito. Basta mencioná-las para ter-se uma idéia da complexidade de relações nas quais se insere o fenômeno jurídico, isto é, a produção de normas e seu conhecimento.

De qualquer maneira, dado que a sociedade industrial está fundada nestes fatos e nesta pulverização, não é de estranhar-se que,

a despeito de mudanças em alguns dispositivos constitucionais, sejam estes incapazes de repercutir no direito privado.

Esta separação, no entanto, não é absoluta. Há duas coisas aí a serem consideradas: a autonomia do político em relação ao econômico existe de modo relativo e o direito "público" que "organiza" o Estado contém um programa, um sentido e uma "utopia" que se deseja.

Quanto à autonomia relativa do direito, é preciso dizer que ele pode eventualmente apresentar efetivas novidades, cuja existência como regra jurídica é capaz de modificar expectativas, alterando as ações dos homens e dos grupos. Há um espaço de liberdade para lá das relações necessárias, sem o qual não é possível pensar a transformação e nem explicá-la ao longo da história. O determinismo econômico explicita os limites dentro dos quais se move o direito, mas não dá conta do surgimento do novo.

Quanto à utopia, pode-se dizer ser ela que no fundo domina a proposta política dos grupos transformadores. De um certo modo, ela é capaz de generalizar-se e surgir em forma de regras constitucionais, ou de direito geral. Uma vez generalizada, a utopia continua a dar sentido à prática lentamente construída, embora seja sempre utopia (não existente no lugar). Transformar a utopia em "topia" é o objetivo da luta política. Ocorre que a utopia é sempre a crítica do real<sup>(17)</sup>, razão pela qual para toda "topia" existente produz-se uma "utopia" contrária por assim dizer.

A tensão entre as forças determinantes constringendo a reprodução existente, e forças propondo a transformação do real, reflete-se justamente nas contradições embutidas no próprio direito. No entanto elas aparecem de modos diversos no direito da sociedade industrial<sup>(18)</sup> conforme se analisa o âmbito do chamado direito público ou aquele do direito privado. Exatamente porque no primeiro há a explicitação de propostas, enquanto no seguinte esta explicitação não é feita claramente em um sistema articulado de proposições discursivas, senão

---

(17) "Com poucas exceções, o propósito por detrás das utopias tem sido a crítica, e até a denúncia, de sociedades existentes. A história das utopias é a história de um setor intensamente moral e polêmico do pensamento humano; e ainda que, de um ponto de vista realista e político, os escritores utópicos possam ter escolhido meios duvidosos de expressar seus valores, eles certamente obtiveram êxito em transmitir a suas épocas uma forte preocupação com as deficiências práticas e éticas das instituições e crenças existentes." (RALPH DAHRENDORF. *Ensaio de Teoria da Sociedade*. (Trad. Regina Lúcia M. Morel). Rio/S. Paulo Zahar-Edusp, 1974, p. 139).

(18) Os termos "sociedade industrial" e "sociedade capitalista" procedem de modelos teóricos diferentes. Neste texto foram usados de modo ambivalente, sem que tenhamos esquecido as diversidades de procedência, mas ressaltando a proximidade dos seus significados à medida que podem referir-se tanto ao capitalismo quanto ao "socialismo real", que, todos concordam, conserva inúmeras características herdadas de relações de produção capitalistas.

em uma pulverizada prática contratual (que inclui a barganha trabalhista, as greves, as comissões de fábricas, grupos de interesse de direitos difusos), justamente porque a troca de vantagens e benefícios (por meio de imposição de condições, e não apenas por acordo livremente aceito) se dá essencialmente pela mediação conceitual do contrato.

Estas breves considerações permitem ver o limite da nova Constituição. Certamente ela não será capaz de criar uma legalidade totalmente nova. Permanecerão existindo todas as relações hoje existentes. No entanto, tais relações sofrem o impacto de um programa explicitado na Constituição. Isto passa a ser mais um fator do real a influir sobre a práxis jurídica. Nesta dialética prossegue a elaboração da nova legalidade — nova práxis.

A Constituição por si não será capaz de mudar os rumos da sociedade brasileira. O impacto da modernização autoritária — seja lá qual for o seu desdobramento — já foi dado. Nesta modernização também o direito foi atingido porque se transformou em instrumento de governo e imposição de mudanças. Deixou de ser apenas aquele limite negativo à ação do Estado, transformando-se em promotor de mudanças econômicas. Ora, as mudanças provocadas não dão exatamente o resultado esperado. O Estado modernizador — de fato promotor do capitalismo e do processo de acumulação — foi sem dúvida capaz de consolidar a hegemonia da industrialização transnacionalizada de uma parcela ponderável da sociedade brasileira. Mas, ao fazer isto, provocou também conseqüências inesperadas, tais como o fortalecimento — a despeito de tudo — de um proletariado urbano e o surgimento de uma relativamente acirrada disputa política em torno do direito, justamente pelos grupos que assistiram à substituição do direito como limite do Estado perante o cidadão (o modelo jurídico liberal do capitalismo concorrencial), pelo direito como instrumento de mudanças (o modelo jurídico dos Estados promocionais do capitalismo monopolístico e transnacional). Estes mesmos grupos, representando hoje diversas classes sociais, segmentos de classe ou de interesse, desejam da nova Constituição aquilo que os Estados modernos e modernizadores mostraram ser possível: o uso do direito como mecanismo de influência e direção social. O que lembramos aqui são duas coisas: este uso tem seus limites e os efeitos de tal uso são menos controláveis do que se acredita.

Por mais impacto que uma nova Constituição possa causar, ela será incapaz de determinar os rumos das mudanças sociais, que estão sujeitos a outros fatores determinantes que uma lei de organização do Estado. É certo: as Constituições contemporâneas não se restringem a disciplinar o Estado, visto que são também postas para o poder econômico. Mas justamente aí é que operam os instrumentos capilares do contrato e da propriedade: eles ainda podem sobreviver na sociedade industrial a muitas reformas constitucionais.

# A Constituição em questão

EDUARDO SILVA COSTA

Do Instituto dos Advogados Brasileiros.  
Do Instituto dos Advogados da Bahia.

“L’homme spécule: il fait des projets et des théories. Qu’est-ce qu’une théorie, si ce n’est précisément l’usage du possible?”

PAUL VALÉRY

Assim como na existência individual busca-se elaborar projeto de vida, organizar o destino, na existência social também se busca ordenar a vida coletiva, traçar-lhe pautas por onde se desenvolva a ação de pessoas, grupos e instituições. O projeto de vida obedece a uma necessidade inelutável no destino humano, visto que o fenómeno vital transcorre em um tempo que se precisa moldar. A segurança das ações humanas depende grandemente do trabalho de precisão, da capacidade de dispor sobre possibilidades futuras, à luz de possibilidades presentes, portanto do empreendimento humano de fixar de antemão determinadas diretrizes de conduta. Sabendo o que lhe é dado fazer no futuro, o ser humano realiza no tempo, com maior segurança e melhores condições de êxito, as inúmeras e múltiplas possibilidades que a sua vocação terrenal lhe reserva.

Essa capacidade, comum à existência do ser individual e à existência da sociedade, constitui uma necessidade, que se vai tornando mais e mais aguda com a complexidade crescente da vida contemporânea. As pessoas, consideradas em si, impõe-se a necessidade de organizar-se, elaborar planos existenciais, porque a vida que as circunda já não é simples, como outrora. Com maior razão, no tocante à sociedade, é imperiosa a necessidade de formular projetos de vida, ordenar meios de desenvolvimento, porque as estruturas que elas abrigam são de *variada complexidade*.

Enquanto, porém, o ser humano individual dispõe sobre o seu futuro de um modo um tanto incondicionado, vinculado a compromissos respeitantes quase exclusivamente a si, ao seu progresso individual e da sua família, a sociedade, ao dispor sobre o seu destino, ao projetar este para o tempo vindouro, encontra-se em meio a uma congêrie de interesses, desejos, aspirações, que devem ser considerados para uma razoável satisfação. Ao formular o seu projeto vital, por assim dizer, a sociedade, que encerra interesses, desejos, aspirações *dessemelhantes e contrapostos*, deve considerar tais *dessemelhanças e contraposições* e ordená-las racionalmente.

Nesse cometimento é que desponta a imperiosidade de regras, que, a par de bem definidas, devem justapor-se em um conjunto normativo harmônico.

É verdade que tal projeto não poderia contemplar apenas as expectativas, as aspirações dos componentes da sociedade. Sendo uma disciplina normativa, com peculiaridades que o distinguem, o projeto de existência de uma sociedade não se desprende da realidade que ele se propõe estruturar, nem arremete contra ela para destruí-la. Até os ordenamentos emanados de uma situação revolucionária (referimo-nos a revoluções autênticas) absorvem construções, regramentos dos regimes vencidos. Assim, o projeto é a um tempo o estabelecimento de normas que correspondem a um dado — o dado de uma realidade atual, normas já sedimentadas no ordenamento jurídico, e a construção de normas que emergiram de necessidades e aspirações contemporâneas ao texto maior.

Até aqui vimos denominando de projeto o que se conhece por Constituição, a Lei Maior de um país. De certo modo explicável pela circunstância em que vive o Brasil, a expressão tem um significado que diz bem do sentimento dominante em todas as camadas, estratos e grupos, de se dotar o país de uma nova estrutura normativa, ao mesmo tempo garantidora, geradora e fecundante de direitos do povo-massa. É que o momento histórico nacional apresenta a singularidade de ser a assunção no plano da Constituição de direitos que só despontam em uma sociedade industrial. Naturalmente, apresentando os direitos a expressão de exigências e reivindicações, a inserção deles no texto da Lei Fundamental é um dos elementos configuradores do projeto de vida de uma nova sociedade. Esboça-se o projeto para a construção de uma nova realidade, posto esse projeto não seja a única forma de mudança sócio-política, nem tampouco a suprema garantia de exequibilidade dela.

\* \* \*

Já se disse que uma das vantagens da Constituição britânica está em que ela não existe. O que pode parecer um enorme paradoxo para nós constitui para os ingleses uma realidade significativa de muitas conquistas políticas e plasmadora de instituições permanentes, de que se irradiaram modelos notáveis para países hoje desenvolvidos politicamente. Excetua-se, porém, a singularidade do caso da Inglaterra, o que ocorre nos demais países é a presença bem visível de uma Constituição em um documento solene. Enquanto a Inglaterra não dispõe de um texto formal, resultado de uma convergência de idéias ou do compromisso de concepções políticas antagônicas, sendo a Constituição desse país um repertório de leis, atos, decisões judiciais, costumes, a qual reapresenta, na observação de IVOR JENNINGS, as experiências acumuladas por séculos de



trabalho prático de governo, os demais países foram compelidos pela necessidade de ordenar-se através de um conjunto unificado de normas escritas, definidas como o Estatuto Supremo da Nação.

A parte considerações sobre o êxito da política britânica, o sentido de permanência e a solidez das instituições inglesas, é evidente que as condições históricas de um país como o Brasil, p. ex., haviam de exigir a existência formal de uma Constituição. Tirante a Inglaterra, todos os outros países da Europa, bem como os países de outros continentes, são dotados de um documento solene apto a conformar certos aspectos da vida política, social e econômica. Tal documento — a Constituição —, uma vez integrado na estrutura normativa de um país, sendo ele próprio a expressão maior dessa estrutura, fonte geratriz de onde extraem a sua validade todas as demais leis, passa a exercer papel proeminente na existência política. Ora exaltada desproporcionalmente a sua importância, ora infirmada na sua valia, às vezes sujeita a intempéries que podem destroçá-la, a Constituição é alvo assim das mais disparres manifestações, uma produção cultural grandemente questionável.

Sendo um documento formal, solene, a Constituição faz suscitar uma questão bastante polêmica: a força do texto, a influência deste sobre a realidade. Destinando-se a regular atividades sociais, a controlar o poder, a organizar as instituições do governo, a que se acresce hodiernamente a missão de promover mudanças e reformas sócio-políticas, a Constituição, como totalidade de cânones, poderá lograr na sua plenitude o papel que se lhe atribui? Ou significará ela apenas um documento antes retórico, fadado a compensar certos anseios e reivindicações no plano ideológico com a concessão de direitos sabidamente pouco factíveis? Terá o texto o condão de alterar realidades ou mesmo criá-las?

A questão comporta por sua vez inúmeros outros problemas. Mas o desafio maior radica no problema da relação entre o normativo e a realidade que ele se propõe disciplinar. A circunstância de ser a Constituição a Lei Maior impõe que se considere de validade superior, por ser ela a forma suprema da organização normativa da sociedade. Essa consideração importa em que se tenha também ela como um dado da realidade social, uma parte dessa realidade. Daí dimanam duas conseqüências: uma respeitante ao seu valor absoluto, na perspectiva formal, compreendida esta como a regulação jurídica das relações sociais; a outra respeitante à sua força relativa, na perspectiva social, compreendida esta como a dinâmica das relações sociais em si.

Como a regulação jurídica do poder (BURDEAU define-a como o Estatuto do Poder), a Constituição pretende ter um valor absoluto: ela encerra — não exaure, ressalve-se — todas as normas

possíveis de controle do poder, com o propósito, na expressão de WHEARE (*Modern Constitution*), de "govern the government". Nesse aspecto, ela é um feixe de prescrições que têm por finalidade precípua controlar o poder, demarcar os lindes de atuação deste. A par dessa finalidade, consubstancial ao conceito de Constituição, tem lugar na atualidade uma outra — a de impulsionar o poder a promover transformações na realidade. Se para a realização da primeira finalidade instituem-se restrições ao exercício do poder, seja por meio de mecanismos tradicionais, seja por meio de mecanismos modernos, mais adequados a disciplinar realidades novas, inamalgáveis a controles vetustos, para a consecução da finalidade de propulsão do poder, há que contar sobretudo com fatores exógenos à própria Constituição. É que para disciplinar, conter, erigir barreiras ao exercício do poder, para relacionar os meios de ação dos órgãos do Estado, as normas cumprem o papel de que sempre foram agentes, o papel de reguladoras de situações e extensivamente de realidades. Já para a finalidade atribuída às Constituições, principalmente a partir da Constituição de Weimar, de 1919, de propulsionar princípios, ideários, a fim de transmudar situações e realidades, o cometimento terá de ser por meio de um controle, "controle liberador" de que fala W. FRIEDMANN (*Théorie Générale du Droit*). Um controle especial, de feição moderna, introduzido nas Constituições modernas para atender a reclamos dos novos tempos.

Controle do poder para a finalidade de impulsionamento do seu exercício: uma aparente ilogicidade. Entretanto, as novas funções que vêm sendo cometidas ao Estado moderno importam necessariamente em que se lhes dê conformação legal. Para que o Estado se tenha como obrigado a torná-las exequíveis, ainda que tal obrigação seja em princípio de execução sujeita a múltiplos percalços, é preciso dotar-se ele de um elenco de direitos que lhe são como que delegados pela sociedade civil a fim de operar-se a sua efetividade. O Estado passa, então, a ser um obrigado pela realização das normas que se criaram no contexto da Lei Maior: imputou-se-lhe uma obrigação para o exercício de um direito de que é titular a sociedade civil. Aí, nessa alquimia, procede-se ao controle do poder, que, vinculado a objetivos sociais, intervém no jogo das forças dominantes para redefinir situações e operar alterações: conceder direitos, garantindo-os em nível superior, e expungir desigualdades existentes em forma de abusos.

Ora, por encontrarem nas Constituições o conduto próprio para a sua formalização, os direitos emergentes nos novos tempos dependem do texto constitucional para conquistarem a autoridade, a reverência de que precisam em vista de sua eficácia. Então, indaga-se sobre a valia do normativo, a força de que é capaz a prescrição legal para a consecução dos valores que nela se condensam. Aqui

uma observação *en passant*: os cânones constitucionais, pelo menos entre nós, têm funcionado mais no sentido repressivo do que no sentido liberador. As prescrições permissivas de restrição ao exercício da liberdade, que autorizam cerceios à imprensa, à atuação do Legislativo, que armam o Executivo de poderes extras para decretar estados de sítio, de emergência, são plenamente eficazes. Enquanto isso, os mandamentos criadores de direitos em favor das camadas *under-privileged*, os preceitos que visam a uma mudança na ordem social e econômica, com a introdução de meios participativos da categoria trabalho na categoria capital, para fazer da primeira um beneficiário das vantagens usufruídas pela segunda, têm-se malogrado. Nisso, o "controle liberador" do poder não tem logrado nenhuma efetividade. Que se lembre a participação do empregado no lucro da empresa, instituída no art. 157, IV, da Constituição de 1946, e a integração na empresa, formulada no artigo 158, V, da Constituição de 1967, nenhuma das duas sequer objeto de lei regulamentadora.

Permanece, porém, a indagação em torno da força do normativo, a capacidade que pode ter este para impor o seu comando, de modo que as formulações constitucionais não se reduzam a vacuidades ou encantamentos, objetos de suntuosidade, em suma. Há de considerar-se, em estreita conexão com esse aspecto, o papel desempenhado pela norma como agente de transformação de realidades, a norma em que se distingue, a par de sua função reguladora, a função extensora; em que se deve reconhecer, ao lado do seu trabalho de consagrar formas de relações sociais a missão, mais relevante, de criar fórmulas novas, que respondam a novas necessidades e por isso sejam aptas a gerar formas diversas de relações sociais. Em suma, a missão que as Constituições modernas vêm reservando como a mais proeminente na sua tessitura: a realização de possibilidades do ser humano através da promoção de mudanças na estrutura social e econômica.

As normas constitucionais têm a característica de normas legais dotadas de natureza excepcional. Como toda norma legal, as normas constitucionais têm na experiência o seu ponto de partida, a sua base. Partindo da experiência — "essa carne do tempo", na definição pitoresca de MERLEAU PONTY — as normas dão a configuração jurídica aos fragmentos da realidade vital, impondo-lhes unidade e certa coerência lógica para que se tornem um sistema. A esse trabalho de elaboração, de construção, que visa a disciplinar normativamente aspectos da realidade social, agrega-se um outro, que é o de projeção de possibilidades, gerado também a partir da práxis, mas não tanto dirigida para a disciplinação da realidade em que se lastreia esta: é antes o germinador de idealidades. Essa duplicidade de funções tem na Constituição um relevo bem mais acentuado, porquanto nesta é que se normatizam os cânones espí-

rituais da comunidade. Na Lei Fundamental condensam-se os preceitos que interessam a todos os indivíduos, considerados como seres humanos em si.

Comporta, portanto, a Constituição, com maior razão por sua singularidade no mundo jurídico, essa duplicidade, que a torna apta a desempenhar a função de ordenadora de uma realidade e impulsionadora de possibilidades. O que ela deverá fazer no sentido é na perspectiva de um tempo mais duradouro: a Constituição, posto emergindo de uma conjuntura, atribui aos fenômenos o caráter de duração e permanência em maior dimensão do que a lei ordinária. Para enunciar os projetos de possibilidades, em vista do futuro, a Constituição vale-se da linguagem, a linguagem típica da prescrição normativa.

Dáí que é de sublinhar o significado da palavra no contexto próprio da estrutura constitucional. Tendo o sentido de comando, as palavras que compõem a prescrição normativa articulam-se para atuar na realidade, de modo que o único meio ao alcance do criador da norma para os fins desta é a palavra. A palavra como meio exclusivo de criar, modificar e extinguir realidades, realidades que por sua vez fazem gerar palavras. De qualquer modo, é a palavra o agente do comando insito no preceito normativo do direito, pois aí é que se configura o "uso executório da linguagem". As palavras, constitutivas do âmbito das ciências da cultura e que são a sua expressão caracterizadora, têm necessariamente a propriedade de, na concepção de MERLEAU PONTY,

"transportar al que habla y al que escucha a un universo común, pero lo hacen llevándonos consigo hacia una significación nueva, en virtud de una capacidad de designación que sobrepasa su definición o su significación recibida..."

mesmo porque, assevera o filósofo:

"la historia fundada por ella no es un ídolo exterior: es nosotros mismos con nuestras raíces, nuestro propio impulso y los frutos de nuestro trabajo" (*La Prosa del Mundo*, pp. 135-136).

Enfim, todas as questões se resolvem na linguagem, sentença o mesmo filósofo em *O Visível e o Invisível*.

Talvez aí se radique a grandeza e a tragédia das ciências da cultura. Pois tendo na linguagem o meio fundamental de comunicação em todos os planos, impõe-nos, a nós fautores e destinatários de sua existência, o labor ingente, incessante, de elaborá-la, a fim de conduzir-nos a caminhos de aperfeiçoamento humano. O que ela produz com sua história não é um "ídolo exterior", para repetir a aguda observação de MERLEAU PONTY, é "nós mesmos" e

talvez por isso mesmo esteja aí a tragédia do homem e a sua grandeza.

Então, é com a linguagem que se constrói e estrutura a totalidade normativa da Constituição, uma totalidade em que coexistem prescrições de controle, de disciplinação, e prescrições impulsionadoras, fadadas a criar realidades, como já assinalado. O poder de introduzir nas Constituições modernas cânones de significado diverso do que contemplaram as Constituições antigas traz à tona a importância da linguagem, a força própria desta para produzir algo de novo no mundo jurídico. As Constituições na atualidade apresentam como característica o disporem sobre a estrutura da sociedade do futuro, considerando-se que a função delas é antes de "indicar objetivos que consagrar um estado de fato". É o que diz GEORGES BURDEAU:

"par toute une série de prescriptions les constitutions modernes dessinent les contours, non pas de l'ordre social existant, mais de ce que doit être la structure de la société de l'avenir..." pois "le rôle de celle-ci (da Constituição) est précisément d'indiquer des objectifs beaucoup plus que de consacrer un état de fait". (*Traité de Science Politique*, Tomo III, 108).

Uma Constituição, como a suma dos valores políticos de uma Nação, jamais poderia ater-se a registrar uma situação estrutural, dar-lhe os contornos jurídicos: ter-se-ia um documento de identidade tão-só. Mas a isso não pode limitar-se uma Constituição, sobretudo na encruzilhada da nossa época. Uma Constituição deve e precisa ser também "a statement of ideals", como define K. C. WHEARE (*Modern Constitutions*, 1952, p. 46), para desempenhar a sua função de agente liberador, propulsor na realidade social, uma espécie de matriz de idéias. Aliás, o que é próprio de toda regra jurídica, com muito maior razão da Constituição. Todo preceito, ao surgir na realidade jurídica, busca não só regular situações, impor certo equilíbrio em determinadas relações como fazer com que coravante, a partir da vigência dele, haja uma nova prática. Dá-se uma como interação entre o texto legal e a prática social, em que muitas vezes ressalta uma desconformidade do último ao primeiro, vista quase sempre como inutilidade ou impotência da norma diante da realidade.

Em torno dessa aparente antinomia norma-realidade tem-se questionado e discorrido largamente. Não se pode, ao que parece, dar primazia a nenhum dos dois elementos, nem tampouco concluir que, prevalecendo a força da realidade, a norma acaba por provar a sua fragilidade, a sua inutilidade, em último termo. No domínio da ciência jurídica é inoportável o trato da realidade sem a consideração da norma, assim como o trato desta sem con-

siderar a experiência consubstanciada naquela. A norma existe em atenção a fenômenos e ações da realidade. A realidade é justificada, por assim dizer, pelas normas que lhe dão configuração e ordenamento. Ambos os elementos constituem a tessitura social e, em vez de preponderância da realidade sobre a norma, há interferência de um no outro, de maneira que interagem reciprocamente. Se o grau de eficácia da norma é muitas vezes insatisfatório para o fim a que esta visa, isso não importa a inanidade da existência da regra. É que as relações sociais, pela sua dinâmica, nem sempre se deixam dirigir idealmente: a autonomia que a realidade parece assumir é uma imposição da vida, que logo reclama o seu reconhecimento e sanção social através da norma. De resto, como salienta GERHARD LEIBHOLZ ao discorrer sobre *Direito Constitucional e Realidade Constitucional*, o conflito é dialético:

“the existing conflict between constitution and reality does not admit either of a purely legalistic solution favour of the constitution, or of an exclusively sociological solution in favour of constitutional reality. Rather, this conflict must be viewed as one between normativity and existentiality... The conflict is dialectical”. (In: *Law and State*, I, p. 10)

Deste modo, as Constituições, por encerrar prescrições que pretendem formar e conformar o futuro, em vista de situações do presente que exigem normatização, não deixam de ser um complexo de normas efetivas e eficazes, nem podem deixar de abrigar mandamentos orientados para a construção de certas realidades diversas das que se deparam hoje, porque é incerta a sua aceitação pelos destinatários. Nessa linha de consideração, as normas jurídicas não teriam razão de ser, como meios, instrumentos de realização de valores e aspirações, que só através delas logram afirmar-se, tornar-se direitos. No tocante à Constituição, então, sobreleva a importância de tais normas: elas como que marcam a presença de vida estuante, dão ao texto a sua modernidade, para confirmar a singularidade da Constituição como “a forma aberta através da qual passa a vida” (HERMANN HELLER, *Teoría del Estado*, p. 248). Não só por onde passa a vida, vale acrescentar, mas também onde a vida adquire a dimensão do político, na direção de aperfeiçoamento humano, dando de sua parte a energia que lhe é conatural.

\* \* \*

A Constituição não é um ordenamento global da vida humana na multiplicidade de seus aspectos. Ela apropria-se de pontos salientes da realidade social e política nas suas diversas manifestações e os congrega, reúne em um complexo de preceitos, seja para limitar o poder, quer político, quer econômico, seja, em decorrência de

tal limitação, para organizar as instituições do Estado; ou para criar direitos que possibilitem o ser humano melhor integrar-se e desenvolver-se na sociedade, ou para fixar procedimentos que transformem a estrutura social. E assim, reunindo-os nessa heterogeneidade, dá-lhes a unidade normativa, uma unidade erigida em símbolo, "símbolo da consciência nacional", como a denominou KARL LOEWENSTEIN.

Nem ela é um valor absoluto, nem tampouco uma fórmula de redenção da vida nacional. Ela encerra valores, dá-lhes o halo da sua autoridade, e por sua realização faz irradiar novos valores. Ela é antes uma forma de realização de valores consubstanciais à liberdade do ser humano. Todo o progresso dela só pode ser aferido pela contínua assimilação e consagração de formas de expansão e independência do ser humano. Tanto que, ao escrever, há mais de um século, uma obra que se fez clássica no pensamento constitucionalista, BAGEHOT dividiu a Constituição em duas partes: "the dignified parts" e "the efficient parts", para designar com a primeira aquela "which excite and preserve the reverence of the population" (*The English Constitution*, 1974, p. 4), talvez a parte mais proeminente da Constituição e que importa ser nos nossos dias o conteúdo daquelas formas de expansão e autonomia do ser humano.

Deve-se ver na Constituição a forma política de a ética realizar-se, visto que, resultado de uma conjunção de forças políticas em um momento relevante, a Lei Maior representa uma realidade política. E como realidade política, ou forma de vida política, é inquestionável ser agente da ética. BENEDITO CROCE precisou bem a esse respeito:

"El espíritu ético halla en la política la premisa de su actividad y, a la vez, su instrumento, casi un cuerpo al que infunde un alma renovada y utiliza para sus fines." (*Ética y Política*, p. 199)

Na Constituição desponta com maior ênfase esse sentido ético: os preceitos constitucionais objetivam sempre uma forma superior àquela que se apresenta na realidade. De outro modo não se justificaria a edição do texto. A forma superior que os preceitos têm como finalidade relaciona-se com a idéia de realização do ser humano na sua integralidade e na crescente melhora da estrutura social para possibilitar tal realização. Não se pode, pois, dissociar da Constituição o sentido ético que infunde grande parte dos seus mandamentos. Tanto assim que NORBERTO NOBBIO, ao definir a Constituição como "il complesso delle norme fondamentali di um stato", salienta que

"Tutte queste norme si ispirano a certi principi supremi della condotta, che imprimano al esse un orien-

tamento ético e político...” (*Introduzione alla Costituzione*, p. 3, 1982).

As normas da Constituição estão a serviço de princípios superiores que apontam para o cumprimento de diretrizes de natureza ética. Talvez todo o significado subjacente a essa totalidade normativa compósita seja preponderantemente ético. Pois se, como lembra KARL LOEWENSTEIN, “La constitución se convirtió en el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder” (*Teoría de la Constitución*, p. 149), é que a idéia inspiradora da existência de regras limitadoras do poder responde a um imperativo ético — evitar que o cidadão, como o indivíduo, seja servidor do poder. Os desenvolvimentos subsequentes de tal idéia conduzem a uma compreensão dilatada do valor ético natural ao ser humano, este como ser situado, concreto, titular de direitos que possam dar efetividade aos seus atributos de ser livre e com dignidade. Este é inegavelmente o desafio precípua que a consciência constitucional depara em nossa época, sobretudo nos países em desenvolvimento, onde a Constituição-programa tende a assumir preeminência em relação à Constituição-balanço, para usar a distinção de GRUPEPPE DE VERGOTTINI (*Diccionario de Política*).

\* \* \*

Estas considerações não buscam ocultar ou dissimular o debilitamento de que vem padecendo a autoridade da Constituição. Se não dissimula isso, tampouco poderia infirmar a importância da Lei Fundamental como fonte de irradiação de direitos cuja garantia e fecundidade é condição indispensável à civilização democrática. O desalento predominante nas observações de KARL LOWENSTEIN, que afirma ter a Constituição escrita “sufrido una importante desvalorización funcional y una pérdida de prestigio” (ob. cit., p. 222), a tal ponto que ela perdeu seu “valor afetivo para o povo” (p. 227), é próprio de um estágio de crise que afeta o mundo espiritual da nossa época. A perda de prestígio do documento solene da Constituição, hoje não tão solene assim, mesmo porque as coisas tendem a ditar a solenidade dos atos e não o inverso, como se dava outrora, e que pode conduzir ao estiolamento do “sentimento constitucional”, sem ser exclusiva da Constituição, tem explicação na diluição do sentimento de autoridade mesmo, que ocorre na sociedade de massas, característica de nossa época. A autoridade das pautas sociais, das normas jurídicas e éticas, sofre atualmente um embate com forças que se vêm constituindo em novo poder. Em que pese a isso, a crença na Constituição, na sua importância, no seu valor, na idéia-força de que ela é fatora, é uma necessidade e é um imperativo que todos os interessados na prática democrática não podem deixar de professar.



# O bicentenário da Constituição americana

RICARDO ARNALDO MALHEIROS FUIZA

Jornalista, Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito "Milton Campos" e Coordenador da Escola Judicial "Des. Edésio Fernandes", do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Enquanto o Brasil, através do recém-eleito Congresso Constituinte, começa a elaborar a sua sétima Constituição, os Estados Unidos da América iniciam as comemorações dos 200 anos de sua única Constituição, o que se dará efetivamente no dia 17 de setembro deste ano de 1987. Sim, como se sabe, os Estados Unidos, como Federação, só tiveram, e só têm até hoje, uma única Constituição em pleno vigor, respeitada e, mesmo, admirada pelos cidadãos norte-americanos em dois séculos de democracia.

Não vou cuidar aqui dos antecedentes históricos que levaram à convocação da Convenção da Filadélfia, em maio de 1787, nem dos profundos e sábios debates travados nos noventa dias de trabalho da única Constituição americana. Tais aspectos têm sido bastante divulgados pelos autores e o foram, recentemente e com brilho, pelo professor ADHEMAR FERREIRA MACIEL, em artigo publicado na **Revista de Informação Legislativa** n. 92, sob o título de "Constituição: Lição americana".

Vou, sim, me ocupar, neste sucinto trabalho, de três aspectos importantes (sempre) e oportunos (principalmente agora, quando vivemos o funcionamento de nossa Constituinte):

a) a importância da Constituição americana no estudo da Teoria Geral do Estado e do Direito Constitucional;

b) a classificação desta Constituição nos padrões da ciência constitucional;

c) finalmente, uma visão geral dos preceitos contidos em seus 7 artigos originais e nas 26 emendas aditadas ao texto no correr destes duzentos anos.

## A importância

Costumo dizer aos meus alunos da Faculdade de Direito "Milton Campos", aos quais dedico este artigo, que a Constituição americana tem singular importância no estudo da Teoria Geral do Estado, do Direito Constitucional Geral e do Direito Constitucional Comparado. Tal importância faz com que ela seja examinada, analisada e comentada por todos os tratadistas e professores de Direito Público nos diversos quadrantes jurídicos e universitários do mundo. E onde se detecta tal importância? A meu ver são três os motivos de tamanho e devido destaque à Lei Maior dos norteamericanos:

1º) Ela é a primeira Constituição **orgânica** (ou escrita) do mundo, isto é, seus preceitos estão contidos em um só código de forma organizada e sistemática, num só corpo de lei. Antes de seu advento, os Estados eram regidos por leis fundamentais esparsas, cujo conjunto pode ser chamado de **Constituição inorgânica** (ou não-escrita, denominação imperfeita, em minha opinião). É o exemplo atual e, praticamente, o único restante, da Grã-Bretanha, cuja Constituição é formada, entre outros, pelos seguintes documentos históricos: a Magna Charta, a Petition of Rights, o Bill of Rights, o Act of Settlement, o Parliament Act, o Act of Union e o Statute of Westminster.

Não é preciso dizer muito da preeminência flagrante de uma Constituição orgânica ou escrita sobre as de outro tipo. Basta citar GARCIA PELAYO:

"Sendo direito escrito, oferece a maior soma de garantias e de racionalidade frente a irracionalidade do costume, permite a adoção de uma ordem objetiva e permanente em face da mobilidade e transitoriedade de situações objetivas, e proporciona, justamente por ser direito escrito, segurança aos governados contra a arbitrariedade dos governantes."

Os constituintes americanos, pois, ao adotarem, na prática, a teoria do contrato social de ROUSSEAU, mudaram o curso da história do Direito Constitucional, com a adoção por quase todos

os Estados do mundo das leis constitucionais fundidas num só código.

2º) Ela foi a primeira Constituição a consagrar, na prática, a **Doutrina de Montesquieu**, separando distintamente, em seu texto enxuto, os três grandes órgãos do Poder do Estado: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, consubstanciados ali no Congresso, no Presidente da República e na Suprema Corte.

E os americanos não só adotaram a trilogia "montesquiana" como a aprimoraram, através do "sistema de freios e contrapesos", elaborado por **Madison, Hamilton e Jay**, de tal maneira que os três órgãos do poder sejam interdependentes (e não independentes) e harmônicos (e não antagônicos), levando à frente a grande engrenagem do Estado. Pode-se dizer, ainda, neste item, que a Constituição americana criou no mundo o **presidencialismo**. Segundo o saudoso constitucionalista português **MARCELLO CAETANO**, "os autores da Constituição norte-americana tinham verificado, na experiência de Confederação (de 1776 a 1787), ser indispensável um Poder Executivo eficiente, isto é, individualizado numa pessoa responsável com autoridade para tomar iniciativas e pô-las em prática. Por outro lado, tinham visto que, em muitos Estados, o predomínio das Câmaras Legislativas havia produzido um excesso de verbalismo paralisador da administração pública e destruidor da disciplina social".

3º) Ela criou o primeiro Estado federal ou Federação do mundo, forma de Estado composto até então inexistente e que consiste numa união mais perfeita entre os antigos Estados **confederados**, com base numa Constituição única, superior às Constituições dos Estados-Membros. Um novo tipo de Estado composto em que a União passa a ter a soberania no plano internacional, enquanto os Estados-Membros, já agora **federados**, conservam para si a autonomia política e administrativa. Uma nova forma de União em que, tanto no plano federal como no plano estadual, existem os três órgãos do Poder, criando, assim, dois planos harmônicos de governo. Hoje, como sabido, diversos são os Estados do mundo que adotam a forma **federativa**. Entre eles, o Brasil, a Argentina, o México, a Venezuela, o Canadá, a Suíça, a Alemanha Ocidental, a Áustria, a Iugoslávia e, com certos aspectos *sui generis*, a própria União Soviética.

## **A classificação**

Sob o prisma didático, as Constituições podem ser classificadas quanto à **forma**, à **origem** e à **revisão**. A **Constituição americana**, quanto à forma, classifica-se como **orgânica sintética**. **Orgânica**

porque, como já foi dito, tem seus preceitos reunidos em um só código, formando um só corpo de normas básicas. **Sintética** porque tem poucos dispositivos: os sete artigos originais (com 21 seções), promulgados em 17 de setembro de 1787, e as vinte e seis emendas acrescentadas à Constituição no decorrer dos seus duzentos anos de vigência, que se completam no presente ano. Segundo **MARCELLO CAETANO**, já citado, a sabedoria dos autores da Constituição americana “manifesta-se não só nas disposições expressas como nas omissões intencionais”.

Convém aqui ressaltar que a grande importância da Constituição americana está mais no fato de ela ser **orgânica** ou **escrita** e não propriamente de ser ela **sintética**. O modelo orgânico é hoje adotado pela quase totalidade das Constituições modernas, ao passo que o modelo sintético praticamente não é usado mais. Pelo contrário, as Constituições mais recentes do mundo, tais como a italiana, a alemã ocidental, a brasileira, a portuguesa e a espanhola, são **analíticas**. É bom lembrar que quanto mais intervencionista pretende ser o Estado, mais extenso será o seu **documento básico**, com dispositivos a tratarem não só dos três órgãos do Poder e das garantias individuais, como também de assuntos referentes à ordem econômica e social, à família, à saúde, à educação etc. Não se pode pensar em Constituição **sintética** no mundo de hoje. O que se deve evitar é a Constituição de texto **prolixo**. É bom ainda ressaltar, com **JOHNSON**, que a Constituição americana não se restringe a seu texto solene e, sim, é como que complementada por certas leis ordinárias de grande alcance; pela interpretação judicial, mormente da Suprema Corte; pela maneira de proceder dos Presidentes; e pelos usos e costumes.

Quanto à origem, podemos classificá-la como **legítima** ou **dogmática**, visto ter sido elaborada e promulgada pela Convenção de Filadélfia, reunida em maio de 1787 e formada pelos delegados eleitos nos ainda Estados confederados. Tal Convenção tinha as características de uma assembléa nacional constituinte, sendo seus membros detentores do poder constituinte originário, competente para criar uma nova ordem jurídica, convocados que foram para fazer uma ampla e total revisão nos “Artigos da Confederação”. A “Convenção Constituinte”, como a chamou **ARTHUR SUTHERLAND**, em seu excelente livro **Constitutionalism in America**, teve 55 delegados freqüentes, sendo 34 formados em Direito.

Quanto à revisão, classifica-se a Constituição americana como **rígida**. Na verdade, ela é a mais rígida de todas as Constituições em vigor no mundo. O seu artigo V estabelece que as emendas constitucionais só terão vigência se forem aprovadas por dois terços dos componentes das duas Casas do Congresso e ratificadas por três quartos das Legislaturas dos Estados-Membros da Federação,

hoje em número de cinquenta. Nesses duzentos anos de vigência da Constituição dos Estados Unidos, cerca de 300 emendas foram propostas no Congresso, sendo que apenas 32 ali tiveram voto favorável e só 26 foram ratificadas pelos Estados-Membros. A última emenda incorporada à Constituição é de 1971.

## O conteúdo

Vou agora examinar o texto completo da Constituição americana, incluindo artigos e emendas, para dele tirar, resumidamente, os pontos de maior interesse e curiosidade. O *Preâmbulo* da Constituição, já redigido dentro da concisão que a caracteriza, estabelece que o grande documento (e não o documento grande) é promulgado pelo POVO dos Estados Unidos a fim de formar uma União mais perfeita, estabelecer a Justiça, assegurar a tranquilidade interna, prover a defesa comum, promover o bem-estar geral, e garantir a todos os americanos e seus descendentes os benefícios da Liberdade.

O **Artigo I**, sendo o mais extenso de todos, é dedicado ao Legislativo, com a adoção, em sua Seção 1, do sistema **bicameral**, isto é, um Congresso composto de duas Casas: o Senado e a Câmara dos Representantes. A Seção 2 vincula a proporcionalidade dos deputados da Câmara baixa, cuja idade mínima deve ser de 25 anos, à população dos Estados-Membros. Já a Seção 3 estabelece que a Câmara alta, o Senado, será composta de dois senadores de cada Estado, eleitos entre cidadãos de, no mínimo, 30 anos. Tais requisitos levam a classificar o Legislativo americano como **bicameral federal conservador**. **Federal**, tendo em vista a Câmara alta ser formada por representantes dos *Estados-Membros* em número fixo e igualitário; **conservador**, por adotar uma diferença entre as idades mínimas exigidas para os componentes das duas Câmaras.

O mesmo artigo estabelece a eleição a cada dois anos para os deputados e, de seis em seis anos, para os senadores, com renovação bienal de um terço nesta Casa. A Seção 6 enuncia sucintamente as imunidades e as incompatibilidades parlamentares. A Seção 7 fixa o processo legislativo, ao determinar, em seu nº 1, que todo projeto de lei relativo ao aumento da receita deve iniciar-se na Câmara dos Representantes, podendo sofrer emendas no Senado. O nº 2 institui a possibilidade do **veto presidencial**, acompanhado de justificativa, aos projetos aprovados no Congresso. A Seção 8 enumera toda a competência do Congresso em 18 itens curtos, todos de natureza eminentemente federal. A Seção 9, em seu nº 8, contém dispositivo altamente republicano,

estatuindo que “nenhum título de nobreza será conferido pelos Estados Unidos, e nenhuma pessoa, neles exercendo um emprego remunerado ou honorífico, poderá, sem licença do Congresso, aceitar dádivas, emolumentos, emprego ou títulos de qualquer espécie, oferecidos por qualquer rei, príncipe ou Estado estrangeiro.

O **Artigo II** cuida do Poder Executivo investido no Presidente dos Estados Unidos da América, com um mandato de quatro anos. O nº 2 da Seção I estabelece o processo eleitoral do Presidente da República, mas foi modificado pela Emenda XII, conforme veremos oportunamente. O nº 4 fixa em 35 anos a idade mínima para o candidato a Presidente, que deve ser cidadão nato dos Estados Unidos.

O **Artigo III** é dedicado ao Judiciário Federal, que é exercido pela Suprema Corte e por tribunais inferiores a serem criados pelo Congresso. Ali se consagram, também, as garantias da vitaliciedade e da irredutibilidade de vencimentos dos magistrados.

O **Artigo IV** tem normas especiais sobre o funcionamento da Federação, inclusive a de que “os cidadãos de cada Estado-Membro terão direito, nos demais Estados, a todos os privilégios e imunidades que estes concederem aos seus próprios cidadãos”. O nº 3 da Seção 2 reconhece o trabalho escravo, quando prescreve que “nenhuma pessoa sujeita a regime servil sob as leis de um Estado-Membro que fugir para outro Estado poderá, em virtude de lei deste, ser libertada de sua condição, mas será devolvida, mediante pedido, à pessoa a que estiver submetida”. Tal dispositivo perdeu todo o efeito com a Emenda XIII, que aboliu a escravidão nos Estados Unidos. O nº 1 da Seção 3 deixa aberta a porta para a admissão de novos Estados à Federação (e assim foram admitidos mais 37 Estados à União), mas proíbe a formação de um novo Estado dentro da jurisdição de outro, ou a formação de um novo Estado pela união de dois ou mais Estados, ou de partes de Estados, sem o consentimento das Assembléias Legislativas dos Estados interessados, bem como do Congresso.

O **Artigo V** trata, como já referido, do processo de revisão da Constituição, fixando o quorum de dois terços dos membros de ambas as Casas do Congresso para aprovação das emendas e exigindo, ainda, a ratificação pelas Assembléias Legislativas de três quartos dos Estados da Federação.

O **Artigo VI** garante que todas as dívidas e compromissos contraídos pelos Estados da Confederação seriam honrados pela nova Federação. Tal dispositivo foi de grande importância para que as grandes potências do mundo, à época da promulgação da

nova Constituição, muitas das quais credoras da Confederação, reconhecessem o “novo Estado” que surgia.

O nº 2 deste artigo afirma que a Constituição é a lei suprema do país e que os Juizes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário nas Constituições e nas leis dos Estados federados. Aí está uma característica marcante do Estado Federal: a supremacia da Constituição da União sobre as Constituições dos Estados componentes.

O **Artigo VII** encerra o texto original, estabelecendo o **quorum** de nove Estados-Membros para aprovação da própria Constituição Federal.

Após a data de “17 de setembro do ano de Nosso Senhor de 1787”, seguem-se as assinaturas de George Washington, como Presidente da Convenção, e dos delegados dos doze Estados presentes ao encerramento dos trabalhos: *New Hampshire, Massachusetts, Connecticut, New York, New Jersey, Pennsylvania, Delaware, Maryland, Virginia, North Carolina, South Carolina e Georgia*. O Estado de Rhode Island não se fez representar na Convenção. Entre as assinaturas, destacam-se nomes muito conhecidos na História dos Estados Unidos, tais como Rufus King, Alexander Hamilton, Benjamin Franklin, Gouverneur Morris, John Blair, James Madison, J. Rutledge e William Jackson, este como Secretário da Convenção.

## As emendas

Seguindo o processo estabelecido no Artigo V da Constituição, 26 emendas foram aprovadas nesses 200 anos que se completam. As primeiras dez emendas, conhecidas como “Declaração dos Direitos Humanos”, foram propostas em 1789 e entraram em vigor, juntas, no dia 5 de dezembro de 1791. Vamos resumí-las aqui.

A Emenda I garante a liberdade de religião, de palavra, de imprensa, o direito de reunião pacífica e o direito de petição ao governo para correção de injustiças.

A Emenda II garante a posse e o porte de arma pelos cidadãos, visando à possibilidade de os Estados terem que organizar suas milícias.

A Emenda III proíbe que tropas, mesmo em tempo de guerra, possam se aboletar em residências, sem licença expressa do proprietário.

A Emenda IV institui a necessidade de **mandado judicial** específico de busca e apreensão para autorizar a entrada de autoridades em domicílios.

A Emenda V garante o **due process of law** e a justa indenização por desapropriação.

A Emenda VI institui o júri para os processos criminais.

A Emenda VII prescreve também o julgamento pelo júri para os processos da **common law** quando o valor da causa exceder a vinte dólares.

A Emenda VIII proíbe a exigência de fiança excessiva e a imposição de multas exageradas, bem como os castigos cruéis e incomuns.

A Emenda IX sabiamente estabelece que a enumeração de certos direitos na Constituição não poderá ser interpretada como negação de outros direitos inerentes ao povo.

A Emenda X explica que os poderes não delegados à União pela Constituição, nem por ela negados aos Estados-Membros, são reservados aos respectivos Estados ou ao povo. Aí está a repartição de atribuições, tão necessária à Federação.

### As outras emendas

A Emenda XI, de 1798, estabelece que a Justiça Federal não é competente para as ações intentadas contra um determinado Estado-Membro por cidadãos de outro Estado ou por cidadãos estrangeiros.

A Emenda XII, de 1804, modificou o nº 2 da Seção I do Artigo II da Constituição, estabelecendo novo processo eleitoral para a Presidência da República, com um colégio eleitoral formado por cidadãos eleitos especificamente nos Estados-Membros, em número proporcional à respectiva população, após a apresentação dos candidatos e de suas plataformas pelos partidos políticos. É um sistema especial de eleições indiretas.

A Emenda XIII, de 1865, aboliu a escravidão nos Estados Unidos, só permitindo os trabalhos forçados em caso de condenação judicial.



A Emenda XIV, de 1868, assegura proteção igual das leis a todos os cidadãos em qualquer Estado da Federação e fortalece o instituto do “devido processo legal”.

A Emenda XV, de 1870, diz que os cidadãos não serão privados do direito de voto por motivo de cor, raça ou anterior estado de escravidão.

A Emenda XVI, de 1913, autoriza o Congresso a elaborar lei do imposto de renda para arrecadação federal. É um acréscimo, pois, à Seção 8 do Artigo II da Constituição.

A Emenda XVII, também de 1913, estabelece a eleição **direta** para os senadores, que, até então, eram eleitos pelos Legislativos estaduais.

A Emenda XVIII, de 1920, que ficou conhecida como a “Lei Seca”, proibiu a fabricação, a venda e o transporte de bebidas alcoólicas, bem como a sua importação ou exportação nos Estados Unidos. Sabe-se a onda de crimes e de corrupção ocasionada por tal emenda, que, em 1933, seria revogada pela Emenda XXI.

A Emenda XIX, do mesmo ano de 1920, estendeu o direito de voto às **mulheres**.

A Emenda XX, de 1933, estabelece que os mandatos do Presidente e do Vice-Presidente da República terminarão ao meio-dia do dia 20 de janeiro seguinte às últimas eleições presidenciais.

A Emenda XXI, também de 1933, como já dito, revogou a famigerada “Lei Seca”, mantendo, no entanto, a proibição do transporte e da entrega de bebidas clandestinas.

A Emenda XXII, de 1951, prescreve que ninguém poderá ser eleito mais de duas vezes para o cargo de Presidente e, ainda, que pessoa alguma que tenha sido Presidente ou tenha desempenhado o cargo de Presidente por mais de dois anos de um período para o qual outro tenha sido eleito Presidente, poderá ser eleito para tal cargo mais de uma vez. O único presidente eleito mais de duas vezes para o cargo foi Franklin Delano Roosevelt, que morreu no exercício da presidência em 1945, já eleito pela quarta vez consecutiva.

A Emenda XXIII, de 1961, concede o direito de voto, nas eleições presidenciais, aos habitantes do Distrito de Colúmbia, que é o distrito federal americano.

A Emenda XXIV, de 1964, diz que nenhum cidadão americano poderá ser privado do direito de voto nas eleições federais por falta de pagamento da taxa eleitoral ou de qualquer imposto.

A Emenda XXV, de 1965, traz normas importantes sobre vacância e substituição dos cargos de Presidente e Vice-Presidente. Diz o nº 1: "Em caso de destituição do Presidente do cargo, ou por sua morte ou renúncia, o Vice-Presidente será o Presidente". E o nº 2 estabelece que, quando ocorrer a vacância do cargo de Vice-Presidente, o Presidente nomeará um Vice-Presidente, que deverá tomar posse após ser confirmado pela maioria de votos de ambas as Casas do Congresso. Foi com base nesta emenda que Gerald Ford chegou à Presidência dos Estados Unidos: Nixon, então Presidente, o nomeou Vice-Presidente, em face da renúncia de Spiro Agnew, em 1973; e, com a renúncia do próprio Nixon, em 1974, por causa do escândalo de Watergate, Ford assumiu a presidência, que exerceu até 1976, quando não logrou a reeleição, perdendo a disputa para Jimmy Carter.

A Emenda XXVI, de 1971, finalmente, estatui que o direito de voto dos cidadãos americanos, de 18 anos de idade ou mais, não será negado ou cerceado pelos Estados Unidos ou por qualquer dos Estados-Membros, por motivo de idade.

## Conclusão

Assim é a Constituição dos Estados Unidos da América, atual nos seus 200 anos, considerada "o maior documento político da história humana". Segundo o mestre AFONSO ARINOS, "através da interpretação, da construção, da inovação, do precedente, da adaptação, em suma através de todo o potencial sedimentado no raciocínio lógico e na criatividade mental, aquele texto simples e quase bicentenário, acolhido com desconfiança, mas desde logo estudado com fervor, conseguiu ficar, ao mesmo tempo, intangível, embora sempre diverso, porque o mito de sua permanência reside em maravilhosa capacidade de transformação".

Conta-se que, em 1787, depois que os delegados em Filadélfia assinaram a Constituição dos Estados Unidos, uma mulher se aproximou de Benjamim Franklin e perguntou: "Então, doutor, que é que temos, uma república ou uma monarquia?" — "Uma república, se a puderem manter", respondeu Franklin.

A Constituição de 1787 decerto tem ajudado os americanos a manterem a sua República.

# Constituinte e segurança pública

JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO

Professor Titular da Faculdade de Direito  
da Universidade Federal de Minas Gerais.  
Livre Docente e Doutor em Direito

## SUMÁRIO

*1 — Introdução. 2 — Sistemas jurídicos de defesa do Estado. Defesa da ordem pública e da ordem constitucional. Teoria e tipologia das crises. Defesa do Estado, da sociedade civil e das instituições democráticas. 3 — Segurança pública. 4 — Papel das Polícias Militares.*

### 1 — Introdução

Com a eleição de um Congresso, com poderes constituintes, surgiram vários debates que procuram, em diversos níveis, definir os pontos essenciais que devem ser consagrados em um texto constitucional.

O debate é saudável, natural e positivo, desde que ocorra em determinados padrões de competência, seriedade e ausência de emotividade exagerada ou irracional. Tratando-se da elaboração da norma fundamental, é compreensível que a sociedade brasileira volte, de maneira atenta, para os questionamentos mais significativos de uma Constituição. A ausência de preparação segura ou de informações adequadas pode gerar propostas ou sugestões menos adequadas e harmoniosas.

De diversas maneiras e tendências têm sido conduzidos os debates em fase que alguns preferem denominar de pré-constituinte. A Constituinte de 1987, em algumas referências, tem sido apontada como congressual, pelo que não ocorreria a participação popular. Não seria o momento adequado, como temos feito em trabalhos anteriores, para a

definição dos pressupostos essenciais do processo constituinte, nem para dizer como tem sido efetivado em diversos regimes políticos (1).

Apesar das restrições que têm sido feitas ao processo convocatório, grande parcela e segmentos da sociedade compreendem que o momento deve ser trabalhado. Não se pode perder a oportunidade de influenciar, mesmo após a escolha dos constituintes, de maneira direta ou indireta, no processo de elaboração constitucional. Essa atuação, normalmente, será efetuada através de diversidade de objetivos e métodos. Nas democracias abrem-se, de maneira ampla, as possibilidades de mobilização de múltiplas faixas da população, determinando efetiva influência no processo decisório. Não se pode negar que a Constituição é um documento jurídico que objetiva estruturar o funcionamento do Estado, em consequência com a respectiva sociedade que o molda e influencia. Não é uma questão simplista, desde que uma Constituição adequada, apesar de precisar da mobilização popular, necessita de reflexão e competência. A tarefa constituinte nem sempre é absorvida, em seu verdadeiro significado. A obra constituinte, deve estar acima de interesses particulares ou momentâneos, precisa antever, não apenas registrar o momento de maneira superficial. As opções e preferências precisam ser filtradas. Como arcabouço jurídico, será impossível deixar de reconhecer esta particularidade essencial: a Constituição é, também, um instrumento ordenador dos conflitos econômicos e sociais.

Nesse momento, questionam-se, ainda, pontos essenciais do debate constituinte, inclusive o que se refere às relações entre política e direito. A criação da Carta Magna possivelmente não ficará adstrita a esta dicotomia, pois os aspectos sócio-econômicos terão papel relevante. Essas perspectivas terão influência na definição e escolha dos temas principais. A forma de governo e a forma de Estado; o sistema de governo (presidencial, parlamentar ou semipresidencial); a adequada relação entre União e Estado-Membro; a autonomia dos Municípios e a reforma tributária; a tendência centralizadora, que, para muitos, acentua-se a partir de 1930; a defesa do indivíduo nos vários níveis do governo; mecanismos de defesa do cidadão; os problemas da eficiência e eficácia do Judiciário; a definição da ordem econômica e social constituem alguns temas relevantes nessa fase do constitucionalismo nacional.

Em determinado momento, deu-se ênfase às indagações acerca da convocação da Constituinte, com referência a ocorrências anteriores

(1) BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Poder Constituinte. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 19, n. 74, abr./jun. 1982, pp. 33-68; idem, Teoria Geral das Constituições Escritas. Ontologia das Constituições. Natureza do Processo Constituinte. Perspectivas do Momento Constitucional Brasileiro. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Número Especial sobre Temas Constitucionais. Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, ns. 60/61, jan./jul. 1985, pp. 25-98; idem, A Assembléia Constituinte e o seu temário. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 23, n. 92, out./dez. 1986, pp. 63 a 146.

da vida institucional brasileira. Muitos dos temas não foram, ainda, totalmente superados, conforme podemos verificar no recente início dos trabalhos do Congresso Constituinte, inclusive com o renascimento da tese da exclusividade, superada pela votação da proposta de convocação elaborada pelo Governo.

A Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, que convocou a Assembléia Nacional Constituinte, dispõe, em seu art. 1.º:

“Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional.”

No art. 3º, explicita:

“A Constituição será promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos Membros da Assembléia Nacional Constituinte.”

Essa Emenda incorporou-se ao texto da Constituição vigente, que deixará de vigorar após a promulgação da nova Carta. Trata-se de etapa essencial do processo de transição pelo qual vêm passando as instituições políticas.

Na fase pré-constituinte ocorreu, como em outras ocasiões do constitucionalismo brasileiro, a idéia de preparação antecipada de um modelo de Constituição. O Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985, instituiu a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais “para colaboração aos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte”.

A Comissão entregou ao Presidente da República, em 18 de setembro de 1986, o Anteprojeto Constitucional que foi “criticado principalmente por sua extensão — 468 (quatrocentos e sessenta e oito) artigos —, pelo detalhismo, por algumas disposições utópicas ou por certos enfoques” (2).

Vários temas passaram a integrar a pauta do debate nacional, no que se refere aos pontos essenciais de uma Constituição, pelo que deveriam ser objeto de um amplo debate constituinte. Dentre eles tiveram destaque o papel institucional das Forças Armadas; as Polícias Militares; defesa do Estado, da sociedade civil e das instituições democráticas; independência e soberania do País, integridade de seu território; manutenção da ordem pública e a proteção da incolumidade das pessoas e do patrimônio; Polícia Civil; segurança pública; fim do serviço militar

---

(2) *Anteprojeto Constitucional* (Quadro comparativo. Anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais. Texto constitucional vigente). Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1986, p. III; *Anteprojeto Constitucional* (Elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985), *Diário Oficial*. República Federativa do Brasil, Suplemento Especial, Brasília, 26 de setembro de 1986.

obrigatório; profissionalização nas Forças Armadas; jurisdição militar; Justiça Militar estadual etc.

Esses temas vêm gerando controvérsias no momento em que se começa a discutir e elaborar a futura Constituição, sendo que o texto referente às Forças Armadas é objeto constante de indagações. Várias opiniões são pela manutenção do texto, introduzido na Constituição de 1891, sob inspiração de RUI BARBOSA, sendo que outros opinam pela sua supressão. HÉLIO SILVA (*As Forças Armadas e a Constituição*), focalizando a questão, assim a entende: "As Forças Armadas constituem o elemento fundamental da organização coercitiva da realização do direito pelo Presidente da República, seja na ordem internacional, fazendo respeitar a soberania do Estado brasileiro, seja na ordem interna, permitindo-lhe assegurar o clima de acatamento às instituições e aos direitos da supervisão e supergestão em que ele exerce o comando supremo das Forças Armadas".

Através da supervisão e da supergestão, o Presidente da República exerce o comando das Forças Armadas. O critério de sua fixação periódica foi consagrado nos textos constitucionais de 1824, 1891, 1934, 1946. No período imperial, as Forças Armadas não eram permanentes, nem regulares. Com a Constituição de 1891, RUI BARBOSA redigiu o art. 14, nestes termos:

"As Forças de terra e mar são instituições nacionais permanentes, destinadas à defesa da Pátria no exterior e à manutenção das leis no interior.

Dentro dos limites da lei, a Força Armada é essencialmente obediente aos seus superiores hierárquicos e obrigada a sustentar as instituições constitucionais."

M. SEABRA FAGUNDES, em estudo de 1947, proferido perante o Instituto dos Advogados Brasileiros, reconhece que

"as Forças Armadas constituem, em todos os Estados, o elemento fundamental da organização coercitiva a serviço do direito.

Nelas, na eficiência da sua estrutura e na respeitabilidade que as envolve, repousa a paz social pela afirmação da ordem na órbita interna e do prestígio estatal na sociedade das nações. São, portanto, os garantes materiais da subsistência do Estado e da perfeita realização de seus fins. Em função da consciência que tenham da sua missão está a tranquilidade interna pela estabilidade das instituições. É em função do seu poderio que se afirmam, nos momentos críticos da vida internacional, o prestígio do Estado e a sua própria soberania" (3).

(3) FAGUNDES, M. Seabra. *As Forças Armadas na Constituição*. Coleção "Taubman". Rio de Janeiro, Biblioteca do Exército, 1955, p. 11; idem, *Revista Forense*. Rio de Janeiro, janeiro, 1948, pp. 5 e ss.

Destaca SEABRA FAGUNDES a posição e o papel que o direito constitucional dá às Forças Armadas, quando salienta:

“Por isto mesmo, na organização política de todos os povos, se reserva às Forças Armadas posição especial e destacada, desde os seus problemas de estrutura e funcionamento, até os que dizem respeito à sua missão.

Com aplicação ao nosso País se pode dizer que o relevo a elas atribuído é uma constante do seu direito constitucional.

A Constituição Imperial lhes consagrava um capítulo especial (Capítulo VIII, “Da Força Militar”) (arts. 145 a 150).

A primeira Constituição Republicana dispunha sobre as Forças Armadas em nada menos de oito artigos (arts. 14, 34, n.ºs 17 e 18; 48, n.ºs 3, 4 e 5; 73, 74, 77 e 87).

Na Carta de 1934 se lhes reserva o título “Da Segurança Nacional” (arts. 160 e 162).

A Carta de 1937 apenas se distancia da anterior no desdobrar em duas seções (“Dos Militares de Terra e Mar” e “Da Segurança Nacional”), o que aquela abrangia tão-somente em uma (arts. 161 e 163).

A Constituição vigente reúne, com propriedade, o que diz respeito à organização, às finalidades, aos órgãos diretivos etc., do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, bem como aos problemas da defesa nacional e ao pessoal militar, em um título especial — “Das Forças Armadas” (Título VII, arts. 176 a 178)” (4).

As Constituições, com algumas modificações, deram assim destaque às Forças Armadas, na estruturação do Estado brasileiro. A Constituição de 24 de janeiro de 1967 passou a ter a seguinte redação: “As Forças Armadas, constituídas pela Marinha de Guerra, Exército e Aeronáutica Militar, são instituições nacionais, permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República e dentro dos limites da lei. § 1º — Destinam-se as Forças Armadas a defender a Pátria e a garantir os Poderes constituídos, a lei e a ordem” (art. 92).

Com a redação consagrada pela Emenda Constitucional nº 1/69, o assunto passou a ser tratado nos arts. 90, 91 e seu parágrafo único, que estabeleceram *destinação constitucional das Forças Armadas*: a) à execução da política de segurança nacional; b) à defesa do Estado; c) à garantia dos Poderes constituídos; d) à garantia da lei; e e) à preservação da ordem.

A atuação dos militares na Constituinte, tendo em vista a definição constitucional das Forças Armadas, tomou rumos diversos, devido, em certo momento, à posição da Comissão de Estudos Constitucionais,

(4) FAGUNDES, M. Seabra. *As Forças Armadas na Constituição*, ob. cit., p. 12.

nomeada pelo Presidente da República, que partiu para a preparação de um esboço de Constituição. O problema das Forças Armadas na futura Constituição tem significado relevante, daí ser um tema auspicioso a debates intensos e seguros, sem casuismos e imediatismo. Devido a certas características e passagens do regime político implantado em 1964, existe certa dose emocional na análise da matéria <sup>(5)</sup>.

As atribuições constitucionais das Forças Armadas são definidas, preliminarmente, com o que se refere à *defesa externa* de forma predominante e, de maneira suplementar, com a *ordem interna*.

Como instituições nacionais permanentes e regulares, têm localização expressa na estruturação estatal, conciliável com preceitos constitucionais e infraconstitucionais que determinam as suas formas e limites de atuação legal e legítima, em decorrência da cláusula constitucional *dentro dos limites da lei*. Essa cláusula é objeto de permanentes questões de exegese constitucional, desde a sua incorporação ao texto de 1891.

A função que as Forças Armadas devem ter no quadro constitucional comporta múltiplas reflexões que vão até o que se compreende como militarização de setores policiais. Considerados como cidadãos, integrados nos problemas nacionais, entendem alguns que não devem os militares ser examinados apenas nas funções castrenses, urge dar-lhes, além da função militar, outras formas de colaboração para o progresso e o desenvolvimento do Estado brasileiro.

O assunto, na pauta da Assembléia Nacional Constituinte, pelo que se percebe na fase atual, envolverá posicionamentos diversificados. De um lado estão aqueles que defendem a preservação do papel que vem sendo dado, constitucionalmente, às Forças Armadas. Ao mesmo tempo, aparecem correntes que entendem: "É evidente, pois, que chegou o instante de se repensar o papel das Forças Armadas no futuro político do Brasil" <sup>(6)</sup>.

A preservação da missão constitucional das Forças Armadas, baseada na defesa da pátria, na garantia dos Poderes constituídos, da lei e da ordem, segundo alguns segmentos civis e políticos, não deve sofrer alteração, entendendo que não podem ficar alheias às questões de segurança interna, conforme orientação originada do texto de 1891.

Na Assembléia Constituinte, composta de representantes de tendências ideológicas variadas, poderá ser mantida a orientação predominante

(5) BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Regimes Políticos*. São Paulo, Editora Resenha Universitária, 1977; Idem, O Projeto Político Brasileiro e as Eleições Nacionais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, número especial sobre as Eleições de 1982, n.º 57, julho, 1983, pp. 29 a 144; Idem, *Teoria da Constituição*. São Paulo, Editora Resenha Universitária, 1979; Idem, *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro, Forense, 1986.

(6) BICUDO, Hélio. Segurança e Forças Armadas. *Folha de São Paulo*, Tendências/Debates, Opinião, 19 de agosto, 1986, p. 3.



no constitucionalismo brasileiro. Entende-se, nesse contexto, que a posição de defesa e preservação do papel das Forças Armadas, na nova Constituição, não deverá fugir da compreensão do significado da defesa nacional, compreendida como um conjunto de metas utilizadas para preservar a segurança nacional, compatível com a manutenção da liberdade dos indivíduos, do grupo social e do próprio Estado. Reconhece-se a necessidade da manutenção dos itens mantidos, tradicionalmente, nas Constituições anteriores (defesa da pátria e a garantia dos Poderes constitucionais, da lei e da ordem), além da obrigatoriedade do serviço militar, cuja extinção foi sugerida pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais.

Está, assim, em discussão, na atual Constituinte, o desempenho das Forças Armadas, sendo que as divergências situam-se, principalmente, nas atribuições constitucionais, referentes à garantia dos Poderes constituídos, da lei e da ordem. A Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, em certa fase de seus debates, por manifestação majoritária, propunha que fossem retiradas, do art. 91 da atual Constituição, as expressões “segurança nacional”, “da lei” e “da ordem”. Para muitos, as mudanças sugeridas foram pressionadas por fatos recentes, influenciadores desse importante momento de reconstrução das instituições nacionais. Os militares, constantemente, demonstram que não pretendem que a Constituição redefina o papel que vêm tendo, no texto atual e nos anteriores. Para isso, devem cumprir sua missão, como instrumental na execução da política de segurança nacional, no âmbito externo, com a finalidade de assegurar a independência e a soberania do Estado brasileiro, bem como a integridade territorial. Idêntica função exercerão no contexto interno, através da garantia dos Poderes constituídos, da lei e da ordem, nos casos previstos em lei, decorrida a fase de exaustão das forças policiais regulares. Essa determinação completa-se com a obrigatoriedade do serviço militar e a defesa da ordem interna.

Outra tese é a que se refere à subordinação das Polícias Militares às Forças Armadas. A partir da Constituição de 16 de julho de 1934, passou-se à aceitação de que as Polícias Militares fossem consideradas como reservas do Exército (“As Policiais Militares são consideradas reservas do Exército e gozarão das mesmas vantagens a este atribuídas, quando mobilizadas ou a serviço da União” — art. 167). O centralismo da Constituição de 1937, ao traçar a competência privativa da União, no art. 16, XXVI, determina: “legislar sobre organização, instrução, justiça e garantia das forças policiais dos Estados e sua utilização como reserva do Exército”. A Constituição de 1946, art. 183, também, reza: “As Polícias Militares instituídas para a segurança interna e a manutenção da ordem nos Estados, nos Territórios e no Distrito Federal, são consideradas, como forças auxiliares, reservas do Exército”. O art. 13, § 4º, do texto de 1967, ficou assim redigido: “As Polícias Militares, instituídas para a manutenção da ordem e segurança interna nos Estados, nos Territó-

rios e no Distrito Federal, e os Corpos de Bombeiros são considerados forças auxiliares, reserva do Exército". No mesmo sentido, convém destacar a orientação estampada no texto vigente: "As Polícias Militares instituídas para manutenção da ordem pública nos Estados, nos Territórios e no Distrito Federal, e os Corpos de Bombeiros militares são considerados forças auxiliares, reserva do Exército, não podendo seus postos ou graduações ter remuneração superior à fixada para os postos e graduações correspondentes no Exército" (art. 13, § 4º).

As Polícias Militares, inclusive os Corpos de Bombeiros, que constituem polícia especializada, têm como fim principal a defesa da segurança e da ordem internas nos respectivos âmbitos territoriais, Estados-Membros, Territórios e Distrito Federal, não integram as Forças Armadas:

"São, porém, reservas do Exército em uma categoria especial, isto é, como forças auxiliares, e, quando mobilizadas, podem atuar, incorporadas ao Exército, nas operações militares, ou receber missões especiais na frente e na zona do interior.

Por isto mesmo a legislação que as rege emana da União. É o Congresso que dispõe sobre sua organização (inclusive garantias do pessoal), instrução e justiça, bem como sobre as condições gerais da sua utilização pelo Governo Federal em caso de mobilização.

A cada Estado, fica, entretanto, a faculdade de suprir as deficiências da legislação federal, com o que se abre ensejo às adaptações, que, sem prejuízo das normas básicas, possam condizer com as peculiaridades locais" (1).

Examinando-se a finalidade das Polícias Militares estaduais, nos termos da Constituição atual, tem sido entendida como apenas a *manutenção da ordem pública*. Diferentemente do texto de 1946, elas não se incumbem da *segurança interna* (art. 183) ou segundo a redação adotada em 1967. Conforme ficou anotado, pelos textos mencionados, as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros militares são forças auxiliares do Exército, pelo que podem ser empregadas como reserva deste. Para que ocorra esta utilização, torna-se necessária a convocação ou, eventualmente, sua mobilização, de conformidade com lei federal editada, com base no art. 8º, XVII, V: "legislar sobre organização, efetivos, instrução, justiça e garantias das Polícias Militares e condições gerais de sua convocação, inclusive mobilização".

Muitas exposições entendem que as Forças Armadas devem estar submetidas às conveniências de ordem política, negando-lhes a qualidade de instituição permanente, que subsistirá à própria Constituição a ser elaborada. Ao mesmo tempo, foram solucionadas as pretensões que che-

(1) FAGUNDES, M. Seabra. *As Forças Armadas na Constituição*, ob. cit., pp. 71 e 72.

garam a antever a extinção pura e simples das Polícias Militares, órgãos auxiliares das Forças Armadas, considerados como acessórios indispensáveis à defesa da ordem interna. São consideradas como mantenedoras da ordem pública, conforme registrado no texto constitucional. Vários interessados pelo assunto pretendem ampliar as missões de policiamento de segurança pública, em detrimento à condição de auxiliar das Forças Armadas.

Constitui desdobramento desta temática a questão sobre a necessidade da Justiça Militar, jurisdição militar e Justiça Militar estadual. O Ministro HEITOR LUIZ GOMES DE ALMEIDA, ao examinar o STM no contexto das diversas Constituições brasileiras, em conferência realizada na OAB-DF, em agosto de 1985, esclarece:

“O SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR, antigo Conselho Supremo Militar e de Justiça, teve origem em 11 de dezembro de 1640, em Portugal, sob a denominação de Conselho de Guerra e se regulava pelo Regimento de 22 de dezembro de 1643.

Pelo alvará, com força de lei, de 1º de abril de 1808, D. João VI, Príncipe Regente de Portugal, criou, na cidade do Rio de Janeiro, o Conselho Supremo Militar e de Justiça que acumulava funções administrativas e judiciárias.

A primeira Carta Constitucional do Brasil, de 1824, outorgada pelo Imperador D. Pedro I, previu a organização do Poder Judiciário, constituído pelo Supremo Tribunal de Justiça e pelas Relações. Entretanto, o Conselho, embora funcionando no Brasil desde a transmigração da família real para a Colônia, não se viu inserido nessa Constituição.

A Constituição Republicana de 1891, ao organizar o Poder Judiciário, não contemplou a Justiça Militar. Entretanto, em seu texto (art. 77), previu foro especial para os delitos militares, estabelecendo que o dito foro seria composto pelo Supremo Tribunal Militar e pelos Conselhos necessários para a formação de culpa e julgamento dos crimes.

Deste modo, o antigo Conselho foi extinto, ficando, a partir de então, o Supremo Tribunal Militar e a Justiça Militar, sob o pálio da Constituição, alçados à categoria de órgãos judicantes, de natureza especial, conquanto ainda não integrados na estrutura do Poder Judiciário, na forma que lhe fora dada pela Constituição.

Finalmente, a Constituição de 1934 incluía os Tribunais Militares e seus Juizes na estrutura do Poder Judiciário. Estavam, a partir de então, o Superior Tribunal Militar e a Justiça Militar definitivamente incorporados à estrutura do Poder Judiciário da União, como decorrência de vontade soberana da Assembléia Nacional Constituinte de 1934, que os fizera incluir, pela pri-

meira vez, na organização dada pela Constituição ao Poder Judiciário.

A Carta Constitucional de 1937, outorgada pelo Presidente da República, sob o regime autocrático do então chamado Estado Novo, manteve na estrutura do Poder Judiciário os Juizes e os Tribunais Militares.

A partir da Constituição de 1946, o Tribunal passou a denominar-se Superior Tribunal Militar. No que respeita a sua composição, manteve a tradição de deixar a matéria sob o comando da lei ordinária.

Após as modificações introduzidas na Constituição de 1946 pelo Ato Institucional nº 2, de 1965, passou a composição do Tribunal a ser regida pelo próprio texto constitucional, da forma a seguir (art. 7º):

“O STM compor-se-á de 15 Juizes vitalícios, com denominação de Ministros nomeados pelo Presidente da República, dos quais 4 escolhidos entre Generais efetivos do Exército, 3 dentre Oficiais Generais efetivos da Armada, 3 dentre Oficiais Generais efetivos da Aeronáutica e 5 civis.”

Anteriormente, regida sua composição pela lei ordinária, contava o Tribunal com 11 Ministros. Foi, como se vê, com a vigência do Ato Institucional nº 2 que o Superior Tribunal Militar teve o número de seus Ministros aumentado de 11 para 15, com o acréscimo de mais 1 de cada Força Armada e mais 1 civil.

A Constituição de 1967, em relação ao Superior Tribunal Militar, manteve a mesma composição prevista anteriormente, estabelecendo, porém, que seus Ministros serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal.

Com a nova redação da Carta Constitucional, nos termos da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, nenhuma alteração se adotou concernente à posição do Superior Tribunal Militar e da Justiça Militar, no contexto da Constituição em vigor (8).”

A Justiça Militar estadual, tendo em vista os julgamentos de militares, realizados pela Justiça castrense, passou, também, a ser objeto de preocupações. O assunto tem merecido muitos questionamentos, acirrando-se a partir do momento em que o Ministério Público estadual passou a exercer suas funções junto às auditorias, bem como perante a segunda instância, por meio de um procurador.

(8) ALMEIDA, Heitor Luiz Gomes de. *Assembléia Nacional Constituinte e o Superior Tribunal Militar*. *Revista do Superior Tribunal Militar*. Brasília, a. 8, n.º 9-10, 1984/85, pp. 10 a 12.

Esses assuntos estão sendo renovados, tendo em vista os trabalhos da Constituinte, sendo que alguns deles tornaram-se mais polêmicos.

Com a Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977, que deu nova redação ao art. 144 da Constituição, ficou inscrito que:

“§ 1º – A lei poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça:

d) Justiça Militar estadual, constituída em primeira instância pelos conselhos de justiça, e, em segunda, pelo próprio Tribunal de Justiça, com competência para processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os integrantes das policias militares.”

Essa Emenda Constitucional nº 7/77 introduziu modificações na Súmula nº 297 do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista o aspecto polêmico dos delitos praticados por militares em serviço de policiamento civil (9), de competência da Justiça Militar estadual, que só escapam desta situação quando não estão encartados no art. 9º do Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001, de 21-10-69). Passam a ser apreciados pela Justiça Comum.

Todas essas questões, como tem ocorrido com outros temas de índole constitucional, levaram às especulações em torno de *lobbies* dessas categorias interessadas, para se organizarem e influir na Constituinte. A palavra *lobby*, de origem inglesa, significa saguão, sala de espera. Trata-se da ação de influenciar junto aos tomadores de decisões, na esfera do Poder Público. É entendido como o mecanismo de pressão ou de representação do interesse perante as instituições envolvidas. Nos dias de hoje, a palavra obtém grande expressão, inclusive no que se refere ao *lobby*, como arma para garantir a participação popular na Constituinte (10).

## 2 – Sistemas jurídicos de defesa do Estado. Defesa da ordem pública e da ordem constitucional. Teoria e tipologia das crises. Defesa do Estado, da sociedade civil e das instituições democráticas.

Vários são os desdobramentos que o tema impõe, tendo em vista os diversos tipos de crises que afetam a sociedade contemporânea, tanto na ordem interna, como na externa. Os regimes políticos apontam soluções diversificadas, sendo que alguns deles dão destaque à problemática da defesa da Constituição, devido as situações críticas que podem ocorrer.

(9) ROSAS, Roberto. *Direito Sumular. Comentários às Súmulas do STF*. 1 a 621, 3.ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1980, pp. 122 a 124; ESPIRITO SANTO, José do. *Estudos de Direito Penal e Processual Penal Militar*, Belo Horizonte, Imprensa Oficial, 1985, pp. 33 e ss.

(10) WOOTON, Graham. *Grupos de Interesse. Grupos de Pressão e "Lobbying"*. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1972. Trad. de Edmond Jorge; MEYNAUD, Jean. *Os Grupos de Pressão*. Lisboa, Publicações Europa-América, 1966; LIMBORÇO, Laura. A questão do "Lobby" (Grupo de Pressão), *Tribunais, O Estado de S. Paulo*, 20 de fevereiro, 1983, p. 49.

Os levantamentos de *Teoria Política e Constitucional* revelam a necessidade de *garantias especiais*, que propõem proteger e manter a Constituição. O Tribunal de Justiça Constitucional do Reich, como destaca CARL SCHMITT, foi denominado de "mantenedor" e "protetor" da Constituição alemã, como destaca em seu trabalho *O Protetor da Constituição*, publicado em março de 1929 (*Archiv des Offentlichen Rechts*, vol. XVI, pp. 161 e ss.).

Após indagar como é possível situar o protetor da Constituição, CARL SCHMITT procura examinar os casos em que uma transgressão dos preceitos concretos formulados na Constituição pode ocorrer, dando lugar a um processo penal, civil ou de contencioso administrativo. Destaca as circunstâncias decorrentes de processos criminais que surgem, tendo em vista determinados delitos, como os de alta traição. O caráter político de certos processos acarreta divergências, devido a distinção com outras competências penais. A jurisdição penal de caráter político, os ataques contra a segurança do Estado (*attentats commis contre la sûreté de l'Etat*), no Estado de direito constitucional e democrático, têm levado a consideração política sobre a competência geral dos Tribunais ordinários, com referências às atribuições político-constitucionais e à própria definição do que é litígio constitucional. A jurisdição política e constitucional objetiva transformar a Constituição em um contrato ou *compromisso constitucional*, que visa defender o ideal democrático, assentado na unidade homogênea e indivisível de todo o povo, que se manifesta através da atuação de um Poder Constituinte, informador e justificador da própria legitimidade constitucional.

As reflexões acerca da defesa da Constituição, tendo em vista os diversos titulares do exercício do poder, têm levado às indagações sobre a missão de cada um deles, para que não ocorra o predomínio de um sobre os demais, subtraindo-se aos outros o controle, dando como consequência o surgimento não de um defensor, mas de um *árbitro da Constituição*. A Teoria Política passou a examinar a necessidade de um poder neutro específico, ao lado dos demais Poderes, dando-lhe atribuições especiais.

BENJAMIN CONSTANT surge com a teoria especial de um *poder neutro, intermediário e regulador* <sup>(11)</sup>. Está ligada às teorias constitucionais do *Estado cívico de direito*, com referências a um catálogo típico de prerrogativas e atribuições do Chefe de Estado (*monarca ou presidente*). Desenvolveu indagações acerca do valor prático de uma teoria de um Chefe de Estado que ocupasse uma posição neutra, mediadora, reguladora e tutelar, com distinção entre *régner e gouverner* ou *auctoritas e potestas* <sup>(12)</sup>.

(11) CONSTANT, Benjamin. *Cours de Politique Constitutionnelle ou Collection des Ouvrages Publiés sur Le Gouvernement Représentatif*. Paris, Librairie de Guillaumin et Cie., 1872, 2 tomos, 2ª ed.; idem, *Réflexions sur les Constitutions et les garanties*, maio, 1814, em *Collection Complète des Œuvres de Benjamin Constant*.

(12) SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución. Estudio acerca de las Diver-sas Especies y Posibilidades de Salvaguardia de la Constitución*. Madrid, Trad. de Manuel Sanchez Sarto. Editora Tecnos, S/A, 1983.

Os efeitos das *crises* (*crises de legitimidade, económicas, financeiras* ou de *transformações da ordem social*) têm levado às indagações sobre as conseqüências que afetam a *organização constitucional* e ao próprio *sistema institucional*, com freqüentes abalos aos regimes políticos<sup>(13)</sup>.

A *teoria das crises* e a *tipologia das crises*, tão comuns nos regimes políticos contemporâneos, com previsões sobre as conseqüências prejudiciais ao Estado e ao regime político, apresentam, como destaca PAUL LEROY, incidentes constitucionais diretos e de ordem política. O estudo da organização constitucional, ao tempo de crise, pode ser previsto ou não pela Constituição. Existem diferentes tipos de perigos para os Estados e os regimes políticos. Na primeira hipótese, ocorreram situações em que o Estado vê-se ameaçado em sua independência e integridade territorial. Elas podem decorrer por circunstâncias movidas do exterior, como resultado do comportamento de outros Estados ou por fatores internos. Nem sempre a ameaça resulta do estabelecimento de um conflito armado. Em certas ocasiões, surge apenas a vontade de modificar o regime. Existem situações em que aparecem formas de insurreição ou subversão, consideradas como manifestações de crise de um determinado regime, com o objetivo de instaurar um novo sistema institucional, inspirado em outros princípios. Podem surgir daí transformações da organização constitucional, da ordem jurídica, social e econômica. Decorrem de novas doutrinas ou de lutas ideológicas, que passam a acompanhar a crise das instituições<sup>(14)</sup>.

O título sobre a Defesa do Estado vem suscitando várias controvérsias entre aqueles que focalizam a temática, em razão de acontecimentos recentes ocorridos na vida política brasileira. As dúvidas surgem, até, no que se refere à terminologia. Aceita, inclusive, pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais a expressão *Conselho de Defesa Nacional*, em oposição à de *Segurança Nacional*, já consagrada no texto de 1934; entretanto, emprega *Defesa do Estado*, utilizada pela Constituição de 1937, ao tratar dos mecanismos excepcionais de manutenção da ordem pública.

As preocupações em torno de mecanismos extraordinários de defesa do Estado surgiram, nos começos do século XIX, com o aparecimento do Estado constitucional. As razões daqueles que se opunham ao reconhecimento constitucional dos poderes de exceção giravam em torno dos possíveis riscos de uma "ditadura constitucional". Estes poderes extraordinários eram tidos como *salvaguarda do Estado*, mas ao mesmo tempo convém destacar que são os órgãos do Estado e não os cidadãos que suspendem a Constituição. Muitas vezes, por detrás das justificativas de salva-

(13) BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Regimes Políticos*. São Paulo. Editora Resenha Universitária. 1977.

(14) LEROY, Paul. *L'Organisation Constitutionnelle et les Crises*. Paris. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1966.

ção do Estado, ocultam-se interesses absolutamente privados, que pretendem utilizar, em seu benefício, o recurso aos poderes extraordinários.

Muitos doutrinadores entendem que a defesa das instituições políticas, através do recurso de "estado de necessidade", é aceitável em regimes democráticos. É possível, por intermédio de órgãos constitucionais, desde que descansam sobre a vontade popular. Procura-se evitar as ameaças sobre as instituições, armando-as de mecanismos de defesa.

Entende-se que esses poderes não se esgotam em análises exclusivamente lógico-formais. Deve-se atentar para as características do regime político, bem como para os aspectos de que se revestem a proteção das liberdades e a defesa dos mecanismos de domínio do grupo no poder.

De acordo com uma perspectiva puramente formal, sem ocorrer a suspensão da Constituição, as liberdades podem ser apenas palavras, sem conteúdo (15).

O estudo sobre a Constituição e as situações excepcionais demanda diversos questionamentos. Nas situações excepcionais, o Estado tem o direito de defender-se, através da aplicação do direito constitucional do "princípio da legítima defesa".

O estado de necessidade constitucional caracteriza-se pela concentração de poderes em um órgão constitucional e a colocação de poderes no órgão beneficiado.

O art. 16 da Constituição francesa de 1958, que causou grandes polémicas, possibilita o recurso a amplas manifestações de poder. DUVENGER assinala seu "caráter completamente excepcional". PIERRE AVRIL chega a afirmar que esses poderes são essenciais para a compreensão dos poderes presidenciais; a arbitragem cotidiana transforma em uma espécie de mística a legitimidade constitucional. DE GAULLE e M. DEBRÉ, presidente da Comissão relatora do projeto constitucional, não ocultavam a possibilidade de aplicação frente às alterações de origem interna. Em caso de grave crise interna ou externa, deveria haver mecanismos para a adoção de medidas, de acordo com as circunstâncias.

As condições de fundo e de forma para sua aplicação:

a) Condições de fundo

— ameaça grave e imediata às instituições da República, à independência da nação, à integridade do território, ao cumprimento dos compromissos internacionais. Os perigos provêm do exterior e do interior;

— interrupção do funcionamento regular dos poderes públicos constitucionais.

(15) AZKONA, Juan A. Torres. La Defensa Extraordinaria del Estado. *Revista de Estudios Políticos*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, n.º 216, nov./dez. 1977; NAUD, Leda Maria Cardoso. Estado de Sítio e Suspensão de Liberdades Individuais. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. III, n. 12, out./dez. pp. 227 e ss.



## b) Condições de forma

– consultas com o Primeiro-Ministro, com os Presidentes das Câmaras e com o Conselho Constitucional;

– mensagem motivada à nação, como garantias de sua publicidade.

O Presidente pode adotar todas as medidas que creia oportunas, com uma limitação fundamental: não pode tocar na *Constituição*.

Na Espanha a suspensão de determinadas garantias das liberdades, por tempo determinado, constitui o modelo tradicional de medidas extraordinárias naquele Estado.

No sistema da Inglaterra existe a *martial law* das autoridades públicas que têm qualquer responsabilidade na manutenção da ordem ou da organização da defesa.

Os *special statutory powers* foram concedidos em certas ocasiões.

Os “plenos poderes”, sem serem exclusivos da Inglaterra ou dos Estados Unidos, têm sido utilizados com o objetivo de concentrar poderes no Executivo, ante a debilidade do quadro das medidas da *martial law*. O Parlamento delega competência legislativa ao governo, com plenos poderes gerais, autoriza legislativamente medidas diferentes daquelas adotadas em caráter ordinário.

A Constituição atual da Itália e a Lei Fundamental de Bonn não consagravam poderes extraordinários para a defesa do Estado. A situação modificou-se na Alemanha a partir da Lei de 28 de junho de 1968. O debate sobre a admissão desses poderes extraordinários concentrou-se na análise de sua natureza e alcance.

As análises de direito comparado demonstram que é indubitável o direito de o Estado defender-se. A defesa extraordinária do Estado assenta-se normalmente na suspensão de determinadas garantias dos direitos. Essas circunstâncias não devem atentar contra a independência do Poder Judiciário, nem ameaçar as garantias processuais. A *garantia primordial* está assentada na não modificação da organização judicial, nem na criação de tribunais ou jurisdições especiais (16).

A vigente Constituição da Espanha, que tem muita influência no atual debate constitucional brasileiro, no Título IV – Do Governo e da Administração –, em seu art. 104, determina:

(16) BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Projeto Político Brasileiro e as Eleições Nacionais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Número Especial sobre as Eleições Nacionais de 1982. Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, n.º 57, julho, 1983, pp. 86 e ss.

"1 — As forças e os corpos de segurança terão por missão, na dependência do Governo, proteger o livre exercício dos direitos e liberdades e garantir a segurança dos cidadãos.

2 — Uma lei orgânica determinará as funções, os princípios básicos de atuação e os estatutos das forças e dos corpos de segurança."

A atual *Lei de Polícia*, elaborada de conformidade com a Constituição, designa as seguintes atribuições às FCS (Forças e Corpos de Segurança):

a) manter e restabelecer a ordem pública e a segurança dos cidadãos, garantindo-lhes o exercício de seus direitos e deveres;

b) prevenir os fatos delituosos, investigá-los e reprimi-los, em colaboração com a autoridade judicial;

c) auxiliar, em casos de calamidade pública e infortúnios particulares, em colaboração com as instituições de assistência pública.

Constitui, também, parte fundamental da Administração do Estado o estabelecimento da Administração militar, que compreende as Forças Armadas (FAS), integradas pelos contingentes terrestres, marítimos e aéreos, aos quais são atribuídas importantes missões na defesa interior e exterior do Estado. A Administração militar compreende tanto as FAS, como o aparato burocrático, necessário à gestão dos assuntos relativos às forças mencionadas. A Constituição, em seu artigo 8º, descreve, explicitamente, a sua composição e objetivos:

"1 — As Forças Armadas, constituídas pelo Exército de Terra, a Armada e o Exército de Ar, têm como missão garantir a soberania e a independência da Espanha e defender a sua integridade territorial, bem como a ordem constitucional.

2 — Uma lei orgânica regulará as bases da organização militar, de harmonia com os princípios da Constituição." (17)

A definição da função constitucional das Forças Armadas, a caracterização dos interesses nacionais, o conceito de segurança nacional, têm fixado as diversas maneiras de sua configuração no campo externo. Surgem novas orientações que pretendem destacar que o mesmo entendimento não deve ser adotado no campo interno.

GUALTER GODINHO, após apresentar a justificativa sobre a legislação referente à segurança e defesa do Estado, analisa as sucessivas transformações pelas quais tem passado a legislação especial no Brasil, tanto a nível constitucional, como infraconstitucional. Ao mesmo tempo, insere referências ao tratamento dado ao tema, em vários regimes políticos, que

(17) ESTEBAN, Jorge de. GUERRA, Luis López, com a colaboração de ESPIN, Eduardo e MORILLO, Joaquín García. *El Régimen Constitucional Español*. Vol. 2, Labor Universitaria. Manuales, 1964, pp. 263 e ss.; *idem*, *Constituição*.

consagram de maneira genérica o *estado de exceção*, o *estado de alarme* e o *estado de sítio*.

Destaca, em sua exposição, a afirmativa de HELY LOPES MEIRELLES (*Poder de Polícia e Segurança Nacional*) de que a segurança nacional deve ser encarada sob dois aspectos: o legal e o doutrinário.

Em levantamentos que vão desde a Constituição dos Estados Unidos de 17-9-1787, acerca do crime de traição; princípios fundamentais sobre a organização geral da defesa nacional (França); defesa da pátria (Itália); segurança interna e externa do Estado (Suíça); defesa nacional (Portugal), 1976 – 1982; declaração de estado de exceção ou estado de sítio (Espanha); defesa nacional (Áustria); segurança e defesa do Estado (Suécia); leis de defesa nacional (República Federal da Alemanha); defesa da pátria (URSS); defesa do país (Iugoslávia) etc., mostra GUALTER GODINHO como a questão vem sendo proposta:

“Feitas as observações sobre normas constitucionais e ordinárias atinentes à defesa e segurança do Estado de 20 países de regimes de governo diversos, cabe, a seguir, efetuar um exame retrospectivo da matéria em face das Constituições, Códigos e Leis especiais brasileiras.” (18)

No levantamento de Constituições, Códigos e leis especiais brasileiras, após referências aos textos constitucionais, destaca a legislação ordinária referente à defesa e segurança do Estado: “Quanto à legislação ordinária, disciplinadora da matéria atinente à segurança nacional e a ordem política e social no Brasil, de um modo amplo e geral, abrangendo os aspectos internos e externos do país, a soberania nacional e resguardo de nossas instituições, cumpre enumerar as seguintes normas legais, obedecida a ordem cronológica de sua expedição:

“Lei 38, de 4-4-35; Lei 136, de 14-12-35; Dec.-Lei 428, de 16-5-38; Dec.-Lei 431, de 18-5-38; Lei 1.802, de 5-1-53; Dec.-Lei 314, de 13-3-67; Dec.-Lei 510, de 20-3-69; Dec.-Lei 975, de 20-10-69; Dec.-Lei 1.001, de 21-10-69 (CPM); Dec.-Lei 898, de 29-9-69; Lei 5.786, de 27-6-72; Lei 6.620, de 17-12-78; e, finalmente, Lei 7.170, de 14-12-83, vigente Lei de Segurança Nacional.” (19)

### 3 – Segurança pública

O conceito de “segurança”, no seu sentido etimológico, conforme entende MANOEL PEDRO PIMENTEL, refere-se a: “ato ou efeito de segurar;

(18) GODINHO, Gualter. *Sistemas Jurídicos de Defesa do Estado* (Análise Comparativa dos princípios ordenadores). São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 50.

(19) GODINHO, Gualter. *Sistemas Jurídicos de Defesa do Estado*, ob. cit., p. 53.

estado de seguro; afastamento de todo perigo; certeza, confiança, infalibilidade, firmeza, afirmação, certificação<sup>20</sup>).

Após destacar esses vários significados, conclui: "De todas essas acepções, a que mais nos interessa para o estudo que vamos empreender é aquela que conceitua segurança como "afastamento de todo perigo". Afastar o perigo é função da segurança. O Estado inclui dentre suas obrigações para com o cidadão, a de lhe dar segurança, individual ou coletivamente".

Contrapõe MANOEL PEDRO PIMENTEL o nome genérico de *segurança pública* aos conceitos de *segurança interna* e de *segurança nacional*, para, ainda, expor: "A segurança pública é provida através de vários órgãos ou instituições. Algumas têm caráter preventivo contra danos individuais e coletivos, exercendo-se através de fiscalizações e vistorias. Outras têm caráter repressivo, ao lado da prevenção, exercitando-se através da imposição de sanções administrativas. Outras, ainda, prestam serviços de socorros urgentes, em caso de calamidades públicas ou de perigo individual. Exemplos de órgãos ou instituições desses tipos são a Comissão de Defesa Civil, o Corpo de Bombeiros, os Serviços Nacionais de Fiscalização da Medicina e de Atividades Farmacêuticas, as Inspetorias de Saúde etc." (21)

Envolvendo-se com o conceito de segurança pública em sentido estrito, compreende-o como "a garantia e a defesa dos direitos individuais, de que o cidadão pode usar, dispor, fruir e gozar dentro da ordem e da paz".

"Neste nível conceitual, a segurança pública é essencial para o adequado convívio social, uma vez que ela é pressuposto das condições para o correto e normal exercício de todas as atividades humanas desde o trabalho até o lazer, desde a preservação da saúde e da vida até a prática dos cultos e das religiões.

Para prover a segurança pública assim conceituada, o Estado conta com órgãos oficiais especializados. Reduzindo, como é necessário para os fins deste trabalho, o campo de análise, vamos concentrar nossa atenção sobre o aspecto da segurança pública contra os comportamentos criminosos de dano ou de perigo."

Para a efetivação dessas medidas, surgem os órgãos de segurança pública:

"Sob este aspecto, os órgãos específicos que provêm a segurança pública são a Polícia Civil e a Polícia Militar, ambas subordinadas hierárquica, administrativa e funcionalmente, no âmbito estadual, ao Secretário de Segurança Pública."

(20) PIMENTEL, Manoel Pedro. *Segurança Pública*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 74, vol. 596, junho, 1985, p. 287.

(21) PIMENTEL, Manoel Pedro. *Segurança Pública*, *ob. cit.*, pp. 287/288.

No desenvolvimento dessa diversidade de funções, convém acrescentar:

“São atribuições básicas da Polícia Civil o exercício da Polícia Judiciária, Administrativa e Preventiva especializada. Da Polícia Militar, o planejamento, a coordenação e a execução do policiamento ostensivo, fardado, e a prevenção e a extinção de incêndios.

Esta distribuição de atribuições e funções coloca a Polícia Militar na posição de principal responsável pelo policiamento preventivo e a Polícia Civil na de responder preferencialmente pelo policiamento secundário, isto é, a lavratura de autos de prisão em flagrante e a elaboração de inquéritos policiais.” (22)

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, em capítulo sobre *Direito Administrativo da Segurança Pública*, após destacar as clássicas subdivisões de Polícia, “em Polícia Administrativa e Polícia Judiciária e em Polícia Administrativa Geral e Polícia Administrativa da Segurança Pública”, realiza detido e completo exame conceitual da ordem pública:

“Se, sinteticamente, segurança pública é garantia da ordem pública, esta é o objeto daquela. Quanto mais precisamente conceituarmos a ordem pública, mais exatamente ter-se-á compreendido a segurança pública e, em consequência, mais adequadamente poderemos desenvolver um quadro operativo para as ações de Polícia de Segurança Pública, juridicamente balizado por um direito administrativo da segurança pública.

A noção de ordem pública não é nova. Vamos encontrá-la mencionada desde o direito romano. O termo ainda não havia sido cunhado, mas seu conteúdo correspondia ao conceito de *mores*. A ordem fundada no *mores populi romani*, idéia mais próxima aos costumes que a lei, tinha até um agente público para controlá-la, o censor, que detinha o poder repressivo exercendo a sanção na modalidade de repressão pública — a *nota censoria*. No direito intermédio, a expressão surge como sinônimo de “bons costumes” e “interesses públicos”, na linguagem dos legistas e dos glosadores, com um lastro moral muito profundo no cristianismo. Ao chegar ao século XIX, o liberalismo reliberta o conceito laico, mas restringe-o, como seria de se esperar, a aspectos quase casuísticos. Com o advento do Estado do bem-estar social, a ordem pública se hipertrofia e passa a ser o conceito instrumental para o alargamento do papel interventivo do Estado nos vários campos da atividade humana; passa a servir não só ao poder de polícia e aos serviços públicos como ao ordenamento econômico e ao ordenamento social, as novas modalidades de ação do Estado presentes nas Constituições do século XX.

(22) PIMENTEL, Manoel Pedro. *Segurança Pública*, ob. cit., p. 288.

Embora modificada, no tempo e no espaço, em função das diversas concepções políticas e jurídicas, a ordem pública se apresenta hoje com alguns traços de geral reconhecimento, capazes de caracterizá-la como um conceito *jurídico*, antes e melhormente que um conceito legal." (28)

Convém, ainda, dar destaque ao *Quadro de Ação do Estado no Campo da Segurança Pública*, apresentado por DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA (fonte — *Direito Administrativo da Ordem Pública*, ob. cit., pp. 144 e 145):

## “1. Prevenção na ordem pública.

### 1.1. Dissuasão pela presença

- É a missão típica do policiamento ostensivo.
- Trata-se de *evitar* a perturbação potencial da ordem pública.
- A competência é da força pública dos Estados-Membros (Polícias Militares).

### 1.2. Dissuasão pela força

- É a missão típica do policiamento operativo.
- Trata-se de *impedir* a perturbação iminente da ordem pública.
- A competência é da força pública dos Estados-Membros (Polícias Militares), aplicada como força de dissuasão.

## 2. Repressão na ordem pública.

### 2.1. Repressão por contenção

- É também missão de policiamento operativo.
- Trata-se de *restabelecer* a ordem pública, contendo a perturbação deflagrada.
- A competência é ainda da força pública dos Estados-Membros (Polícias Militares), aplicada como força de repressão, precedendo ao eventual emprego das Forças Armadas.

### 2.2. Repressão por eliminação

- É missão de emprego operativo das Forças Armadas.

(28) MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Administrativo da Segurança Pública*. Em obra coletiva, *Direito Administrativo da Ordem Pública*. Rio de Janeiro, Forense, 1986, pp. 128 e 129.

— Trata-se de *reconstruir* a ordem pública eliminando a grave perturbação que a sacrificou, no todo ou em parte, empregando meios além da capacidade operativa das forças públicas dos Estados, que, não obstante, continuam a ser empenhadas em missões que lhes forem destinadas pela Força Terrestre à qual passam a integrar-se nas Forças Armadas.

— Neste nível de gravidade de perturbação da ordem, a competência passa à União e a doutrina tem considerado que, caracterizado o grave comprometimento da ordem pública, passa-se da Segurança Pública para a Segurança Interna, com todas as implicações políticas conseqüentes, especialmente a possibilidade de decretação do estado de sítio (arts. 155 e seguintes da Constituição).”

A projeção da Polícia Militar, no constitucionalismo brasileiro e na estrutura da Federação, vem, como era de se esperar, obtendo diversas maneiras de apreciação. Convém destacar o entendimento que publicistas, no setor do direito administrativo, como DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, vêm dando à matéria, no que se refere à ordem pública, sua manutenção e preservação, em uma época em que são questionadas várias das estruturas estatais clássicas, tendo em vista sua atualização e modernização, para acompanhamento do dinamismo da sociedade contemporânea.

Vários estudiosos têm salientado, em análises jurídicas, a ordem pública, o papel das instituições policiais, quando reconhecem que “as Polícias Militares são o instrumento, por excelência, da paz material na sociedade e, portanto, da ordem pública” (24).

#### 4 — *Papel das Polícias Militares*

A noção de polícia apresenta diversos critérios, que têm como finalidade a determinação de sua natureza, de seu objeto e conteúdo. Em sua compreensão mais ampla, é entendida como o exercício do poder público sobre pessoas e bens. Sua aceção mais restrita a compreende como poder, função, sistema de regras de organização, regras de caráter coercitivo. Destaca VILLEGAS BASAVILBASO que a doutrina dominante, principalmente a francesa e a italiana, restringe o conceito de polícia, limitando-o à proteção da segurança, da moralidade e da salubridade, ao passo que a doutrina americana estende-o ao âmbito econômico e social, desde que tenha como objetivo o bem-estar geral da comunidade e a regulamentação da vida econômica. Ressalta, ainda, BASAVILBASO a impossibilidade de circunscrevê-la fora da atividade estatal geral ou da atividade administrativa. As investigações sobre este tema acompanham as diversas modalidades de Estado, como seja o Estado absoluto, o Estado liberal e o Estado moderno, sujeito a um ordenamento constitucional e jurídico. Essas preocupa-

(24) FAGUNDES, Miguel Seabra. *Direito Administrativo da Ordem Pública*. Apresentação. Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. XI.

ções levam às análises em torno de seu fundamento e limites. Desde que a polícia é uma atividade estatal, com determinado fim, é preciso estabelecer os meios e órgãos de que se utiliza, envolvendo questões de direito constitucional e de direito administrativo. A palavra polícia apresenta, assim, configuração doutrinária complexa, cuja noção modifica-se de conformidade com o conceito de Estado. Este vocabulário deriva do latim *politia*, que por sua vez provém do grego *politeia*, com o significado de Constituição da cidade. Com o correr do tempo, a noção de polícia transforma-se. Entende-se como a boa ordem da sociedade civil, presidida pela autoridade estatal. Mais tarde, é compreendida como a boa ordem da coisa comum. Outros significados ocorrem, em que o *ius polittiae* não tem limitações jurídicas.

Em certa etapa dessa evolução, a noção de polícia aproxima-se da compreensão de que o poder estatal circunscreve-se à proteção da ordem jurídica e à manutenção da ordem. A polícia não reside na vontade do soberano, mas na vontade da lei. Já em 1794, entendia-se que a polícia tem por função adotar as medidas necessárias para a manutenção da paz, segurança e ordem pública, visando impedir os perigos que ameaçam o público ou qualquer das pessoas. O *Code de Delits et des Peines* (1795 — França) preceituava que a polícia foi instituída para manter a ordem pública, a liberdade, a propriedade e a segurança individual.

Salienta BASAVILBASO que no Estado de direito, cuja atividade está sempre sujeita à ordem jurídica, ocorre sempre a presunção em favor da liberdade de toda coerção estatal; desde que o que não está proibido é permitido, a noção de polícia adquire significação mais restrita, por imposição do sistema constitucional ao regime de direito.

Várias doutrinas são expostas por BASAVILBASO (Berthélemy, Hauriou, Rolland, Waline, Presutti, D'Alessio, Ranelletti, Romano, Manzini, Zanobini, Mayer, Fleiner, Merkl), para a compreensão da natureza da polícia. Alguns a consideram como serviço administrativo essencial ao Estado. Trata-se de um conjunto de serviços organizados, com o fito de assegurar a manutenção da ordem e a saúde, no interior do Estado. BERTHÉLEMY já distinguia a polícia administrativa e a polícia judicial.

Após suas referências a diversas doutrinas, o autor conclui: "A teoria dominante na doutrina continental européia entende por polícia uma seção qualificada da administração pública, que tem como objetivo a prevenção ou o combate às perturbações da ordem, mediante o emprego da coação" (25).

Entende, ainda, que a noção jurídica de polícia pode ser definida como uma função administrativa que tem por objeto a proteção da segurança, da moralidade, da salubridade pública e da economia pública.

(25) BASAVILBASO, Benjamin Villegos. *Derecho Administrativo — V — Limitaciones a la Libertad*. Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina, 1954, p. 83.



Destaca esse publicista a distinção conceitual entre polícia e poder de polícia. A noção da primeira é mais ampla.

Convém destacar a diversidade de classificações que comporta a instituição da polícia, em razão da jurisdição; dos fins; da matéria; das formas de atividade ou do objeto da coação.

JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, referindo-se às várias modalidades de Polícias, ressalta: "Por isso, em todos os países, há um organismo encarregado de manter a ordem. Esse organismo é a Polícia, que age com base no Poder de Polícia. Entre as várias modalidades de Polícias, ressalta, por sua incontestável importância, a Polícia Militar, órgão cuja finalidade é, observados os parâmetros traçados, em lei federal e em lei local, garantir a ordem, nos vários Estados da Federação, pelo que, no início deste estudo, teremos de recapitular algumas noções preliminares" (26).

RAFAEL BIELSA, no capítulo em que trata da Organização Militar, destaca o regime jurídico do serviço e da organização administrativa do Exército, mostrando a relação entre o direito administrativo e o regime militar, no que se refere a temas como:

- sistema jurídico relativo à "obrigatoriedade" do serviço para os cidadãos;
- princípios constitucionais e legais da estruturação do Exército e de seus quadros;
- regime disciplinar e jurisdicional que, apesar de ter substancialidade própria, toma diversas normas do direito administrativo como as referentes à função pública e outras;
- vinculação da atividade do Exército, com os direitos dos administrados, como o de requisições de propriedade.

Entende, ainda, RAFAEL BIELSA, como objeto da ciência da administração os princípios e as regras que derivam das diretivas políticas do Estado, a política militar. Nem a política, nem a ciência da administração confundem-se com as ciências militares (estratégia, logística, tática e organização).

Referindo-se aos princípios constitucionais, ressalta, ainda, que são fins essenciais do Estado prover a defesa comum, consolidar a paz interior, fazer valer a lei e a estabilidade das instituições (27).

As relações entre ordem pública e ordem jurídica são constantes; sob a perspectiva constitucional, elas se completam. O Estado deve man-

(26) CRETILLA JÚNIOR, José. *Polícia Militar e Poder de Polícia no Direito Brasileiro, em Direito Administrativo da Ordem Pública*. Obra Coletiva. Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 160.

(27) BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. Los agentes de la Administración pública. Funcionarios y empleados. El dominio público. Tomo III, Buenos Aires, Depalma, 1966, 5ª ed., pp. 311 e ss.

tê-las e assegurá-las. A perturbação material da tranqüilidade pública, mesmo que não lesione os direitos subjetivos, nem interesses legítimos dos indivíduos, altera a ordem pública, afetando a ordem jurídica, desde que a perturbação é ilícita.

O conceito de ordem pública sugere, normalmente, a idéia de um correlativo conceito de polícia. A noção de ordem pública, no direito administrativo, está circunscrita à idéia de ordem material, externa e objetiva. A ordem pública é alterada pela ocorrência de desordens e manifestações materiais; os propósitos de perturbação são traduzidos por fatos que geram a desconfiança e a inquietação. Havendo perturbação da ordem pública, a polícia de segurança tem o dever de manter a ordem, desenvolvendo duas funções essenciais: preventivas e repressivas.

No exame de suas funções, destaca RAFAEL BIELSA que:

“1) deve estar constantemente *prevenida*, com o objetivo de impedir qualquer perturbação da ordem: seu fim principal é prevenir, não reprimir;

2) exerce as faculdades que constituem a *fase executiva* do “poder de polícia”, isto é, as funções de regulamentação e coerção, respeitados os limites da Lei Fundamental, dos princípios de liberdade e dos direitos civis e políticos, reconhecidos e garantidos.” (28)

O Decreto-Lei nº 667, de 2-7-1969, dispõe sobre a organização, estrutura, pessoal, instrução e armamento, justiça e disciplina das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares dos Estados-Membros, Distrito Federal e Territórios, alterado pelo Decreto-Lei nº 2.010, de 12-1-83.

O atual sistema constitucional positivo define as Polícias Militares como instituições encarregadas de manutenção da ordem pública, competindo, no que se refere à condição de forças auxiliares, reserva do Exército, ao Ministério do Exército exercer o controle e a coordenação das Polícias Militares, por intermédio do Estado-Maior do Exército, dos Exércitos e Comandos Militares de Áreas e das Regiões Militares. Nesse sentido, o Estado-Maior do Exército exerce a sua competência, em todo o território nacional, por meio da Inspeção-Geral das Polícias Militares.

O Comando da PM, em princípio, é exercido por Oficial da ativa do último posto da própria corporação. Ocorre o provimento do cargo por decreto do Governador, mediante prévia aprovação do Ministério do Exército.

No que se refere à competência legislativa estadual, o regime jurídico das Polícias Militares é fixado pela legislação federal, nos termos do art.

(28) BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. El poder de policía. Limitaciones impuestas a la propiedad privada en interés público. Administración fiscal. Tomo IV, Buenos Aires, Depalma, 1956, pp. 87 e ss.

8º, XVII, alínea V, da Constituição da República: “As *polícias militares*, instituídas para a manutenção da ordem pública nos Estados, nos Territórios e no Distrito Federal, assim como os Corpos de Bombeiros Militares, são consideradas forças auxiliares, reservas do Exército” (art. 13, § 4º). Subordinam-se ao órgão que, nos governos dos Estados, Territórios e no Distrito Federal, for responsável pela ordem pública e pela segurança nacional (Decreto-Lei nº 667, de 2-7-1969). Esse órgão é a Secretaria da Segurança Pública.

“São, pois, as Polícias Militares corporações militarizadas dos Estados-Membros, Territórios e Distrito Federal, mas é da competência da União legislar sobre sua organização, efetivos, instrução, justiça e garantias e condições de incorporação, inclusive mobilização (art. 8º, alínea V). Cabe-lhes o *policiamento ostensivo*, fardado, planejado pelas autoridades policiais competentes, a fim de assegurar o cumprimento da lei, a manutenção da ordem pública e o exercício dos Poderes constituídos, bem como atuar de maneira preventiva, como força de dissuasão, em locais ou áreas específicas, onde se presume ser possível a perturbação da ordem, e *atuar de maneira repressiva*, em caso de perturbação da ordem, precedendo o eventual emprego das Forças Armadas (Decreto-Lei nº 667, de 2-7-1969).” (29)

As preocupações sobre a natureza, função e finalidade das instituições policiais têm merecido múltiplos desdobramentos:

“Os autores mais modernos, porém, conferem à polícia uma função específica e diferenciada da atividade administrativa propriamente dita. A Polícia caberia a tarefa peculiar e única de evitar a alteração da ordem jurídica.

Considerando que essa tarefa pode ser realizada por diversos modos, dividem a Polícia em Administrativa e de Segurança.

A Polícia Administrativa teria a função de assegurar a boa marcha e o êxito da administração, mediante medidas de controle permanente, no exercício de uma atividade fiscalizadora.

A Polícia de Segurança incumbiriam as medidas tendentes a evitar dano ou perigo para as pessoas e bens jurídicos individuais ou coletivos. Segundo essa doutrina, a Polícia Judiciária estaria incluída no âmbito da Polícia de Segurança.

Os tratadistas de direito administrativo ensinam que a polícia exerce um poder discricionário, mas jamais um poder arbitrário, conceitos essencialmente distintos.

(29) SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, 2ª ed., Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 210.

O arbitrio não conhece ou despreza o direito, ao contrário da discricão, que é uma atividade exercida com alguma flexibilidade e mobilidade, mas sempre dentro dos limites traçados pelas regras jurídicas.” (80)

Nesse período de reformulação constitucional, vários são os trabalhos que se dedicam à posição da Polícia Militar na futura Constituição, sendo que alguns deles têm destacado sua atuação como agente do poder público junto à comunidade:

“As Polícias Militares, reafirmamos, hão de continuar figurando na Carta Magna, porque constituem força que se põe a serviço do direito e, na qualidade de força pública militar, é na Constituição que devem estar inseridos princípios que estabeleçam a medida e o controle dessa força. Além do mais, segurança pública, integrando um amplo sistema de defesa social, é hoje uma prioridade inquestionável, sendo necessário, portanto, que a Carta Magna estabeleça normas pertinentes, inclusive de acoplamento ao sistema de defesa nacional.” (81)

Nessa fase que antecede aos trabalhos de elaboração constitucional, conforme ressaltamos, vários são os temas que geram polêmicas.

De maneira específica, surge a preocupação sobre a destinação a ser dada, no texto constitucional, às Polícias Militares. No contexto dessas indagações, ressalta-se a preocupação em se acentuar, ou não, as funções de policiamento de segurança pública, encarando-as como prioritárias e fundamentais, delimitando o entendimento sobre os prejuízos que poderiam surgir, no que se refere à finalidade do serem forças auxiliares, reserva do Exército, nos termos das Constituições mencionadas anteriormente. Controvérsias têm surgido sobre essas disposições do texto constitucional, bem como no que se refere à legislação federal das Polícias Militares:

“Instituídas para finalidades nitidamente policiais, na manutenção da ordem pública, com missões adicionais de segurança interna (e por isso consideradas forças auxiliares, reserva do Exército), compete às Polícias Militares executar, com exclusividade, o policiamento ostensivo fardado, planejado pela autoridade competente, a fim de assegurar o cumprimento da lei,

---

(80) HAHN, José Antônio. Serviços de Informação e Polícia. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Número especial sobre temas constitucionais. B. Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, n.ºs 60/61, jan./jun. 1985, p. 527.

(81) AFFONSO, Leonel Archanjo. *Polícia Militar e Constituinte*. Mensagem do Comandante-Geral da Polícia Militar de Minas Gerais aos participantes do V Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, realizado em Belo Horizonte, no período de 17 a 21 de agosto de 1986, p. 63.

a manutenção da ordem pública e o exercício dos poderes constituídos.

Por força da mesma legislação federal que a instrui e ordena, a Polícia Militar integra-se nas atividades de segurança pública nos seus respectivos Estados, imprimindo uma política na execução de suas missões, no que concerne ao policiamento fardado urbano, não só deduzida dos fundamentos que lhe são ditados pela legislação específica, como também vinculada à orientação que lhe dá o órgão que no Estado cuida dos negócios da segurança pública.

A finalidade precípua de uma força policial, em toda e qualquer sociedade democrática, é a de assegurar a ordem pública, compreendida com a promoção da convivência harmoniosa e pacífica dos cidadãos. Ordem pública que se escora, fundamentalmente, nos valores e padrões culturais, éticos e morais da própria sociedade e se vincula à ordem jurídica estabelecida.

No Brasil, desde os primórdios do século XIX, a manutenção da tranquilidade pública e o auxílio à Justiça foram missões remetidas à responsabilidade da instituição que hoje é denominada Polícia Militar, conforme se pode depreender da lei que autorizou sua criação, datada de 10 de outubro de 1831.

Desde então, a instituição policial militar foi destinada ao patrulhamento das ruas, atuando preventivamente, ou no serviço opressivo, na detenção de infratores da lei encontrados na prática de delitos. Uma organização policial colocada a serviço da comunidade, no atendimento dos pedidos de ajuda, no combate e extinção de incêndios, na escolta de presos de qualquer natureza, e no serviço de ordenação do trânsito." (32)

As indagações acerca dos assuntos em pauta vêm reclamando a atenção de vários estudiosos, sendo que alguns deles enfrentam a problemática da competência do Estado-Membro, para a preservação da ordem pública; as tarefas deferidas à Polícia Civil, no que se refere à investigação criminal; bem como a possibilidade da existência de uma vigilância ostensiva e preventiva, com a criação de quadros de agentes uniformizados. Esse entendimento poderá levar até à eliminação das Polícias Militares estaduais ou ao seu aquartelamento definitivo.

Esquecem-se da real natureza das Polícias Militares dos Estados componentes da Federação, retirando sua missão essencial de guardiãs da ordem pública, de caráter permanente e ostensivo. Muitas vezes,

(32) FERRARINI, Edson. A Constituinte e as Polícias Militares. *O Estado de S. Paulo*, 16 de dezembro de 1986, p. 38.

conforme mostra DALMO DE ABREU DALLARI, surgem procedimentos que tentam unificar as Polícias Civil e Militar sob um comando unificado. (33)

A evolução do posicionamento institucional das Polícias Militares, no Brasil, vem ocupando papel de relevo no que se refere às corporações estaduais e ao seu encargo de mantenedoras da ordem pública. Não apenas no que toca à localização das Polícias Militares nos textos constitucionais, como no que se refere à permanência das mesmas na esfera das matérias deferidas à Constituição Federal, como forças responsáveis exclusivas pela manutenção da ordem pública e como forças auxiliares, reserva do Exército, vem sendo dirigida a curiosidade dos pesquisadores de temas gerais e específicos da futura Constituição: "A Polícia Militar, por igual sorte, como instituição que há século se destina à manutenção da ordem e da segurança pública nos Estados-Membros da Federação brasileira, caberá também a oportunidade e a conveniência da análise da configuração constitucional que vem possuindo nas sucessivas Leis Fundamentais do país. E seu resguardo no campo do direito constitucional há que ser consentâneo à sua significância institucional e à representação corporativa de natureza pública que possui. Nesta análise, levar-se-á em conta o fato fundamental de que as corporações policiais militares, instituídas para cumprirem o papel de guardiãs da ordem e da segurança pública, sempre estiveram vinculadas, direta ou indiretamente, ao regime político dominante". (34)

HEITOR LUIZ GOMES DE ALMEIDA, a título de sugestões a serem levadas para o futuro texto constitucional, destaca os seguintes itens:

- preservar a destinação das Polícias Militares na manutenção da ordem pública;
- manter as PMs militarizadas, como reservas do Exército;
- inserir a competência exclusiva das PMs na execução do policiamento ostensivo fardado;
- assegurar a competência da Justiça Militar estadual para o processo e julgamento dos policiais militares nos crimes definidos em lei." (35)

Vários têm sido os trabalhos que, além de levantarem questões constitucionais, procuram destacar o papel da Polícia Militar dentro da atual

(33) DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Pequeno Exército Paulista*, São Paulo, Editora Perspectiva, 1977, p. 78.

(34) SOUZA, Benedito Celso de. *A Polícia Militar na Constituição*, São Paulo, Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1986, pp. XVIII e XIX.

(35) ALMEIDA, Heitor Luiz Gomes de. *A Justiça Militar Estadual. O Alferes. Polícia Militar do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, a. 4, n.º 10, jul./set. 1986, p. 14.

conjuntura da segurança pública, com destaque de aspectos que dificultam a tranqüilidade social:

- facilidade do cidadão em se armar;
- não aplicação da Lei das Contravenções Penais;
- deficiências estruturais do Poder Judiciário;
- falhas do sistema prisional;
- dificuldades do organismo policial;
- menor abandonado;
- proliferação dos entorpecentes;
- crise de autoridade e de responsabilidade;
- inversão de valores;
- excesso de indulgência;
- violência urbana. (36)

Nesse trabalho, apresentado à Comissão de Estudos Constitucionais, ao Comitê 10 — “Defesa do Estado, da Sociedade Civil e das Instituições Democráticas” —, são feitas sugestões da Polícia Militar de Minas Gerais, para adoção de princípios gerais de organização, justiça e garantias da Polícia Militar dos Estados, Territórios e Distrito Federal, bem como condições gerais de sua convocação e mobilização.

A Polícia de Segurança Pública, em seus desdobramentos como preventiva da criminalidade, repressiva das perturbações à ordem pública, visando a harmonia e tranqüilidade social, é assim descrita por Diogo de FIGUEIREDO MOREIRA NETO: “As atribuições da Polícia de Segurança Pública são hoje desempenhadas, em nosso País, senão integralmente, quase em sua totalidade, pelas Polícias Militares. São elas, as Forças Públicas estaduais, as responsáveis pelo policiamento ostensivo, e estendendo-se às operações de segurança interna que precedem, imediatamente, o eventual emprego das Forças Armadas” (37).

Destacam os comentadores da matéria a projeção da segurança pública, como serviço essencial à sociedade, tendo em vista o aumento dos índices de criminalidade e de violência, a merecerem contenções seguras

---

(36) AFFONSO, Leonel Archanjo. Polícia Militar e Constituição, *O Alferes*. Polícia Militar do Estado de Minas Gerais. B. Horizonte, a. 4, n.º 9, abr./jun. 1986, pp. 101 a 103.

(37) MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Instrução Criminal e Democracia. *O Alferes*. Polícia Militar do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, a. 5, n.º 12, jan./mar. 1987, p. 15.

e definitivas. KLINGER SOBREIRA DE ALMEIDA refere-se à segurança, nos seguintes termos:

“Reporto-me à segurança do indivíduo, à segurança da comunidade. Reporto-me à segurança no seu enlace comunitário: segurança da família, segurança da propriedade, segurança dos valores culturais e morais da sociedade.

Sim. Esta é a segurança que, hodiernamente, está em voga. É a segurança no seu sentido essencial, bem subjetivo mas também objetivo, que diz respeito ao indivíduo, à sua família, ao seu núcleo comunitário. É a verdadeira dimensão subjetiva do conceito de segurança pública: valor geral, comum e vital de todas as comunidades.

Esta segurança está tão em voga porque vive uma crise sem precedentes. É uma crise nacional. Uma crise que assola, principalmente, as grandes urbes, esses estuários que cresceram desordenados na voragem de uma descontrolada migração interna, uma inconsequente explosão demográfica, uma insensata avalanche de miséria social com seus subprodutos — fome, desemprego, prostituição, vadiagem, mendicância, tóxico, analfabetismo, infância abandonada etc. — a nos rondar, a inserir-se no conteúdo da criminalidade violenta.” (38)

O papel da Polícia Militar passou, nos últimos anos, a ser verificado de maneira mais ampla, com trabalhos, provenientes de estudiosos pertencentes às próprias corporações, que destacam o papel de uma Polícia Comunitária, tida como necessidade social básica; com propostas de uma nova organização policial com reflexões sobre a deontologia policial (39).

A manutenção da ordem pública dependerá de um ajustamento da variedade de temas mencionados nesta exposição; daí o significado da determinação do papel a ser atribuído à Polícia Militar, no que concerne à segurança do cidadão e da coletividade. Na efetivação de suas funções, decorrentes do texto federal e daqueles que compõem a diversidade dos sistemas constitucionais dos Estados-Membros, está inserido o perfil básico das Polícias Militares dos Estados, através da conciliação do reconhecimento dos direitos essenciais da pessoa humana com o padrão técnico-profissional de seus agentes e a eficácia dos que realizam segura manutenção da ordem pública.

(38) ALMEIDA, Klinger Sobreira de. A Crise de Insegurança e a Resposta das Polícias Militares, em *Mensagens Profissionais*. Palestras sobre Problemas da Atividade Policial-Militar. Belo Horizonte, Imprensa Oficial, 1987. p. 27.

(39) ALMEIDA, Klinger Sobreira de. Polícia: a nobreza da missão e os seus paradoxos. O *Alferes*. Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, a. 4, n.º 11, out./dez. 1986, pp. 7 e ss.; idem, Organização Policial Brasileira. O *Alferes*, n.º 7, set./dez., 1985, pp. 63 e ss.; CASTRO, José Lutz de. Polícias Militares: Uma Análise Evolutiva. O *Alferes*, a. 5, n.º 12, jan./mar. 1987, pp. 33 e ss.



# Relações exteriores e Constituição

PAULO ROBERTO DE ALMEIDA

Mestre em Economia Internacional e Doutor em Ciências Sociais pela Universidade de Bruxelas. Professor de Sociologia Política na Universidade de Brasília e no Instituto Rio Branco

Assistiu-se nos Estados Unidos, nas duas últimas décadas, a uma reafirmação do papel do Congresso nos temas de política externa e de relações internacionais, processo em parte motivado pela crise política provocada pela Guerra do Vietnã e pela perda de legitimidade do Executivo em consequência do escândalo de Watergate.

No Brasil, após a experiência de amplo controle legislativo durante o Império, ocorreu um progressivo esvaziamento das funções de fiscalização e de elaboração de diretrizes políticas para as relações exteriores do País. A diminuição acentuada da participação do Legislativo na formulação e no controle da política externa foi ainda mais agravada pelo reforço do Executivo em fases de dominação autoritária.

O período atual, marcado tanto pela crise do setor externo da economia, em suas dimensões financeiras, como pelo reordenamento constitucional do País, tende a favorecer a recuperação do papel do Legislativo no processo decisório em política externa, notadamente através de um controle mais estrito da processualística constitucional dos atos internacionais. A recuperação da competência congressual nesse terreno não se esgota, porém, no

âmbito constitucional, mas deve igualmente implicar na preparação adequada dos parlamentares e na crescente especialização do **staff** congressional.

“O controle das relações exteriores nas democracias modernas cria uma nova e urgente necessidade de [desenvolver a] educação popular nos assuntos internacionais” (1). Assim começava o artigo de ELIHU ROOT no número inaugural da revista **Foreign Affairs**, no outono de 1922. A tese de ELIHU ROOT, então o mais eminente estadista norte-americano, era simples: já que, numa democracia, o povo é responsável pelo controle e pela condução da política externa [**control and conduct of the foreign policy**] ele deveria ser instruído na matéria [**should learn the business**]. O ex-Secretário de Defesa de McKinley e ex-Secretário de Estado de Theodore Roosevelt escrevia ainda sob a influência da **open diplomacy** inaugurada por WOODROW WILSON. Mas o próprio WILSON, que tinha começado sua vida pública advogando um maior controle parlamentar sobre os assuntos do Estado — seu livro **Congressional Government** é de 1885 (2) —, deixou o cargo presidencial em 1921 amplamente frustrado pela recusa do Senado em ratificar o Tratado de Versalhes, que trazia em seu bojo o acalentado projeto da Liga das Nações (3).

Os Estados Unidos ingressavam então numa era isolacionista que só seria rompida pelo ataque a Pearl Harbor, que alterou também radicalmente o relacionamento entre o Executivo e o Legislativo norte-americanos em matéria de política externa pelas três décadas seguintes (4). A **imperial Presidency** em termos de relações internacionais só seria revertida com o terrível choque

---

(1) ELIHU ROOT: “A Requisite for the Success of Popular Diplomacy” in HAMILTON FISH ARMSTRONG (ed.): **The Foreign Affairs Reader** (New York: Council on Foreign Relations, 1947), 1-9, cf. p. 1. Sessenta e cinco anos depois, o conselho de ELIHU ROOT ainda parece adequado.

(2) Ver o artigo de DAVID M. ABSHIRE, “Foreign Policy Makers: President vs. Congress” in DAVID M. ABSHIRE e RALPH D. NURNBERGER (eds.): **The Growing Power of Congress** (Washington: The Center for Strategic and International Studies, 1981), 21-114, cf. p. 23.

(3) Cf. CHARLES P. WHALEN, Jr.: **The House and Foreign Policy — the Irony of Congressional Reform** (Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1982), p. 11.

(4) Idem, p. 12.

provocado pela Guerra do Vietnã, que introduz um novo padrão na postura internacional do Congresso norte-americano<sup>(5)</sup>. Seja como for, a recomendação do velho ELIHU ROOT parece ter deitado fundas raízes no sistema constitucional norte-americano, abrindo caminho para que o público em geral e os representantes políticos em especial passassem a **know better** e a se interessar mais de perto pela complexa problemática das relações internacionais. Já na própria época de ROOT, um diplomata norte-americano publicava um instrutivo livro sobre a necessidade de maior "transparência" na formulação e na execução da política externa ressaltando a participação congressual nesse processo<sup>(6)</sup>. A criação do **Council on Foreign Relations** representa, de certo modo, um passo no sentido da **popular diplomacy** advogada por ROOT, ainda que esta não tenha se tornado tão **open** quanto o pretendido por WILSON. Ainda assim, depois de várias décadas de predominância do Executivo na elaboração e na implementação da política externa norte-americana — em parte explicável por um inteiro período de crises contínuas: depressão, conflito mundial, guerra fria — o Congresso voltou a reafirmar-se gradativamente no campo das relações exteriores, inclusive ao ponto de paralisar a iniciativa presidencial em determinadas ações externas.

No Brasil, a evolução histórica parece ter adotado o caminho inverso, ou seja, a de uma crescente diminuição do papel do Parlamento e dos grupos de interesses na condução da política externa do País. Como demonstrou o Professor AMADO CERVO em seu admirável trabalho de pesquisa histórica, durante o Império coube ao Parlamento um papel preponderante nas orientações e iniciativas tomadas pela diplomacia brasileira, não apenas do ponto de vista de sua influência política, mas igualmente no sentido do redirecionamento de determinadas linhas da política externa imperial<sup>(7)</sup>. A República, ao contrário, agiu no sentido do distanciamento cada vez maior do corpo representativo das decisões executivas em matéria de relações exteriores do Brasil.

---

(5) Na verdade, foi o Congresso quem terminou com a Guerra do Vietnã, notadamente através da instituição do veto legislativo a determinadas iniciativas presidenciais em matéria de política externa; por trás desse desenvolvimento há o crescimento do **staff** congressual, um verdadeiro exército de **experts** que contesta e desafia as posições assumidas pela Casa Branca e pelo Departamento de Estado. Ver THOMAS M. FRANCK e EDWARD WEISBAND: **Foreign Policy by Congress** (New York: Oxford University Press, 1979).

(6) Ver C. DEWITT POOLE: **The Conduct of Foreign Relations under Modern Democratic Conditions** (New Haven: Yale University Press, 1924).

(7) AMADO LUIZ CERVO: **O Parlamento Brasileiro e as Relações Exteriores, 1826-1889** (Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981). O processo decisório, em política externa, resultava, como demonstrou o Prof. CERVO, da interação de quatro poderes: o imperador, o gabinete (incluindo a diplomacia), o Conselho de Estado e o Parlamento.

É verdade que tal tendência não resulta apenas da vontade política dos mandatários de plantão, mas deriva do próprio processo de modernização social e política da Nação, que acarreta, paralelamente, a marcha irresistível da burocratização das instituições governamentais.

No campo da política externa, a profissionalização dos quadros diplomáticos e a abertura da carreira aos méritos podem ter funcionado não apenas como poderosas alavancas de democratização social, mas também como fatores inibidores da “osmose” que a instituição parlamentar sempre manteve com a instituição diplomática nas sociedades elitistas. Até as primeiras décadas deste século, praticamente todas as Chancelarias dos grandes países ocidentais eram dominadas por personalidades oriundas das chamadas *ruling classes*, que também enviavam representantes ao Parlamento. O poder das classes tradicionais — especialmente das famílias cuja riqueza era ligada à propriedade fundiária — sobre o funcionamento das Chancelarias das principais nações européias era tão completo que o historiador “revisonista” ARNO MAYER prefere apontar os fatores de atraso, ligados à persistência do “feudalismo”, e não os supostos fatores de progresso, derivados da nova civilização capitalista e burguesa, como os verdadeiros responsáveis pelo desencadeamento da Primeira Grande Guerra, que devastou o continente e arruinou definitivamente a hegemonia européia sobre os negócios do mundo <sup>(8)</sup>.

Durante o período imperial, a diplomacia brasileira pode não ter sido nem muito *open*, nem suficientemente *popular*, segundo os requisitos apontados por ROOT, mas parece ter contado com um grau razoável de controle parlamentar para tornar-se representativa dos interesses da Nação como um todo. “A forma que o controle legislativo do Executivo toma numa nação depende prioritariamente do quadro constitucional, mas evolui a partir dele, com o desenvolvimento histórico e as tradições do Legislativo e do sistema político <sup>(9)</sup>. Como demonstrou o historiador AMADO CERVO, o papel exercido pelo Parlamento brasileiro sobre a política externa, durante o Império, incidiu em três direções:

“O Parlamento desempenha, primeiramente, uma função de controle direto das relações externas, através da lei, seu instrumento próprio de ação. (...) Em segundo lugar, compete ao Parlamento vigiar e fiscalizar precisamente o desempenho dos agentes das relações exte-

---

(8) Ver ARNO J. MAYER: *The Persistence of the Old Regime: Europe to the Great War* (London: Croom Helm, 1981).

(9) Cf. JOSEPH HARRIS: *Congressional Control of Administration* (Washington, D.C.: The Brookings Institution, 1973), p. 280.

riores, buscando, em princípio, julgar sua adequação ou não com o interesse nacional em jogo ou, pelo menos, com aqueles de determinados segmentos da sociedade. A função do Parlamento, sob este aspecto, independe da elaboração da lei, porque se define através da crítica, do posicionamento e das atitudes tomadas diante dos fatos, podendo induzir mudanças no desempenho dos referidos agentes. Quando o debate amadurece, sob a influência da reflexão, da experiência e do estudo, atinge-se o terceiro nível da atuação parlamentar: a geração de idéias, de teorias e doutrinas, ou seja, o nível de elaboração do pensamento político, que se consubstancia em diretrizes de política externa. (...) O Parlamento brasileiro exerceu as três funções acima descritas, durante o século da monarquia" (10).

Mais do que o regime político republicano, a centralização de poderes operada pelo aparelho executivo do Estado e a já citada profissionalização e crescente especialização da carreira diplomática progressivamente alijaram o corpo representativo do processo decisório em política externa. O impacto das relações exteriores do País na atividade político-partidária e nos debates correntes no Parlamento também tornou-se substantivamente menos importante à medida que gerações de políticos treinados apenas em temas domésticos foram substituindo os velhos próceres educados na Europa e dotados de educação cosmopolita. Como bem disse GILBERTO AMADO a propósito da escolha dos representantes "populares" na Primeira República, "as eleições eram falsas, mas a representação era verdadeira", querendo significar com isso a relevância assumida pela participação no Parlamento de homens dotados de inegáveis qualidades pessoais e intelectuais, mas desprovidos, sem o recurso à "fraude eleitoral", de condições políticas para a obtenção "normal" de um mandato eletivo. Finalmente, as experiências autoritárias inauguradas respectivamente pelo golpe do "Estado Novo" de novembro de 1937 e pelo movimento civil-militar de março-abril de 1964 contribuíram, em larga medida, para o afastamento do corpo representativo do processo decisório em política externa, confirmando talvez o padrão "usual" do relacionamento Executivo-Legislativo no contexto latino-americano em matéria de relações exteriores.

Com efeito, como indica o Professor JOSÉ FRANCISCO REZEK, "c'est une réalité assez connue que les parlements en Amérique Latine n'ont pas de compétences autonomes ou dynamiques

---

(10) Cf. CERVO: *O Parlamento Brasileiro e as Relações Exteriores*, ob. cit., s.p., ver "Introdução".

en ce qui concerne la conduite des relations internationales: leurs compétences impliquent comme substance le contrôle des actes du Pouvoir Exécutif, et ne sont exercées que d'une façon accessoire, en présupposant toujours l'initiative ou l'action préalable des Gouvernements" (11). A autonomia e o dinamismo do Parlamento em matéria de política externa dependem prioritariamente, como se disse, do quadro constitucional existente, mas a existência de mecanismos informais de controle e de supervisão pode igualmente complementar as determinações constitucionais nesse campo. No Brasil, como se sabe, os partidos políticos, de um modo geral, e o Legislativo, em especial, sempre se caracterizaram por reduzido coeficiente de abertura internacional, o que fez com que o pêndulo da política externa pendesse sempre para o lado do Presidente e da burocracia especializada.

A política externa sempre foi uma área de preocupação relativamente secundária na reflexão teórica e na prática corrente da maior parte dos partidos políticos republicanos (12). A experiência institucional brasileira nessa matéria confirma que, tanto no regime pluripartidário de 1946 como no período bipartidista inaugurado em 1966, os partidos políticos mantiveram-se ou foram mantidos à margem do processo decisório na área da política externa. Por outro lado, sem que tivessem sido alterados, substancialmente, os dispositivos constitucionais regulando a participação congressual no controle das relações internacionais do País, observou-se, durante o regime de 1964, uma notável redução do papel do Parlamento enquanto arena política de debates e de formulação de opiniões sobre o curso adotado pelas relações exteriores do Brasil. Ao contrário, apesar da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, ter realizado acréscimo da expressão "atos internacionais" ao art. 44, I, do texto constitucional vigente, que regula a competência exclusiva do Congresso Nacional para resolver definitivamente sobre os tratados e convenções internacionais celebrados pelo Presidente da República, persistiu a prática, pelo Executivo, dos acordos em forma simplificada, e excluídos, desse fato, da necessária apreciação legislativa (13).

(11) Cf. JOSÉ FRANCISCO REZEK: *La Conduite des Relations Internationales dans le Droit Constitutionnel Latinoaméricain* (Thèse pour le Doctorat de L'Université de Paris, 1970), p. 59.

(12) Ver, a propósito, PAULO ROBERTO DE ALMEIDA: "Partidos Políticos e Política Externa", *Revista de Informação Legislativa* (23:91: jul.-set. 1986: 173-218).

(13) A referência obrigatória sobre a questão é a Tese de Mestrado do internacionalista ANTONIO PAULO CACHAPUZ DE MEDEIROS: *O Poder Legislativo e os Tratados Internacionais* (Porto Alegre: L&PM — Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, 1983), cf. pp. 172-175. Ver também, do mesmo autor, "O Controle Legislativo dos Atos Internacionais", *Revista de Informação Legislativa* (22:85: jan.-mar. 1985: 205-232).

A transição, a partir de 1979, de um sistema bipartidário imperfeito — isto é, deformado pela imposição de um partido artificialmente dominante, impedindo a alternância no poder — para um regime de pluralismo moderado, significou, na vida político-partidária do País, uma maior latitude institucional para a discussão dos temas de política externa no âmbito do Congresso. O encerramento do chamado “ciclo militar” no processo político nacional representou, ao mesmo tempo, a volta, ao cenário político brasileiro, do velho estilo de negociações interpartidárias nas diversas esferas da estrutura de poder, o que pode vir igualmente a repercutir sobre a comunidade da política externa.

A persistência provisória de um multipartidarismo exagerado pode obscurecer os contornos exatos do novo sistema partidário em formação, mas confirma, indiretamente, esse fato novo do cenário político: a organização política da sociedade passa necessariamente pelos partidos políticos. O atual período de transição político-partidária deverá arrastar-se bem além do processo de reordenamento constitucional do País, recentemente inaugurado, suprimindo e fazendo desabrochar partidos durante pelo menos mais dois escrutínios gerais depois das eleições à Constituinte de 15-11-86. Qualquer que seja o cenário que emergirá dos atuais alinhamentos ideológicos e regionais em torno das formações existentes ou potenciais, o sistema político brasileiro tornou a apresentar-se sob sua feição pluralista, e a competição política se dará essencialmente nos terrenos partidário e eleitoral. Assim, ainda que a estrutura do processo decisório em matéria de políticas públicas tenda a preservar as fronteiras atuais entre atores executivos — Presidência, Gabinete ministerial, burocracias especializadas — e não-executivos — Congresso, partidos, comunidade empresarial, sindicatos, Igreja, imprensa etc. — os grupos politicamente organizados, e em primeiro lugar os partidos políticos, ganham em relevância e capacidade de intervenção em direção do Estado <sup>(14)</sup>.

É nesse contexto que deve ser examinada a questão da política externa e das relações exteriores do Brasil em face do reordenamento constitucional do País. Deve-se notar, antes de mais nada, que a persistência de séria crise no setor externo, econômico e financeiro, do País, não deixará de incidir diretamente nos debates políticos que serão travados no âmbito do Congresso Constituinte, prevendo-se mesmo uma atenção inusitada aos temas

(14) Cf. ALMEIDA: “Partidos Políticos e Política Externa”, op. cit., pp. 211-2.

ligados às relações internacionais do Brasil e à forma de sua inserção no sistema econômico mundial. Em nenhum outro processo constituinte brasileiro — salvo talvez no de 1823, mas frustrado, como se sabe, pela intervenção autoritária de D. Pedro I — o setor externo esteve tão presente: as opções de política econômica e de postura internacional do Brasil com que se defrontarão os constituintes de 1987 afiguram-se cruciais.

O Congresso Constituinte de 1987, à diferença das Assembléias Constituintes de 1891 e de 1934, mas de forma semelhante à experiência de 1946, trabalhará sem um anteprojeto oficial, a despeito mesmo da existência de um “Anteprojeto Constitucional” elaborado, a pedido do Executivo, pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (15). É muito provável, porém, que, dada sua abrangência temática e suas inovações em matéria de organização dos poderes, o texto elaborado pela chamada “Comissão Afonso Arinos” venha a servir de “caderno de consultas” aos constituintes individuais, quando não de fonte oficiosa de referências aos diversos grupos de trabalhos que não deixarão de constituir-se no Congresso Constituinte. Nessa condição, os dispositivos relativos às relações internacionais do Brasil inscritos nesse Anteprojeto Constitucional são suscetíveis de virem a integrar a nova Carta Magna do País, merecendo, como tal, uma reflexão específica.

Uma primeira questão que se coloca é a do sistema de Governo, que dependerá evidentemente da corrente política predominante no Congresso Constituinte — presidencialista ou parlamentarista — mas que o Anteprojeto Constitucional pretende que seja híbrido, combinando dispositivos de ambos os sistemas, numa caracterização que ficou conhecida como “dualismo de complementaridade”. Admitindo-se que esse “parlamentarismo presidencialista” venha a ser adotado sob uma forma mais ou menos mitigada, a principal consequência para o sistema político será a de aumentar a competência congressual em todos os níveis da atividade política institucional, introduzindo portanto a co-responsabilidade no processo decisório. A estrutura do processo decisório (**decision-making process**) ao nível do sistema de Governo ficaria nesse caso dividida entre quatro instâncias de poder: o Presidente, o Conselho de

---

(15) ANTEPROJETO CONSTITUCIONAL (Elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto 91.450, de 18-7-85), *Diário Oficial*, Suplemento Especial ao n.º 185, 26 de setembro de 1986.



Ministros, o Conselho de Estado e o Congresso Nacional, cada qual com suas respectivas competências e atribuições constitucionais, mas coexistindo certa partilha de responsabilidades ao nível do processo de elaboração legislativa. A necessidade de aprovação do Gabinete ministerial pela Câmara dos Deputados e a introdução da moção de "censura", de competência exclusiva do Congresso Nacional — sendo a moção de "confiança" de iniciativa do próprio Presidente do Conselho de Ministros — confirmam o papel relevante do corpo legislativo no processo de decisão política.

O regime de co-responsabilidade previsto no Anteprojeto Constitucional não deixará de afetar as competências respectivas do Presidente da República e do Congresso Nacional em matéria de relações exteriores, como se verá a seguir. Cabe, no entanto, mencionar a inovação introduzida pela Comissão fazendo figurar na abertura do Anteprojeto um capítulo que procura fundamentar os princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro. Ao lado da forma democrática do Estado, o artigo inaugural enfatiza a preocupação social ("promoção da pessoa") e a vocação pacifista do País ("convivência pacífica com todos os povos"). A contribuição original da Comissão, vinculada aos mesmos objetivos, consistiu em alinhar em dois artigos desse capítulo as diretrizes básicas das relações internacionais: estas se fundamentam, principalmente, na defesa dos direitos humanos, no respeito ao princípio da autodeterminação dos povos e numa vigorosa opção pacifista. O repúdio a todo tipo de violência é reforçado pela explícita condenação da tortura e do terrorismo.

No que se refere mais especificamente à processualística constitucional dos atos internacionais, o Anteprojeto manteve tal qual a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 1, relativa à competência (que deixa de ser "privativa") do Presidente da República para "firmar tratados, convenções e atos internacionais, **ad referendum** do Congresso Nacional", mas ampliou a competência (que permanece "exclusiva") do Congresso Nacional para "resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos internacionais, **inclusive os executivos, ou qualquer de suas alterações**". Evidencia-se, assim, a preocupação em sanar o sério problema de ordem constitucional e política que se criou com interpretações divergentes sobre a abrangência precisa do controle legislativo dos atos internacionais, tolhendo-se ao Executivo a possibilidade de subtrair os acordos "de forma simplificada" à apreciação do Legislativo.

Mais importante, porém, introduziu-se no mesmo artigo a competência exclusiva do Congresso para "autorizar e aprovar

empréstimos, operações, acordos e obrigações externas, de qualquer natureza, contraídas ou garantidas pela União,... pelas entidades de sua administração indireta ou sociedades sob seu controle, os quais só vigorarão a partir da data do decreto legislativo de sua aprovação". Pretende-se, com isso, corrigir a prática adotada pelo Executivo consistindo em dispensar a referenda dos contratos de empréstimos externos pelo Congresso Nacional, matéria amplamente suscitada por ocasião dos acordos firmados com o Fundo Monetário Internacional em 1983. Independentemente da abrangência que se venha a dar aos dispositivos da próxima Carta constitucional relativos a esse tipo de operação financeira, mais do que um debate constitucional, está-se, aqui, em face de uma clara questão política, um clássico conflito de competência entre dois Poderes do sistema político. Em ambos os preceitos inovadores introduzidos pela Comissão Constitucional fica evidente a vontade de atribuir-se ao Congresso um papel preponderante no controle das relações internacionais, políticas e econômicas, do Brasil. Se acrescentarmos outro dispositivo original, que estipula que "os Ministros de Estado respondem perante o Congresso Nacional pelos atos praticados na gestão de sua pasta", completa-se o que se pode caracterizar como um "cerco congressional" à independência política do Executivo, o que não deixará de incidir igualmente na condução da política externa.

Com efeito, a questão central que se coloca do ponto de vista das relações internacionais do País é a de que o Congresso passa a integrar a estrutura mesma do processo decisório, ampliando consideravelmente seu poder de controle sobre o fluxo corrente das atividades de política externa, em seu sentido mais amplo. Independentemente dos dispositivos constitucionais que venham a ser adotados, uma larga fração dos controles que se pretende impor ao Executivo dependerá, contudo, da própria capacidade do Congresso em acompanhar adequadamente o desempenho da comunidade de política externa, através de suas comissões especializadas e por meio de um staff devidamente preparado.

O novo padrão de relacionamento entre os Poderes no campo da política externa ultrapassa assim o âmbito meramente legal-constitucional para projetar-se no campo sócio-político. Como afirmou um especialista norte-americano na matéria, *codetermination in foreign policy has its advantages, but few would deny that*

it complicates the making of foreign policy (16). Deve-se, de todo modo, partir da premissa de que o Congresso Nacional, em qualquer hipótese, afirmará seu papel na política externa do Brasil e que o sistema político deverá adaptar-se a essa nova realidade. **The critical question, then, prossegue o mesmo autor, is not whether the executive should be stronger or the congressional role be reduced, or vice-versa, but how each can be strengthened to carry out their respective roles and to best meet the challenges facing... foreign policy (17).**

O “requisito para o sucesso de uma diplomacia popular”, nos termos do velho ELIHU ROOT, passa, necessariamente, no Brasil, pelo reforço do papel do Congresso no processo decisório externo. A postura já era endossada desde 1983 por um parlamentar tão clarividente como o Senador MARCO MACIEL:

“Entendo que a presença contínua e proba do Congresso Nacional no processo das tratativas internacionais se impõe cada vez mais e decorre do exercício de suas funções de acompanhamento, de fiscalização e de controle da ação governamental, em face da posição de que agora desfruta o Brasil no cenário mundial. Essa presença e essa participação resultam, ademais, do fato de ser o Congresso, na moderna sociedade democrática que estamos construindo, o Poder representativo por excelência. Ele é, por tudo isso, o fórum de todos os interesses da Pátria, o cenáculo de estudos e informações sobre todos os problemas nacionais. (...) A diplomacia deve ser constantemente ampliada na base da legitimidade, que se traduz, evidentemente, em maior autoridade da ação externa. É essencial, pois, a função do Legislativo — legitimador por excelência” (18).

---

(16) Cf. HOYT PURVIS: “Legislative-Executive Interaction” in HOYT PURVIS e STEVEN J. BAKER (eds.): *Legislating Foreign Policy* (Boulder, Co.: Westview Press, 1984), pp. 1-12, p. 12.

(17) *Idem*, loc. cit.

(18) *Diário do Congresso Nacional* (Seção II), 12 de maio de 1983, pp. 1.650-1, citado em MEDEIROS: *O Poder Legislativo e os Tratados Internacionais*, ob. cit., p. 192.

## Obras Citadas

- ABSHIRE, David M. e NURNBERGER, Ralph D. (eds.). **The Growing Power of Congress**. Washington, D.C., The Center for Strategic and International Studies, 1981.
- ALMEIDA, Paulo Roberto de. "Partidos Políticos e Política Externa". **Revista de Informação Legislativa**. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 23, n. 91, jul.-set. 1986, pp. 173-216.
- ANTEPROJETO CONSTITUCIONAL. **Diário Oficial**, Suplemento Especial ao n.º 135, 26 de setembro de 1986.
- ARMSTRONG, Hamilton Fish (ed.). **The Foreign Affairs Reader**. New York, Council on Foreign Relations, 1947.
- CERVO, Amado Luiz. **O Parlamento Brasileiro e as Relações Exteriores, 1826-1889**. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981.
- FRANCK, Thomas M. e WEISBAND, Edward. **Foreign Policy by Congress**. New York, Oxford University Press, 1979.
- HARRIS, Joseph. **Congressional Control of Administration**. Washington, D.C., The Brookings Institution, 1973.
- MAYER, Arno J. **The Persistence of the Old Regime: Europe to the Great War**. London, Croom Helm, 1981.
- MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. **O Poder Legislativo e os Tratados Internacionais**. Porto Alegre, L&PM — Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, 1983.
- "O Controle Legislativo dos Atos Internacionais". **Revista de Informação Legislativa**. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 22, n. 85, jan.-mar. 1985, pp. 205-232.
- POOLE, C. Dewitt. **The Conduct of Foreign Relations under Modern Democratic Conditions**. New Haven, Yale University Press, 1924.
- PURVIS, Hoyt e BAKER, Steven J. (eds.). **Legislating Foreign Policy**. Boulder, Co., Westview Press, 1984.
- REZEK, José Francisco. **La Conduite des Relations Internationales dans le Droit Constitutionnel Latinoaméricain** (Thèse pour le Doctorat de l'Université de Paris, 1970).
- WHALEN, Charles P. **The House and Foreign Policy — the Irony of Congressional Reform**. Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 1982.

# Os novos Estados como novos atores nas relações internacionais

SÉRGIO FRANÇA DANESE

Diplomata e Professor-Assistente de História das Relações Diplomáticas no Instituto Rio Branco

## SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Atores tradicionais e novos atores.* 3. *Os novos Estados como novos atores.* 4. *Aspectos constitutivos dos novos Estados.* 5. *Aspectos performativos dos novos Estados. Conclusões. Anexo.*

### *Introdução*

Algumas abordagens das relações internacionais ressaltam a pluralidade de categorias dos atores que atuam no cenário internacional e a multiplicidade de níveis de análise dessas relações, decorrente em grande parte do tipo de atores sobre os quais se centra o enfoque (1).

Por outro lado, ao estudar-se a História recente das relações internacionais, tem sido freqüente a distinção entre "atores tradicionais" e "novos atores", quase sempre opondo os Estados soberanos aos demais atores não-estatais que agem no campo internacional, sobretudo a partir da Primeira Guerra Mundial.

Efetivamente, essa oposição, mais do que teórica, é histórica. Desde a consolidação do Estado absolutista ao fim da Idade Média,

---

As opiniões expressas no presente artigo são pessoais e de exclusiva responsabilidade do Autor.

---

(1) Cf., por exemplo, BULL, Hedley — "As relações internacionais como disciplina acadêmica". *Documentação e Atualidade Política*, 3, abril-junho de 1977, 45-53. Cf., também, LAFER, Celso — "Perspectivas do estudo das relações internacionais". *Jornal do Brasil*, 11-12-1977.

mas principalmente desde a constituição dos grandes Estados Unitários nos séculos XVI e XVII, o palco das relações internacionais foi dominado pelas disputas de poder, interesse e influência de Estados soberanos, às vezes plurinacionais, sempre ciosos de sua soberania e preocupados com sua segurança e poderio militar e econômico (2).

Essa realidade internacional, que consagrou um quadro permanente de disputas e desigualdades entre Estados, permeou o próprio direito internacional, que homologou no plano jurídico, por cima do princípio equívoco da "igualdade soberana dos Estados", a prática de relações de poder desequilibradas e de perene competição.

A prática dos Estados, no entanto, na busca da consolidação de seus interesses, acabou por originar uma série de entes, com atuação internacional ou ao menos transnacional, que, se não reverteram a situação de prevalência dos Estados tradicionais como atores nas relações internacionais, ocuparam, pouco a pouco, espaços importantes no cenário mundial. Deles são exemplos, naturalmente, organismos internacionais, os partidos políticos, as companhias multinacionais e muitas entidades próprias da vida internacional-política e econômica-contemporânea.

O escopo do presente trabalho, no entanto, é a análise de um dos tipos de novos atores surgidos da própria dinâmica das relações internacionais: os novos Estados oriundos da descolonização recente. Sua consideração como novos atores obedece aos critérios quantitativo e qualitativo. O critério quantitativo baseia-se no elemento de permanência dentro do conceito, isto é, *Estados*; o critério qualitativo visa a definir a diferença, isto é, o elemento de novidade no conceito *novos*.

Esse escopo representa, na verdade, uma tese, segundo a qual, partindo da base de que os atores tradicionais são os Estados, é possível definir alguns Estados de formação recente como novos

---

(2) O realismo, como escola na disciplina de Relações Internacionais, é o exemplo mais acabado de análise que privilegia o Estado como ator nas relações internacionais. Tal posição teórica acaba, em última análise, por justificar o jogo de poder que seria, para seus Autores, o cerne das relações internacionais. Por trás da noção de interesse nacional, que se alia ao falso conceito de igualdade soberana dos Estados, encontra-se uma situação de desequilíbrio e dominação que tende a perpetuar-se em benefício de Estados poderosos — explicando o processo por uma tautologia, o "jogo de poder". Cf., por exemplo, MORGENTHAU, H. — *Politics among Nations*.

atores em razão não da aplicação de definições apriorísticas, próprias do conceito tradicional do Estado-Nação soberano, mas do exame da própria *realidade* em que se gestaram e em que atuam esses novos Estados.

### *Atores tradicionais e novos atores*

A condição de ator tradicional consignada ao Estado soberano na análise contemporânea das relações internacionais parte de uma verificação histórica. Desde a consolidação do Estado nacional até princípios do século XX, o conceito de “Estado” era a base para definir a internacionalidade ou não de um ente político ou jurídico. O Estado tinha a primazia nas iniciativas internacionais. As iniciativas particulares — vejam-se as grandes companhias de comércio e navegação, por exemplo — eram avalizadas pelo Estado e por ele defendidas, como o demonstram as numerosas “causas célebres” que ilustram capítulos do direito internacional público.

É somente com a experiência da Liga das Nações, em 1919 — precedida pela fugaz existência de uma Corte Centro-Americana de Justiça, de 1907 a 1917 — que se faz presente, pela primeira vez no cenário internacional, um corpo político atuante, cuja personalidade, poder e alcance não poderiam ser confundidos com os dos Estados que o formaram. Não creio que o “Concerto Europeu” ou as inúmeras “ententes” do jogo de poder na Europa a partir da Paz de Westphalia possam ser considerados algo semelhante, inclusive pela própria fluidez com que se formavam, por seu caráter a rigor preventivo, próprio das alianças militares, e pela primazia absoluta da noção de “soberania”.

A Liga das Nações, que pode ser considerada, assim, o primeiro grande “novo ator” nas relações internacionais, surgiu a partir de um jogo de relações entre Estados soberanos e desde o princípio padeceu do mal que levava na sua conformação: a intangibilidade das soberanias estatais e a sua igualdade rigidamente estabelecida no plano jurídico, expressas na regra da unanimidade.

Esse quadro, em que o Estado é ator absoluto por força da sua própria definição política e jurídica, é o cenário em que se vai desenvolvendo o processo de surgimento dos “novos atores”. A primazia do Estado como valor institucional; o princípio do voluntarismo dos Estados e o princípio da igualdade soberana no plano jurídico — são noções que por longo tempo nortelam as relações

internacionais, corroboram os desequilíbrios existentes e têm como consequência um direito internacional de base territorial e jurisdicional, que teoricamente limita o poder dos Estados nos planos político e jurídico, mas que na verdade justifica o *status quo* e as relações de poder.

Em sua lenta evolução, entretanto, as relações internacionais vêem novos atores não-estatais surgirem no cenário internacional, atuando paralelamente aos Estados, ou como instrumento da ação destes últimos, ou ainda como concorrentes na ação dos mesmos Estados, mas sempre ocupando um espaço na vida internacional.

O reordenamento jurídico do segundo pós-guerra, que dividiu o mundo em esferas de poder e retraçou fronteiras, foi um passo decisivo na reformulação do cenário internacional, no sentido de criar linhas de força paralelas às dos Estados existentes ou de modificar condutas antes verificadas.

Desse reordenamento jurídico, cabe ressaltar o abalo sofrido pelos impérios coloniais; a criação das Nações Unidas como instrumento de legitimação da nova ordem, com uma carta democrática usada a princípio em benefício das potências vencedoras, mas mais adiante tornada em instrumento de contestação e reivindicação; e, finalmente, o esquema de bipolaridade surgido a partir do enfrentamento das duas superpotências, EUA e URSS, que, criando blocos de poder, deu ao mesmo tempo margem a que surgissem vazios de poder em determinados pontos do globo, e que em outras regiões surgissem novos centros de poder econômico. Refiro-me, explicitamente, ao movimento dos Não-Alinhados, de um lado, e à Europa e Japão, de outro, hoje seguidos à distância por países como o Brasil, a Índia ou a China, para citar os exemplos mais expressivos.

A descolonização — em seu segundo momento na História moderna — foi o corolário dessa evolução nas relações internacionais. As potências coloniais, também imersas na política de blocos, favoreceram a independência de grande número de suas colônias, com o fim de manter, de forma renovada, o vínculo econômico de dependência dos novos Estados com relação a suas ex-Metrópoles e a adaptar-se a uma nova realidade de poder político e econômico.

Paralelamente, em colônias onde a reação metropolitana à onda de descolonização era maior, organizaram-se e viram-se fortalecidos movimentos de liberação que pouco a pouco conquistaram



a independência, rompendo em parte os vínculos políticos e econômicos existentes anteriormente e criando outros, acrescidos do dado novo da independência.

É nesse quadro que se pretende colocar a problemática dos novos atores. Os Estados saídos da segunda descolonização são em número maior que os oriundos da primeira descolonização, aquela que desenhou as nacionalidades na América Latina de 1810 a 1828. A segunda descolonização termina com a era dos grandes impérios coloniais e lança ao mundo das relações internacionais, bipolarizado e dividido, um sem-número de Estados novos, fracos, desorganizados e sem quase nenhuma vivência internacional, nem no fazer, nem no aplicar regras de convivência política, econômica e jurídica entre Estados. E esses Estados novos, que como Estados soberanos aceitam implicitamente o jogo interestatal e os princípios básicos que o definem, a começar pelo conceito de “soberania”, apresentam no entanto uma especificidade que os torna objeto de interesse para a análise política. Em princípio — mas apenas em princípio — esses novos Estados nascem para a vida internacional como “atores tradicionais”.

### *Os novos atores*

O que são “novos atores” nas relações internacionais? Reconhecido o fato de que os atores tradicionais nas relações internacionais são os Estados soberanos, a definição de novos atores deveria tomar por base a categoria *Estado*.

A partir dessa categoria de base, dois critérios se aplicam para a definição que perseguimos: um, o critério quantitativo, numérico, parte da categoria *Estado* para definir *outros Estados*; outro, qualitativo, ontológico, parte da mesma categoria para definir *não-Estados*. (Restaria, talvez, um terceiro, que poderia definir *Estados com novo peso* nas relações internacionais.) <sup>(3)</sup> A aplicação de um ou outro critério bastaria, assim, para identificar um *novo ator*,

---

(3) Os “Estados com novo peso” mudam sua contingência basicamente em função do desenvolvimento interno, que pode ter origens externas, e que lhes dá novo poder e nova condição no âmbito internacional. Paralelamente, podem ganhar novo peso Estados com uma política externa remanejada, quer em função do desenvolvimento interno, quer pela existência de vazios de poder em sub-regiões, quer ainda em obediência a diretrizes oriundas do processo político interno (é o caso do México, por exemplo, ou mais atualmente a França de Mitterrand). Brasil, China, México e Índia constituem exemplos significativos de Estados com novo peso.

muito embora o alcance da definição seja muito diferente num ou noutro caso.

Aplicados os critérios, vemos surgir a partir da categoria *Estado* uma série de atores novos que se definem por oposição ou por semelhança. Por semelhança, em consequência da aplicação do critério quantitativo, temos "outros atores estatais": novos Estados. Por oposição, aplicado o critério qualitativo, temos atores *supra-estatais* (4), *para-estatais* e *pré-estatais*. Um anexo ao presente estudo apresenta o quadro completo dos atores com base na categoria *Estado*, fornecendo alguns exemplos.

### *Os novos Estados como novos atores*

A aplicação dos critérios quantitativo e qualitativo, descritos acima, permite definir, na verdade, com relação aos atores tradicionais, o que seriam respectivamente *outros atores* e *novos atores*. O critério qualitativo inclui uma análise tanto constitutiva como performativa do ator em questão, o que se torna óbvio no caso dos atores não-estatais. Tome-se como exemplo um organismo internacional.

Entretanto, é na definição de outros atores estatais que se coloca a dúvida com relação a qual critério deve prevalecer. O critério quantitativo revela a existência de um número maior de Estados, mas é pouco esclarecedor por si só.

A aplicação de um vasto critério qualitativo a esses novos Estados, no entanto, comparando *Estados a Estados*, é fator que permite afirmar que tais Estados, surgidos da descolonização, são *novos atores* e não simplesmente *outros atores*.

Primeiramente, é preciso lembrar que a consideração dos novos Estados como novos atores não invalida o fato de que são Estados, de que se revestem de uma teórica igualdade jurídica e de que entram no cenário mundial na condição de Estados soberanos, respeitando regras que já haviam sido definidas muito antes de sua constituição. Importa ressaltar, igualmente, que a presente análise se baseia na diferença, fato aliás explicitado pela própria

---

(4) Serviu-nos de orientação na elaboração do esquema o artigo de RANA, A.P. — "Regionalism as an approach to international order: a conceptual overview". *International Studies*, 18, 4, out.-dez. de 1979, 491-535. O quadro de atores supra-estatais é, evidentemente, mais complexo que o quadro de atores regionais.

fórmula “novos atores”: existe um elemento de permanência, de repetibilidade, no conceito *ator*, que é modificado pelo qualificativo *novo*. E a modificação é substantiva, não apenas numérica.

A conclusão de que os novos Estados são novos atores deve ser, no entanto, operacional. A qualificação de um Estado como novo ator, e não simplesmente como outro ator (ainda que guarde aspectos constitutivos e performativos perfeitamente estatais) tem uma série de implicações teóricas e práticas, jurídicas e políticas. Entre elas, ressalta o quadro de dominação que vai implícito na *diferentia*, apesar do princípio da “igualdade soberana dos Estados”; ressalta, igualmente, um novo tipo de desempenho político internacional, que procura equilibrar sobretudo as fraquezas conformativas (constitutivas), internas e externas, desses Estados.

O fenômeno não é, no entanto, novidade. Em outras circunstâncias, verificou-se também na primeira descolonização, na América Latina. Um conjunto de Estados constituídos não a partir de um processo de *formação nacional*, mas de “independência política”, enfrentou-se a vicissitudes políticas, econômicas, sociais e culturais, que marcaram profundamente o seu processo de desenvolvimento e o seu modo de atrelamento ao sistema mundial. Mesmo a existência de *projetos nacionais*, como o do Paraguai do Doutor Francia, foi posteriormente anulada pelo “destino americano”. Nações fracas, dependentes, ameaçadas internamente por um sistema social explosivo e externamente por todo tipo de pressões dos diversos “imperialismos”, viram-se atreladas ao centro de poder numa relação de dominação que, a princípio, pensou-se ser apenas conjuntural, e mais tarde percebeu-se como profundamente estrutural. A quase totalidade dos novos Estados surgidos a partir de então trouxe consigo, como pecado original, a marca da dependência e do subdesenvolvimento.

#### *Aspectos constitutivos dos novos Estados*

O aparecimento de novos Estados a partir do desmembramento dos impérios coloniais mostrou processos de formação nacional peculiares, sobretudo se comparados ao processo histórico de formação dos Estados nacionais da Europa, por exemplo. Surgidas do colonialismo, as novas nações formaram-se no mais das vezes em função de determinações alheias à nacionalidade; encontraram algumas vezes um aparelho de Estado semiconcluído, que preencheram com quadros locais; e foram formadas obedecendo a critérios que atendiam à antiga divisão colonial.

A conformação nacional, por outro lado, é *sui generis*. Como a independência muitas vezes foi orientada pela Metrópole, levando em conta divisões administrativas coloniais, grande número de novos Estados, sobretudo na Ásia e África, não têm unidade de população; suas fronteiras são artificiais, recortando nações e etnias ou englobando no mesmo território variado número de diferentes etnias que têm que comportar-se como Nação. Muitas vezes, os novos Estados herdaram, sobre um território dado, um mandato fluido, que se choca com "soberanias tribais", com a divisão interna, com a desagregação da produção e da economia e com todo tipo de fragilidade, a começar pela própria unidade (5).

Importante aspecto constitutivo dos novos Estados, e que se transforma pouco a pouco em aspecto performativo, é a dimensão externa não só da formação nacional, mas também da preservação da unidade e da independência. Essa vinculação é variada: alguns movimentos de liberação tiveram uma vocação e uma prática transnacionais, até mesmo atuando em mais de uma colônia, como é o caso do PAIGC em Cabo Verde e Guiné-Bissau. Outras vezes, a vinculação externa existe em função da iniciativa e apoio das Metrôpoles ou da Organização das Nações Unidas, no processo de independência política. Ou, ainda, potências, que não as Metrôpoles, vieram em auxílio da independência do país e da sustentação dos novos regimes. Em todos os casos, o vínculo externo é claro: a dificuldade de fazer e preservar a independência e a unidade nacional por si mesmas é característica de muitos dos novos Estados — veja-se o apoio de tropas e conselheiros estrangeiros de várias procedências hoje em atuação nos mais diversos países africanos, por exemplo. Finalmente, existe o vínculo externo através de um organismo político regional. A Organização da Unidade Africana, por exemplo, foi criada fundamentalmente para promover e resguardar a descolonização no Continente; sua carta é uma carta de descolonização (6). É expressiva, a esse respeito, uma afirmação de

---

(5) "Uma análise mais fria da experiência africana parece indicar que mais determinante do que as diferenças teóricas é a profunda divisão de cada país em tribos e etnias, e o que a África realmente busca prioritariamente é a identificação e a afirmação das realidades nacionais do Continente (...)" Cf. SILVEIRA, Antônio Francisco Azeredo da — "Silveira no Congresso expõe as bases da diplomacia brasileira". *Resenha de Política Exterior do Brasil*, 10. jul.-set. de 1976, p. 57.

(6) Cf. TRINDADE, A.A.C. — "Desenvolvimentos recentes no direito internacional contemporâneo". — *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, XXIV, 18, maio de 1976, 123-158.

Julius Nyerere, da Tanzânia, para quem a OUA foi “o que nos deu uma pequena voz internacional” (7).

Outro aspecto constitutivo de realce é o quadro de dependência para o qual nasceram esses novos Estados. Embora suas relações jurídicas com os demais Estados se dêem num plano horizontal, como Estados soberanos, suas relações políticas e econômicas mantiveram o caráter vertical dos tempos coloniais, mudadas as circunstâncias e, algumas vezes, os parceiros. E essa verticalização de relações é peculiar, não obedecendo a critérios vinculados à natureza do sistema sócio-econômico e do regime político dos países.

Fraqueza, debilidade, instabilidade (vejam-se os sucessivos golpes de Estado em vários desses países), falta de recursos e de capacidade de ação e poder de barganha caracterizam muitos desses novos Estados, alguns dependentes de ajuda internacional para enfrentar não só os seus problemas financeiros e econômicos, mas necessidades básicas de sobrevivência. Completa esse quadro — ou melhor, define-o — o papel geralmente desempenhado por esses países na divisão internacional do trabalho: são produtores de matérias-primas e produtos agrícolas, monoexportadores, muitas vezes, dependentes de mercados onde enfrentam severa concorrência, a deterioração dos preços e dos termos de intercâmbio e flutuações conjunturais.

O quadro muitas vezes se completa por uma situação de virtual estrangulamento nas contas externas, com dificuldades para a obtenção de créditos e investimentos e casos de inadimplência financeira.

Traçado aqui sumariamente em seus aspectos mais importantes, esse quadro tem conseqüência para o desempenho internacional desses novos Estados, que vão configurar uma prática nova no relacionamento interestatal, modificando substancialmente a prática tradicional das nações poderosas. Reivindicação, aliança e negociação — são estes os três pilares em que se baseia esse desempenho internacional.

#### *Aspectos performativos dos novos Estados*

O desempenho dos novos Estados no cenário internacional constitui mudança substancial com relação à prática anterior dos

---

(7) NYERERE, Julius K. — Entrevista a *Le Nouvel Observateur*, 16-2-1981, p. 67.

Estados tradicionais. Papel de relevo nesse processo cabe igualmente aos Estados com novo peso <sup>(8)</sup>, cujas iniciativas em política externa várias vezes foram solidárias com os interesses e aspirações dos novos países em matéria de descolonização, política anti-apartheid, desarmamento, cooperação internacional, transferência de tecnologia e reformulação de regras jurídicas internacionais.

Ao mesmo tempo, alguns desses países com novo peso aparecem como alternativas viáveis para os demais países em desenvolvimento desejosos de criar novas formas de relacionamento que não repitam esquemas tradicionais de dominação e de poder.

Mas é nas suas conseqüências para as relações internacionais que reside a importância do desempenho desses novos atores estatais, muitas vezes, como vimos, secundados por outros Estados com novo peso e, quase sempre, em consonância com todos os demais países em desenvolvimento.

Em primeiro lugar, deu-se nova dinâmica ao processo negociador multilateral, através do fortalecimento da prática da diplomacia parlamentar. As Nações Unidas, admitindo novos Estados com base em sua carta "democrática", viram-se transformadas no principal foro de atuação desses países, que compreenderam que a sua fraqueza congênita os obrigava a dar ênfase especial à negociação em conjunto, como forma de fazerem ouvir suas palavras. A ONU transformou-se, assim, em um foro de reivindicações dos países em desenvolvimento, nas mais variadas matérias <sup>(9)</sup>.

O grande número de novos Estados constituiu, na Assembléia Geral, um bloco votante com *poder de resolução*.

Dessa forma, as Nações Unidas, que foram no pós-guerra o instrumento da consolidação e legitimação do novo ordenamento jurídico internacional criado pelos vencedores, deixaram de ser instrumento exclusivo das Nações poderosas e passaram a servir de base para o questionamento da ordem política e econômica mundial. Passou-se de uma situação de dominação, onde as dire-

(8) Cf. nota (3).

(9) Cabe lembrar o apoio que o bloco latino-americano ofereceu ao processo de descolonização na ONU: "Na primeira fase do processo de descolonização, foi decisiva a participação do grupo latino-americano, que reuniu a maior força homogênea votante da Assembléia Geral." Cf. SETTE CAMARA, José — "O fim do colonialismo". *Tempo Brasileiro*, jul.-dez. de 1974, 8-9. Esse apoio foi retomado mais tarde por Estados com novo peso no bloco latino-americano (Brasil e México).

trizes eram impostas pelas potências, sem contestação, a uma situação distinta, em que, prevalecendo a dominação, passaram a ser discutidos os fundamentos éticos e jurídicos da prática de poder das potências. Politizaram-se, igualmente, as demais agências internacionais, cujas assembléias passaram cada vez mais a refletir preocupação específica da maioria de países em desenvolvimento.

Por outro lado, novo impulso foi dado ao regionalismo (10), como forma de cooperação e participação no cenário mundial. Já se falou da OUA como entidade regional que conglomerava "soberanias" para dialogar internacionalmente. É nesse sentido que opera a transformação. Os países novos, conscientes de sua pouca força política e militar, a passo com a debilidade econômica, unem-se falou da OUA como entidade regional que conglomerava "sobrel algumas vezes secundados por suas ex-metrópoles, como forma de fazer frente a essa debilidade.

A par desse processo de ampla utilização de organismos internacionais existentes ou criados especificamente, os novos Estados, percebendo a existência de vazios de poder nas relações tradicionais entre as grandes potências, criaram, por cima de diferenças políticas inegáveis, movimentos como o Não-Alinhamento, com os quais procuram colocar-se à margem das disputas de poder como forma de minorar, teoricamente, a sua dependência. Outro exemplo é o Grupo dos 77, dentro das Nações Unidas e outros foros, espécie de contrapartida econômica do Não-Alinhamento, e cuja principal atuação é justamente a reivindicação econômica junto aos países desenvolvidos. Mais uma vez, importa ressaltar a novidade de que certos temas sejam agora ao menos trazidos à discussão por um conjunto de países com *poder de voz* — e esse poder de voz só foi conseguido pelo surgimento de novos Estados que se juntaram aos já existentes.

Tanto o papel de relevo dado aos Organismos Internacionais e à diplomacia parlamentar, como a atuação de movimentos como o Não-Alinhamento e o Grupo dos 77, constituíram o terceiro aspecto performativo dos novos Estados: o estabelecimento de um novo e vasto temário internacional, que acrescentou à lista de temas tradicionais elevado número de temas, questões e reivindicações econômicas, políticas e jurídicas.

(10) Um regionalismo de Terceiro Mundo poderia ser definido dentro do amplo impulso global que o regionalismo recebeu no século XX. Cf. RANA, A.P. — *op. cit.*, p. 491: "Regionalism — meaning regionalist organizations, regionalist systems, and regionalist doctrines — has been a marked feature of international relations in the twentieth century".

Esse novo temário, em que a revisão de conceitos é paralela à discussão de novos assuntos de interesse dos países em desenvolvimento, configurou uma mudança de substância no direito internacional, por exemplo. Deixou este de ser um direito horizontal e territorial, preocupado com a jurisdição dos Estados (em franca sintonia com os interesses das nações poderosas), para ser um direito vertical e reivindicatório, em que prevalece o primado dos fatores econômicos e políticos. Uma atitude de franco desafio às regras e costumes internacionais tem norteado muitos dos Estados novos, os quais, conscientes de que não participaram na elaboração de normas que lhes dizem respeito, reivindicam participação na revisão e recriação dessas normas.

A III Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar é exemplo dessas considerações. Convocada basicamente por iniciativa do Grupo dos 77, em torno da questão da exploração econômica dos fundos marinhos e oceânicos, a Conferência representou o maior exercício de revisão e criação de normas de direito internacional destinadas a regular todos os usos dos espaços marinhos. O reconhecimento, por parte dos países desenvolvidos, de um certo número de reivindicações dos países em desenvolvimento, em troca da permanência de certas liberdades tradicionais antes nunca questionadas, mostra bem o grau de participação e os ganhos que os novos Estados, juntamente com os demais países em desenvolvimento, tiveram no processo negociador. Comparada ao que foram as Convenções de Direito do Mar elaboradas pela ONU em 1958, a nova Convenção, ainda que sob a ameaça de não-participação de países de grande importância, representa sem dúvida, sob todos os pontos de vista, quer processuais, quer de substância, um avanço expressivo.

Hoje, parece claro que as nações que dominavam o cenário internacional reconheceram a necessidade de incluir na elaboração do Direito Internacional todos os Estados, mesmo que isso signifique fazer algumas concessões. É que "as nações da periferia passaram a demonstrar, com fatos concretos, que o poder é muito mais diluído e menos susceptível de concentração do que se imaginava", <sup>(11)</sup> e, nesse sentido, para estabelecer novas regras para o jogo internacional, foi necessário reconhecer essa parcela de poder que os novos Estados e os países em desenvolvimento, em geral, representam e que levam a um avanço qualitativo nas relações internacionais.

(11) Cf. ZAPPA, Italo — "A realidade mundial e o exercício do poder." *Resenha de Política Exterior do Brasil*, II, VII, out.-dez. de 1975, p. 123.



## Conclusões

Os novos atores estatais são assim Estados que, por suas peculiaridades constitutivas e performativas, mudaram o panorama tradicional das relações internacionais. Se até o início da década de 60 essas relações internacionais se caracterizavam pela bipolaridade oriunda do conflito entre as duas superpotências, a partir de então elas ganham nova dimensão, com um reordenamento internacional em que teve importância não apenas o ressurgimento da Europa e do Japão. Nesse reordenamento, a ação não prevista dos novos Estados teve um papel de relevo na transformação qualitativa das relações internacionais.

Na verdade, o surgimento desses novos atores constitui a real recomposição do cenário internacional após a Segunda Guerra. Mantiveram-se esquemas de dominação dentro do novo ordenamento, mas com atenuações ditadas pelas próprias necessidades de sobrevivência dos Estados tradicionais.

Um primeiro significado do surgimento desses novos atores estatais é a relativa democratização das relações internacionais.

Os Estados fortes, mesmo dominantes, vêem-se na posição de discutir temas antes reservados e a fazer concessões, que por mínimas não são menos originais e importantes.

Um segundo significado é o esvaziamento da ONU como instrumento de legitimação da ação das grandes potências, que se vêem obrigadas a disputar, com o mesmo poder de voto na Assembléia Geral, com um enorme conjunto de países carentes e cheios de problemas, que usam aquele foro internacional para reivindicar.

Um terceiro significado é o redimensionamento das tensões mundiais, ampliando-se, junto à tradicional divisão político-ideológica entre o Leste e o Oeste, a nova tensão, basicamente econômica, vertical, entre o Norte e o Sul.

Finalmente, as condições internas dos novos países e a ampliação do espectro político mundial permitiram que se instaurasse novo campo de relações internacionais, entre esses novos Estados e entre eles e outros Estados em desenvolvimento. É o chamado diálogo Sul-Sul. Juntamente com a tensão Norte-Sul, ele propiciou o surgimento de um novo tipo de diplomacia, que, fundada no princípio de que a negociação é o único caminho viável, construiu, com relação ao Norte, um corpo de reivindicações e, dentro do próprio Sul, um programa de cooperação. Alguns países em desenvolvimento já tradicionais, como o Brasil, tendem a beneficiar-se globalmente com o surgimento e a atuação desses novos atores.



# O Ministério Público Federal e a representação judicial da União Federal

EDYLCÉA TAVARES NOGUEIRA DE PAULA

Procuradora da República

“O Ministério Público não recebe ordens do Governo, não presta obediência aos Juizes, pois age com autonomia em nome da Sociedade, da Lei e da Justiça.”

PRUDENTE DE MORAIS FILHO

“O Ministério Público representa, diante dos Tribunais, a potestade executiva, ou seja, a ação da lei, a ação pública tutora dos grandes interesses sociais, em cujo nome se promove a plena e rigorosa execução da lei. Não é ele o representante do Governo, mas o representante daquela mesma ação executiva, da qual o Governo é ministro e que somente da lei deduz as suas normas.” (grifos no original)

TOMASO VILA

## SUMÁRIO

I — Histórico; II — Histórico do Ministério Público no Brasil; III — A representação judicial no direito comparado; IV — A representação judicial na doutrina brasileira; V — A representação judicial na jurisprudência brasileira; VI — Conteúdo da lei orgânica; VII — Conclusão — Bibliografia.

### I. Histórico

Desde tempos remotos, encontramos funcionários exercendo atribuições que podemos considerar como precursoras da atividade do Ministério Público de nossos dias. Estas origens vamos localizá-las

em 4.000 A.C. no Egito, em que esses funcionários tinham por deveres: ser a língua e os olhos do rei, castigar os rebeldes, proteger os cidadãos pacíficos, acolher os pedidos do homem justo e verdadeiro.

Também na Grécia e Roma, encontramos os irenarcas, os curiosos, os estacionários, os defensores da cidade, praticando atividades típicas do Ministério Público atual. Certos autores denominam-nos de **tesmoteti** ou **desmodetas**, identificando-os como uma espécie de servidor judicial, religioso e militar, magistrado encarregado de administrar a justiça, resumindo sua atribuição principal na vigilância da aplicação correta das leis.

A seu lado, havia os **procuratores Caesaris**, autênticos defensores do tesouro do **Caesar** e do Estado romano, a que se atribuíam algumas funções especiais, de certo modo judiciais, todas ligadas à fiscalização exercida no interesse do Imperador (EDYLCÉA TAVARES NOGUEIRA DE PAULA, in o Ministério Público e seu posicionamento no Estado de Direito, **Revista de Informação Legislativa**, Brasília nº 72, out./dez. 1981, pp. 81 a 100).

Dá-nos notícia, o ilustre Promotor JADEL DA SILVA, in O Ministério Público. Origens Históricas e Perspectivas atuais (publicado na **Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**, Florianópolis, vol. 1, jan./jun. 1978, p. 52), da existência de um encarregado de fiscalizar o andamento dos processos, o **vindex religionis**, no Direito Canônico. Anota, ainda, a presença da instituição na Itália, provinda dos **advocatori di comum**, de Veneza, dos **conservatori della legge**, de Florença e do **avvocato della gran corte**, de Nápoles; e na Espanha, já na Idade Média, em que o rei don Juan I, em 1387, criou o Ministério Fiscal, mantido no reinado de don Juan II e transformado nos **Fiscales de Su Majestad** pelos reis católicos na **Nova Recopilación**.

Ao longo de séculos, assim, foi a instituição tomando a sua forma definitiva, aparecendo com todas as suas características na França, denominados os seus membros de **les gens du roi**. Sua função era a representação dos reis junto aos tribunais e a defesa de seus interesses privados confundidos, muitas vezes, com os do próprio Estado. Felipe, o Belo, ao editar a **Ordonnance** de 25 de março de 1303, disciplinou-a, transformando os **gens du roi** em acusadores oficiais, encarregados de mover ações e fiscalizar a aplicação da lei, eliminando o caráter de mandatário.

Como bem lembra HELIO TORNAGHI, in **Instituições de Processo Penal**, vol III, p. 137: "Foi a hipertrofia de poderes dos antigos procuradores do rei e a confusão entre a pessoa deste e a do Estado que fizeram surgir o Ministério Público".

Este é o ponto em que temos condições de raciocinar sobre e com os dados que temos: as funções fiscalizadoras do Ministério Público sempre se exerceram em benefício da comunidade; as funções de defesa do **Caesar**, do rei, do imperador, que se confundia com o próprio Estado, eram exercidas por funcionário qualificado, um verdadeiro mandatário judicial.

Não podemos nos esquecer de que até então a noção de bem comum não incluía a sociedade como sua titular; o tesouro era do rei, e o Estado era o rei.

A mudança de conceitos trouxe aquela mudança de estrutura.

O regime feudal, do domínio do senhor das terras, o regime do arbítrio e da opressão, forjou esta bela e admirável instituição para combater os desmandos dos dirigentes e o seu desrespeito às leis, à ordem, e à Justiça.

Assim é que se começou a identificar o Estado, não mais com a figura do rei, porém com a do povo. Nesse passo, o fiscal assume a defesa do Estado como um todo, em benefício da sociedade que ele representa. O rei deixa de prestar justiça pessoalmente; quem o faz é o **procureur**, defensor dos interesses gerais da sociedade e do Estado.

Em Portugal, já existia o cargo de Procurador de Justiça desde os tempos de Afonso III, que reinou entre 1248 e 1279 e as funções dos Procuradores do Rei, dos advogados do Fisco e dos Promotores de Justiça foram disciplinadas pelo Regimento da Casa de Suplicação de Santarém. Mais tarde, um alvará, de 22 de janeiro de 1530, estabeleceu a obrigação de os procuradores dos feitos de El-Rei, os da Coroa e os da Fazenda, promoverem de ofício. As ordenações **Manuelinas** mantiveram essas atribuições reguladas separadamente, conservando aquela idéia do **L'État c'est moi**, de Luís XIV.

Em 1822, uma grande reforma na justiça trouxe influências à instituição; criaram-se os cargos de Procurador da Soberania Nacional e da Coroa, de Procurador da Fazenda, de Promotor das Justiças e de Solicitador, junto a cada Tribunal de Relação.

Um decreto, de 19 de maio de 1832, instituiu ainda a consulta do Governo ao Procurador-Geral da Coroa, que cumulava também as funções de Comissário do Governo perante a Câmara dos Pares; e as atribuições dos Procuradores Régios junto à Corte Suprema.

Outro decreto, de 15 de dezembro de 1835, criou o estatuto do Ministério Público, inovando em relação às suas atribuições, ao determinar que os Delegados, se fossem demandados por ação contra a Fazenda Pública, deveriam comunicar o fato ao Procurador Régio, que o transmitiria ao Procurador-Geral da Coroa; que as funções cor-

regedoras sobre os oficiais dos juízos e das relações e a cobrança dos dízimos e custas a favor da Fazenda Pública se efetuassem pelo Ministério Público.

Importante notar a disposição do seu art. 70, que regia a conduta de seus membros:

“O agente do Ministério Público, ou figure como parte principal, ou intervenha como assistente e protector, terá sempre em vista que, **fiscal da boa execução das leis, deve ser estranho às paixões, mantendo a mais estricta imparcialidade, e sustentando sempre os interesses da verdade e da Justiça.**” (Grifos nossos).

O direito português sentiu profundamente a necessidade de fundir em um mesmo órgão as funções que, a par de parecerem conflitantes, são essenciais uma a outra. É no exercício de uma (defesa do tesouro, que é do povo) que se manifesta mais a outra: a fiscalização dos atos do agente do poder público. São, portanto, indissociáveis por sua própria natureza.

Por essa razão, a 12 de novembro de 1869, unificaram-se os cargos de Procurador-Geral da Coroa e de Procurador-Geral da Fazenda, **verbis**:

“As funções que até a data deste decreto têm sido exercidas pelo Procurador-Geral da Coroa e pelo Procurador-Geral da Fazenda são reunidas **num só magistrado, que será o Procurador-Geral da Coroa e da Fazenda e Chefe do Ministério Público na ordem judiciária e administrativa**” (art. 1º) (grifos nossos).

Assim permanece até hoje na legislação portuguesa em que a Constituição dispõe no seu art. 224, **verbis**:

“1. Ao Ministério Público compete representar o Estado, exercer a acção penal, defender a legalidade democrática e os interesses que a lei determinar.”

## II. Histórico do Ministério Público no Brasil

A instituição, recebida no Brasil com as Ordenações do Reino, originou-se, pois, de Portugal, trazendo a representação judicial já tradicional no direito português.

Desde 1587, conferiu-se o título de “Procurador da Coroa e Fazenda e Promotor de Justiça” a um dos Desembargadores da Relação da Bahia. Sua atuação a princípio foi nenhuma, por isso que a Relação entrou em funcionamento somente em 1609 e foi extinta em 1626.

Quando restabelecida, o Procurador predominantemente exercia a função erarial ao lado da de acusação dos criminosos.

Sua organização era, assim, incipiente no Império, tratada apenas no Código Criminal, que lhe reservava uma seção inteira, a ela não se referindo nenhuma disposição constitucional.

Proclamada a República, assume a pasta da Justiça do Governo Provisório o insigne estadista MANUEL FERRAZ DE CAMPOS SALES. Cômso da importância da instituição, assinala na Exposição de Motivos que justifica a edição do Decreto 848, de 11-10-1890:

“O Ministério Público, instituição necessária em toda organização democrática, e imposta pelas boas normas de justiça, está representado nas duas esferas da Justiça Federal. Depois do Procurador-Geral da Justiça, vêm os procuradores seccionais, isto é, um em cada Estado. Competelhes, em geral, veiar 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.”

A seguir, em 14-11, promulgado o Decreto 1.030, vemos nitidamente relevadas as funções de advogado da lei, de fiscal de sua execução, de procurador dos interesses gerais do Distrito Federal e de promovente da ação pública contra todas as violações do direito (art. 162).

Na Constituição republicana de 1891, aparece apenas uma pequena alusão ao Procurador-Geral da República que seria designado pelo Presidente da República, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal (§ 2º do art. 57), remetendo o mesmo artigo da seção que tratava do Poder Judiciário, para a lei ordinária, a definição de suas atribuições.

A Constituição de 1934 deu aos membros do **Parquet** um tratamento mais digno, porém deixou também a sua organização e definição de atribuições para a lei formal.

Voltou a Carta de 1937 a apenas referir sobre a chefia do Ministério Público, que seria exercida pelo Procurador-Geral da República, nomeado após livre escolha pelo Presidente da República, deixando de dispor mais uma vez sobre sua competência e atribuições.

Durante todo esse período, entretanto, a representação judicial da União se exercia tradicionalmente pelos Procuradores da República, por força de determinação legal.

Pela primeira vez, aparecerá na Constituição de 1946, em título próprio, o de nº III, que lhe traça as linhas básicas, remetendo a sua organização para a lei ordinária. Entretanto é aquele diploma

maior que se preocupa em definir expressamente a representação judicial da União, deferida aos Procuradores da República. Só então o legislador constituinte brasileiro lembrou-se de adotar no texto da Carta Magna o entendimento já consagrado pela legislação portuguesa, de que a acumulação das funções (representação e fiscalização) é necessária e essencial à atuação plena do Ministério Público.

Essa disposição foi mantida na Constituição de 1967, *verbis*:

“§ 2º — A União será representada em juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas comarcas do interior, ao Ministério Público local” (art. 138) (grifos nossos).

Em 1969, com a edição da Emenda nº 1 em 17-10, o Poder Executivo, ao redigir o seu texto, retirou a parte inicial do parágrafo, deixando apenas a final.

“Nas comarcas de interior, a União poderá ser representada pelo Ministério Público estadual.”

Com isso, entenderam alguns poucos desavisados que os Procuradores da República perderam a representação judicial da União. Ledo engano! A função está implícita e nem podia deixar de ser. A tradição de milhares de anos não se destrói com uma penada do “legislador” tecnocrata que muito influenciou a redação da emenda constitucional.

A prática, também, veio demonstrar que a representação somente poder-se-ia exercer pelos Procuradores da República por isso que a Constituição não nomeara outro órgão para fazê-lo e nem se questionou também sobre a necessidade de fazê-lo.

O preceito, a par de não mais expresso, está em pleno vigor, em razão de que a norma que trata de funcionamento do órgão está implicitamente inserida em nossa Constituição, que é rígida, como bem assinala JOSÉ AFONSO DA SILVA, *verbis*:

“Ora, nossa Constituição ainda é de natureza rígida, desde que, nos termos de seus arts. 47 a 49, só pode ser modificada por processo legislativo diverso do previsto para a formação de outras leis” (*In Natureza Jurídica das Normas Constitucionais*, Ed. RT, São Paulo, 1982, pp. 35 e 36).

“Rigidez constitucional significa imutabilidade da Constituição por processos ordinários de elaboração legislativa” (ob. cit., p. 30).

### III. A representação judicial no Direito Comparado

#### 1. Argélia

A Constituição argelina não trata do Ministério Público como órgão fiscal da lei, acusador ou representante judicial. Traz, apenas,



disposições no capítulo V, que cuida da função de controle, uma referência a “instituições nacionais adequadas e órgãos permanentes do Estado” (art. 185º) e à finalidade de sua atuação:

“... tem por objectivo assegurar o bom funcionamento dos órgãos do Estado, no respeito da Carta Nacional, da Constituição e das leis do país (art. 184º),

que é, assim, semelhante ao **Ombudsman** sueco.

Deixou, portanto, à lei, o tratamento das funções do **Parquet**.

## 2. China

Possui uma **Fiscalia** Popular Suprema que se preocupa com a atuação de todos os órgãos, funcionários e cidadãos, exercendo suas funções nos limites da lei e com a finalidade de assegurar a observância da Constituição e das demais leis, editadas no país, prestando contas de sua gestão à Assembléia Popular Nacional e ao seu Comitê Permanente (art. 43 da Lei Maior).

A instituição é, assim, uma mescla da versão ocidental de Ministério Público, acumulando, também, funções de representação judicial do Estado, e do **Ombudsman** sueco.

## 3. Colômbia

Uma das mais modernas Constituições da América Latina, a colombiana, teve a visão da necessidade de conservar as duas funções, ditas conflitantes, porém, na realidade, necessárias uma à outra e, portanto, indissociáveis, no mesmo órgão, dedicando-lhe um Título exclusivo, autônomo, procedendo a uma divisão **interna corporis**: 1. a defesa dos direitos humanos, das garantias sociais, dos interesses da Nação, do patrimônio do Estado; a vigilância da administração pública, da integridade do direito de defesa, da legalidade dos processos penais, da conduta dos funcionários, do cumprimento das leis; e a representação judicial da Nação, cabem ao Procurador-Geral da República que presta contas anualmente ao Congresso Nacional (art. 143); 2. a persecução dos delitos e a acusação dos infratores ficou a cargo do Fiscal-Geral da Nação, que também acumula a função de Chefe Superior da Polícia Judicial (art. 144).

O Procurador-Geral, na realidade, continua exercendo as funções de fiscal da lei e de representante judicial, sem causar transtornos maiores, pois, ao Fiscal-Geral, só lhe destinaram a persecução criminal, demonstrando a impossibilidade de separá-las. Possui, ainda, uma conotação do **Ombudsman** sueco, quando exerce a vigilância da administração pública.

#### 4. Espanha

A Espanha, também, com uma Constituição moderna, preferiu instituir dois órgãos distintos: o Defensor do Povo, no art. 54, que cuida dos direitos fundamentais e das garantias do cidadão, semelhante ao **Ombudsman** sueco, e o Ministério Fiscal, que:

“... tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social”.

verdadeiro magistrado, fazendo parte do Poder Judiciário.

Deixou para a lei ordinária a regulamentação do exercício da função de representação (Título II, De los Abogados y Procuradores, da Lei Orgânica do Poder Judiciário) aparecendo como órgão cooperador da administração e de auxílio à Justiça (livro V).

#### 5. Filipinas

Relegada a instituição ao plano da lei orgânica, já que prevalece lá a existência do **Ombudsman** conhecido por **Tanodbajan**, este sim, citado na Constituição, na Seção 6, fazendo parte do **Batasang Pambansa** (uma corte especial constante da Assembléia Nacional, com jurisdição sobre os casos criminais, e civis especiais, arrolados na própria Constituição e nas leis), acumulando as funções de fiscal da lei, e, na hipótese de encontrar erros judiciais, de acusador criminal, civil ou administrativo, diante das cortes, onde funciona o Ministério Público, e dos órgãos administrativos competentes.

#### 6. Grã-Bretanha

Vigorando no Reino Unido, a **Common Law**, vamos, portanto, encontrar várias legislações a respeito do assunto, já que não há um único documento em cada um dos Estados que o compõem: na Inglaterra e em Gales, temos os Promotores Públicos; na Irlanda do Norte, o Diretor da Perseguição Pública (**Public Prosecutions**). Excepcionalmente, naqueles países e na Escócia, uma pessoa pode proceder à instauração de um processo criminal. Funciona na Corte Criminal Central de Londres, o Procurador-Geral (**Attorney General**). O sistema sofre alterações aqui e ali, como por exemplo na Escócia, onde o **Lord Advocate**, equivalente ao **Attorney General**, pode delegar as funções de acusador ao **Solicitor General**, a advogados e a procuradores fiscais (funcionam junto às cortes distritais).

De modo geral, a estrutura é semelhante à nossa, pois o **Attorney General** e o **Solicitor General** (delegado daquele) fazem parte do Escri-

tório de Advocacia da Coroa na Inglaterra, na Irlanda do Norte e em Gales, acumulando, assim, a função de representação do governo nos casos judiciais internos e internacionais. São eleitos pelo Parlamento, entre antigos e competentes advogados.

## 7. Grécia

Faz parte o Ministério Público do Poder Judiciário, como verdadeiro Magistrado, e a referência à sua existência consta do art. 87, nº 3, da Lei Maior grega, que dispõe:

“Regular judges shall be supervised by judges of a superior rank and by the Public Prosecutor and the Deputy Prosecutor of the Supreme Court; Public Prosecutors shall be supervised by Supreme Court judges and Public Prosecutors of a superior rank, as specified by law.”

Exerce o Promotor Público, junto à Suprema Corte, dupla função: a de acusador e a de defensor (representante) tanto nas causas cíveis como nas criminais (art. 90, nº 1).

Há, ainda, na Grécia, o **Ombudsman**, denominado Comissário Geral do Estado, que funciona junto a um órgão judiciário especial: o Conselho de Controle.

## 8. Honduras

Constando de um capítulo, o IV, dentro do Título “Dos Poderes do Estado”, a Procuradoria-Geral da República hondurenha representa legalmente o Estado nas ações cíveis e criminais. Todos os órgãos da administração pública deverão prestar colaboração, para o fiel cumprimento das suas atribuições, ao Procurador-Geral, que é eleito, assim como o Subprocurador-Geral, pelo Congresso Nacional, dentre cidadãos que devem preencher os mesmos requisitos exigidos para os Magistrados da Corte Suprema da Justiça (arts. 228 a 231, da Constituição).

A regulamentação das funções foi deixada para a legislação de grau inferior.

## 9. Iugoslávia

Neste país, de regime dito “socialista”, o Ministério Público é órgão estatal autônomo, acusador, fiscal da lei e defensor da sociedade, prestando contas de sua atuação perante a Assembléia da respectiva comunidade (federal ou da província). Estruturalmente pertence ao Poder Judiciário, sendo, assim, seus membros autênticos Magistrados (arts. 235 e 236 da Constituição), que não gozam, entretanto, das garantias necessárias ao exercício pleno de suas funções, por serem eleitos ou destituídos segundo sua “capacidade profissional e a disposição moral e política, para o exercício das funções judiciais...”

(art. 230, da Constituição). Seu chefe é o Fiscal Público Federal, nomeado e demitido pela Assembléia da República iugoslava.

Pela redação do texto da Lei Maior, a função de defensor da sociedade não é bem esclarecida, podendo a legislação menor definir os seus limites de atuação. Cremos, porém, estar nela contida a de representação judicial do Estado em razão da expressão: "... en amparo de los intereses de la Comunidad social", do art. 235.

Instituiu, ainda, a Constituição iugoslava o **Ombudsman** sueco, no art. 374, designado Advogado Social da Autogestão, também, nomeado e destituído pela Assembléia Nacional, a quem presta contas de sua atuação, regulada por lei de hierarquia inferior.

## 10. Irã

Participa, também, aqui, do Poder Judiciário o Fiscal-Geral do Estado, compondo o Conselho Supremo de Justiça, com competência para proceder às denúncias nos processos criminais, devendo interpretar a lei, da mesma forma que os juízes da Corte. Não há referência constitucional à representação judicial do Estado, que foi relegada ao plano da legislação ordinária, a que, infelizmente, não tivemos acesso.

## 11. México

Estado democrático, institucionalizou o Ministério Público, na Constituição — arts. 102 e ss., inserindo-o no Poder Executivo, presidido pelo Procurador-Geral, determinando-lhe o exercício da acusação nos processos criminais; da fiscalização da aplicação da Constituição e das leis; de interveniente nos processos entre dois ou mais Estados-Membros da Federação, entre a União e um Estado-Membro e entre os poderes de um mesmo Estado; e de representação judicial, adotando, assim, a forma portuguesa, não separando funções indissociáveis. Acumulou, ainda, a função de Consultor Jurídico do governo.

## 12. Moçambique

Antes colônia portuguesa, e, evidentemente, adotado o seu direito com as mudanças necessárias à sua realidade, faz parte o Ministério Público do Poder Judiciário, constituindo "... uma magistratura hierarquicamente organizada, ..." (art. 74º da Constituição), acumulando todas as funções clássicas do órgão, *verbis*:

"Artigo 75º — Aos magistrados do Ministério Público junto dos tribunais compete especificamente a representação do Estado, a defesa da legalidade e a fiscalização do cumprimento das leis e demais normas legais."

Sua regulamentação ficou a cargo da legislação ordinária.

### 13. Peru

Também a Lei Maior deste Estado classificou o Ministério Público no Título do Poder Judicial, tornando seus membros verdadeiros magistrados, com as mesmas prerrogativas e, em consequência, com as mesmas incompatibilidades. Quem o chefia é o **Fiscal de la Nación**, fixando o art. 250º a sua competência, **verbis**:

“1. — Promover de oficio o a petición de parte la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos ciudadanos y de los intereses públicos, tutelados por la ley.

2. — Velar por la independencia de los órganos judiciales y por la recta administración de justicia.

3. — **Representar en juicio a la sociedad.**

4. — Actuar como defensor del pueblo ante la administración pública.

5. — Vigilar e intervenir en la investigación del delito desde la etapa policial, y promover la acción penal de oficio o a petición de parte.

6. — Emitir dictamen previo a todas las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia, en los casos que la ley contempla.

7. — Las demás atribuciones que le señalan la Constitución y las leyes”,

repetida, com ênfase, na lei orgânica, editada pelo Decreto Legislativo nº 52, de 10-3-81, valendo a pena citar o **caput** do art. 1º:

“Artículo 1º — El Ministerio Público es el organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos; **la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social**, así como para velar por la moral pública; la persecución del delito y la reparación civil. También velará por la prevención del delito dentro de las limitaciones que resultan de la presente ley y por la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de justicia y las demás que le señalan la Constitución Política del Perú y el ordenamiento jurídico de la Nación” (grifos nossos).

Vemos, assim, que, além da fiscalização da lei, da representação judicial e da acusação, exerce a função de **Ombudsman** (nº 4 da disposição antes referida) quando atua como defensor do povo perante a Administração.

#### 14. Polônia

Estado "socialista", com estrutura diversa da nossa, instituiu, na Constituição, uma fiscalização exercida pelo Fiscal-Geral da República Popular que vela pela legalidade popular, vigia a proteção da propriedade socializada e garante o respeito aos direitos dos cidadãos poloneses (art. 64). Não se podem, portanto, comparar as funções de representação judicial exercidas pelo Ministério Público Federal brasileiro com essas de proteção à propriedade socializada polonesa. No demais, o Fiscal-Geral é órgão acusador nos cometimentos de delitos, prestando contas de sua gestão ao Conselho de Estado.

#### 15. Portugal

Como referido na parte histórica de nosso trabalho e pelas razões lá alinhadas, a Constituição portuguesa estabeleceu a acumulação de todas as funções clássicas do *Parquet*, em seu art. 224º, item 1, da Lei Maior, *verbis*:

"Ao Ministério Público compete representar o Estado, exercer a ação penal, defender a legalidade democrática e os interesses que a lei determinar";

mantendo-o na organização do Poder judiciário.

Contém a Constituição, no art. 23º, a função do *Ombudsman* sueco: o Provedor de Justiça que trabalha sempre em colaboração com o Ministério Público, levando-lhe as recomendações e informações necessárias à proposição de quaisquer ações.

#### 16. República Democrática Alemã

Pertence o Ministério Público ao Poder Judiciário, competindo-lhe:

"... velar pelo estrito respeito pela legalidade socialista, com base na lei e nas outras prescrições legais da República Democrática Alemã, a fim de defender a segurança da sociedade e do Estado socialistas e garantir os direitos dos cidadãos, proteger os cidadãos contra as violações da lei e dirigir a luta contra as violações da lei, promovendo a competente responsabilidade, em tribunal, das pessoas que tenham cometido qualquer crime ou delito" (art. 97 da Constituição);

acumulando, assim, a defesa da propriedade socializada, como na Polônia e outros países do Leste europeu, estrutura esta diferente da nossa e dos Estados democráticos de onde se originou a instituição.

#### 17. Romênia

Está previsto no art. 112, da Constituição, em título próprio, *verbis*:

"La Procuratoura de la Republice socialiste de Roumanie exerce la surveillance de l'activité des organes de pour-

suite pénale et des organes d'exécution des peines et veille, dans les conditions prévues par la loi, au respect de la légalité, à la défense du régime socialiste, des droits et des intérêts légitimes des organisations socialistes, des autres personnes juridiques, ainsi que des citoyens”;

valendo para este Estado os mesmos comentários feitos em relação aos outros países “socialistas”.

## 18. Rússia

Dispôs a Constituição russa sobre a Procuradoria no Título da “Justiça, Arbitragem e Vigilância da Procuradoria”:

“A vigilância superior do cumprimento exato e uniforme das leis por todos os ministérios, comitês e departamentos estatais, empresas, instituições e organizações, órgãos executivos e administrativos dos sovietes locais de Deputados do Povo. Kolkhozes, cooperativas e outras organizações sociais, assim como pelos funcionários públicos e pelos cidadãos incumbe ao Procurador-Geral da URSS e aos Procuradores a ele subordinados” (art. 164º);

deixando de tratar das outras funções, relegadas ao plano da lei ordinária, permanecendo, entretanto, a centralização diferente de nossa estrutura, presente sempre nos Estados “socialistas” antes citados.

## 19. São Tomé e Príncipe

Na Constituição, ao Ministério Público somente lhe foram reservados dois artigos, em que se prevêm as funções acusadoras e de fiscalização, e nomeação do Procurador-Geral da República (arts. 43º e 44º).

O estabelecimento da função de representação judicial, pois, foi deferido à lei de grau inferior e está, portanto, separada das anteriores. Lamentavelmente, não tivemos acesso às informações necessárias a demonstrar o seu funcionamento.

## 20. Suécia

Encontraremos, na Suécia, um fiscal da lei e da atuação dos órgãos e dos funcionários públicos, exceto dos Ministros do governo — o **Ombudsman** —, que pode, em certos casos previstos em lei, iniciar um procedimento penal contra um servidor civil; um representante judicial do Estado — **Attorney General** (Procurador-Geral); e um Promotor — **Chief Public Prosecutor** —, que promove as ações

penais; aquele presta contas ao Parlamento sueco (**Riksdag**) por quem é eleito; estes subordinam-se ao Governo.

Fazem parte, assim, do Ministério Público somente o Promotor Público Chefe e os demais Promotores em exercício nas municipalidades, com a função exclusiva da promoção da ação penal.

Esta divisão é própria dos países onde se adota o regime parlamentar e, este sim, socialista, em que há um Chefe de Estado e um Chefe de Governo; todos exercendo funções distintamente para bem caracterizar a diferença entre estes e aqueles, ditos "socialistas", que defendem a propriedade socializada, cuidando dos direitos do cidadão apenas formalmente nas suas Cartas Magnas.

Compreende-se, assim, por que a estrutura é diversa da nossa, com origem e finalidades diversas, não se prestando a comparações entre as duas instituições.

### 21. Suíça

Prevê a Constituição suíça a existência do Ministério Público Federal dentro do Poder Executivo, no Departamento de Justiça e Polícia (arts. 14 e ss.), dirigida pelo Procurador-Geral da Confederação, que promove as ações penais e dirige a Polícia Judiciária.

Não cuidou, portanto, de estabelecer sobre quem exerce a representação judicial.

### 22. Tchecoslováquia

Mais uma Federação "socialista", institui a sua Lei Constitucional os órgãos políticos supremos tchecoslovacos, incluindo o Serviço do Procurador-Geral da República tchecoslovaca que compõe o Ministério Público juntamente ao Serviço do Procurador-Geral da República socialista tcheca e ao Serviço do Procurador-Geral da República eslovaca; estes subordinados àquele, mantendo as duas Nações respeitadas na sua individualidade, desde que não confrontem os interesses da Federação.

Órgão monocrático e centralista de acordo com o artigo 104, § 1º, da Lei Maior, em razão das peculiaridades do regime, tem uma função semelhante às do **Ombudsman** sueco, com as adaptações necessárias a assegurar a proteção e vigilância dos princípios da "legalidade socialista", fiscalizando todos os órgãos e funcionários, promovendo as ações cíveis e penais, e respondendo a consultas do Governo Federal, somente prestando contas à Assembléia Federal.

### 23. Venezuela

Neste Estado, separam-se as funções de representação judicial e consultoria, a cargo da Procuradoria-Geral da República, pertencente



ao Poder Executivo, das outras, de fiscal da lei e do respeito aos direitos e garantias constitucionais, e de promotor da ação penal, exercidas pelo Fiscal-Geral da República, Chefe do Ministério Público, pertencente ao Poder Judiciário (arts. 202 e 220 da Constituição).

Guarda, ainda, o Ministério Público alguma semelhança com o **Ombudsman** sueco, quando vigia a administração e presta contas anualmente ao Congresso, apesar de seu chefe ser eleito pelas Câmaras da Corte Suprema de Justiça, reunidas em sessão conjunta.

## 24. Diversos

Alguns Estados, como a República Federal da Alemanha, Áustria, Coreia, Finlândia, Itália, França e outros, mantêm a separação entre as funções de representação judicial, de fiscal da lei e de promotor da ação penal, ou porque possuem a figura do **Ombudsman**, ou porque adotam o sistema de dualidade de jurisdição, ou o regime parlamentar, o que provoca necessariamente a divisão.

## IV. A Representação Judicial na Doutrina Brasileira

Nossos autores são unânimes em considerar a importância de que essa representação se faça pelo Ministério Público:

“O Ministério Público adquiriu, com a evolução social, considerável importância; em vez de ser um simples prolongamento do Executivo no seio dos Tribunais tornou-se a chamada magistratura de pé. Não acusa sistematicamente; **é órgão do Estado, mas também da sociedade e da lei**” (CARLOS MAXIMILIANO, *apud* VICENTE RAO, in *Justitia*, São Paulo, vol. 123, out./dez. 1983, p. 138) (grifos nossos).

“Já não se tratava, evidentemente, de meros agentes do Poder Executivo, de “Procureurs du Roi”, **mas de autênticos representantes da sociedade**, de órgãos com o encargo de vingador público contra todos os infratores da lei” (ELVIA LORDELLO CASTELLO BRANCO, Aspectos do Ministério Público de Portugal e do Brasil, in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 39, jul./set. 1973, p. 63) (os grifos são nossos).

“Se a necessidade de fiscalização e defesa sociais nasce com o Poder Estatal e Constituinte, não há como negar que o Ministério Público não decorre da organização formal, mas sim, tem seu nascedouro natural na consciência nacional. É, por isso, extraconstitucional ou extra-estatal. A vontade social é delegada ao Estado, em cuja outorga de poderes está o de dirigir-lhe e prover-lhe a tranqüilidade, como seu

procurador sendo, **ipso facto**, órgão do Poder Estatal que da sociedade é imanente” (NILTON JOSÉ MACHADO), o interesse Público como determinante da intervenção do Ministério Público na Ação, in **Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**, Florianópolis, nº 1, jan./jun. 1978, p. 138).

“... não é ele, hodiernamente, braço do Executivo, ou “agente político do governo”, conforme Pontes de Miranda e sim órgão de defesa social, segundo Francisco Campos. O Ministério Público não pode optar por teses que interessem à Administração, mesmo que “decorosamente defensáveis”, se violassem elas a sua consciência jurídica, e essa verdade precisa ser lembrada, por constituir ele uma nobre e independente carreira que não precisa cortejar qualquer poder” (FERNANDO WHITAKER DA CUNHA, Campos Sales e o Ministério Público, in **Justitia**, São Paulo, vol. 64, jan./mar. 1969, pp. 70 a 71).

“Tal atuação intensa levou os Promotores Públicos a preocuparem-se também, com a sorte dos dinheiros públicos, sobretudo dos Municípios. É que, nestes, o procurador da comuna é, normalmente, escolhido mais por ser correligionário do Prefeito, do que por sua capacidade e espírito de luta. Mal proposta ou não bem dirigida a causa, vinha a perecer o interesse público, com repercussão no erário — que é dinheiro do povo e ao povo deve reverter em forma de benefícios gerais...”

“Com a União e o Estado, por ser, então, o Promotor o seu representante, não havia preocupações maiores” (JOAQUIM MARIA MACHADO, O interesse público evidenciado..., in **Revista do Ministério Público**, Porto Alegre, nº 13/14, jan./jun. 1979, p. 44).

“O Ministério Público — como bem acentua Tomaso Vila — representa diante dos Tribunais a potestade executiva, ou seja, ação da lei, a ação pública tutora dos grandes interesses sociais, em cujo nome se promove a plena e rigorosa execução da lei. Não é ele o representante do governo, mas o representante daquela mesma ação executiva, da qual o Governo é ministro e que somente da lei deduz as suas normas” (Justificativa de proposta do Anteprojeto do Código do Ministério Público do Estado de São Paulo em 1947 — J. A. CÉSAR SALGADO, Campos Sales, o precursor da independência do Ministério Público do Brasil, in **Justitia**, São Paulo, vol. 32, jan./mar. 1961, p. 42) (grifos no original).

## V. A Jurisprudência Brasileira

Concordes conosco estão também os tribunais superiores, a exemplo do Tribunal Federal de Recursos, que declarou a ineficácia, por inconstitucional, de pedido de Procurador da Fazenda Nacional, que solicitava a intervenção em nome da União em processo de interesse do Fisco, **verbis**:

“Conflito procedente, dando pela competência para apreciá-lo o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara de Cabo Frio, ante a expressa manifestação de desinteresse da União na lide, por seu órgão constitucional de representação judicial, a Procuradoria da República” (CC 5023, publicado no **DJ**, de 17-11-83, p. 17.809) (grifos nossos).

Tem a mesma exegese o acórdão proferido no RE 85.135, publicado no **DJ**, de 10-3-78, p. 1.174, do Supremo Tribunal Federal:

“Representação judicial da União. Incumbe aos Procuradores da República (...) Artigo 95, §§ 1º e 2º da Constituição Federal de 1969; ...”.

## VI. Conteúdo da Lei Orgânica no Brasil

Tivemos oportunidade de referir, no histórico deste trabalho, o que existe sobre o assunto na Constituição brasileira.

A antiga expressão: “A União será representada em Juízo pelos Procuradores da República ...”, da Carta de 1967, conservando, assim, os textos anteriores, foi também mantida na Lei Orgânica vigente: a Lei nº 1.341, de 30-1-51, **verbis**:

“Art. 30 — São atribuições do Procurador-Geral da República:

I — ...

II — Representar a União ou a Fazenda Nacional ...”

Contém a proposta de lei orgânica elaborada pela classe, encaminhada ao Ministério da Justiça, no art. 12, a mesma atribuição. Após o seu aprimoramento neste órgão, e elaborado o anteprojeto de lei a ser encaminhado ao Congresso Nacional, resultaram as seguintes disposições:

“Art. 20. A representação judicial da União, interna ou externamente, é privativa dos membros do Ministério Público Federal, sem prejuízo do disposto no § 2º do artigo 95 da Constituição Federal.

Parágrafo único. Nas comarcas do interior e nos Territórios Federais, a representação judicial da União poderá ser exercida por membro do Ministério Público local, designado pelo Procurador-Geral da República, após indicação do Procurador-Geral de Justiça."

"Art. 22. Em caso de conflito de interesse entre o desempenho das funções institucionais do Ministério Público Federal e de representação judicial da União, o Procurador-Geral da República designará membro da instituição para atuar como advogado daquela".

Em que pese a nossa opinião no sentido de que o aparente conflito se resolve naturalmente, por isso que a função de fiscalizar a aplicação e a execução da Constituição e das leis é primordial e deve ser atendida de imediato, entendemos a necessidade da criação da possibilidade de haver as duas designações para evitar maiores problemas na prática. Os menos avisados poderão dar importância apenas a critérios de mera administração, por isso mesmo contingentes inválidos a se colocarem acima da legalidade, o que levaria à sucumbência do interesse público e ao arbítrio da Administração Pública.

## VII. Conclusão

O estudo da representação judicial no direito comparado veio demonstrar que a separação desta função da de fiscal da lei e de acusador oficial nos processos-crimes, se faz primordialmente nos Estados onde se adota o sistema de dualidade de jurisdição, de origem francesa, que remonta à Revolução e surgiu da interpretação extrema dos novos governantes: a necessidade de se criar uma justiça administrativa, julgadora das ações em que o Estado (na hipótese, substituto do rei) tivesse interesse; e outra propriamente judicial. Para funcionar como representante do Estado, assim, criou-se, de um lado, a advocacia do Poder Executivo, e, de outro, o fiscal da lei e o promotor. Por isso, a imposição da criação do defensor do povo, ou **Ombudsman**, para fiscalizar os atos da Administração.

Nos Estados, entretanto, onde se aplica o sistema de unidade de jurisdição, a divisão perde o sentido, eis que o seu representante judicial não o é do Poder Executivo, mas do povo, do tesouro nacional, que também é do povo. Seria impossível, na prática e institucionalmente, separar o fiscal do representante, em razão de que ambas as funções se esvaziariam ou se atrofiariam, distanciando-se da finalidade para que foram criadas.

Ensinou-nos mais o direito comparado que, nos Estados socialistas do Leste europeu e do Oriente, o Ministério Público exerce, na prática,

uma função a serviço do partido que detém a sua direção, não possuindo independência, deixando de servir como parâmetro para quaisquer comparações com a organização ocidental da Instituição.

Nos países, como a Suécia e outros, onde se adota o regime socialista propriamente dito, e onde encontramos a figura do **Ombudsman**, verdadeiro fiscal dos atos da Administração, ora teremos as funções de representação e acusação unidas, ora separadas. Não existe um critério para se determinar por que foi feito de uma forma ou de outra. Necessitaríamos de fazer um estudo mais profundo nas legislações inferiores respectivas para encontrar a explicação, o que, no momento, se tornou inviável por não termos às mãos os textos requeridos às Embaixadas.

Somente o Ministério Público, instituição apta, tradicional, normativa e materialmente, pode defender o patrimônio público, pois sua atuação é orientada pelo princípio da legalidade e visa ao controle dos atos administrativos e à responsabilidade civil e penal dos agentes públicos.

Os bens, serviços e interesses da União, i.e., do povo, da sociedade, os direitos difusos da coletividade, a serem protegidos contra as autoridades, fontes estas maiores de lesão ao bem comum, são de tal relevância que não comporta a sua inclusão no âmbito da atuação de meros agentes da Administração, de que dependem e cuja visão se situa nos limites dos critérios do interesse do superior hierárquico.

Compreendida esta necessidade e a distinção teórica entre as funções de fiscal e representante, impõe-se o seu exercício pela mesma Instituição, independente, e inspirada sua atuação pelo princípio da legalidade, fazendo-se a separação, na prática, com a designação de dois Órgãos diversos, se necessário.

## **Bibliografia**

### **1. Artigos**

1. 1 **ALMEIDA, Jorge Luiz de.** Formas de atuação do Ministério Público no Cível. **Revista Forense.** Rio de Janeiro, ano 70, n.º 246: 311-313, abr./jun. 1974.
1. 2 **ASSIS, Jacy de.** O Ministério Público no Processo Civil. **Revista do Ministério Público Catarinense,** Florianópolis, ano V, vol. 6: 13-50, abr./jun. 1976.
1. 3 **BARRUFINI, José Carlos Toseti.** O Ministério Público em face do Estado Moderno. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, ano 69, vol. 535: 244-246, fascículo 2, maio 1980.

1. 4 BRITTO, Carlos Ayres. Ministério Público da União e do Tribunal de Contas — órgãos distintos. *Revista de Direito Público*. São Paulo, n.º 69: 32-44, jan./mar. 1984.
1. 5 CABRAL NETTO, Joaquim. *O Ministério Público na América Latina*. Belo Horizonte, Imprensa Oficial, 1974.
1. 6 CACCURI, Antônio Edving. O Ministério Público e as causas de interesse público. *Revista de Processo*. Ed. RT, ano I, n.º 2: 114-130, abr./jun. 1976.
1. 7 CAMARGO, Ruy Junqueira de Freitas. *Perspectivas do Ministério Público na conjuntura constitucional brasileira*. *Justitia*. São Paulo, ano XXXII, vol. 71: 191-200, out./dez. 1970.
1. 8 CARNEIRO, Durval Cintra. Aspectos da atuação do Ministério Público. *Justitia*. São Paulo, ano XXXI, vol. 65: 33-44, abr./jun. 1969.
1. 9 CASTELLO BRANCO, Elvia Lordello. Aspectos do Ministério Público de Portugal e do Brasil. *Revista de Informação Legislativa*. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, DF, n.º 39: 51-112, jul./set. 1973.
- 1.10 COELHO, Inocêncio Mártires. O Ministério Público na organização constitucional brasileira. *Revista de Informação Legislativa*. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. Brasília, DF, n.º 84: 167-196, out./dez. 1984.
- 1.11 COTRIM NETTO, A. B. O Ministério Público na Constituição. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, n.º 226: 13-17, abr./jun. 1969.
- 1.12 CUNHA, Fernando Whitaker. Campos Sales e o Ministério Público. *Justitia*. São Paulo, ano XXXI, vol. 64: 61-72, jan./mar. 1969.
- 1.13 DINAMARCO, Cândido Rangel. O Ministério Público na sistemática do direito brasileiro. *Justitia*. São Paulo, ano XXX, vol. 61: 161-172, abr./jun. 1968.
- 1.14 FAGUNDES FILHO, Henrique. O Ministério Público Federal na defesa, em juízo, da União Federal. *Revista de Processo*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, ano V, n.º 18: 38-52, abr./jun. 1980.
- 1.15 FRONTINI, Paulo Salvador. Ministério Público, Estado e Constituição: pela explicitação constitucional das atribuições próprias do Ministério Público. *Justitia*. São Paulo, vol. 90: 247-256, jul./set. 1975.
- 1.16 GARCIA MONSANT, Francisco. El Ministerio Público en Venezuela: evolución histórica de la institución: su radio de acción. *Revista Interamericana do Ministério Público*. São Paulo, n.º 1: 18-29, maio 1956.
- 1.17 GOMES, Luiz Flávio. O Ministério Público e a tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Justitia*. São Paulo, ano 44, vol. 116: 117-132, jun./mar. 1982.
- 1.18 GUIMARAES JUNIOR, Renato. Magistratura e Ministério Público nos Estados Unidos segundo seus líderes e um olhar no futuro. *Justitia*. São Paulo, ano XXXIX, vol. 98: 121-139, jul./set. 1977.

- 1.19 GUSMÃO, Pedro Nunes. O Ministério Público e o 4.º Poder Constitucional. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 202: 36-38, ago. 1952.
- 1.20 LIMA, Alcides de Mendonça. Atividade do Ministério Público no Processo Civil. *Revista de Processo*. Ed. RT, São Paulo, ano III, n.º 10: 63-81, abr./jun. 1978.
- 1.21 MACHADO, Joaquim Maria. O interesse público evidenciado: intervenção do Ministério Público. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, n.º 13/14: 43-60, 1.º/2.º sem. 1979.
- 1.22 MACHADO, Nilton José. O interesse público como determinante da intervenção do Ministério Público na ação. *Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*. Florianópolis, ano I, vol. 1: 131-150, jan./jun. 1978.
- 1.23 MARINHO, José Domingos da Silva. Ministério Público e tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Revista de Processo*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, ano 9, n.º 36: 114-127, out./dez. 1984.
- 1.24 MARQUARDT, Eduardo H. La posición institucional del Ministerio Público y su organización en los Estados americanos. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Rio de Janeiro, ano 29, n.º 123: 19-36, set. 1972.
- 1.25 MARQUES, José Frederico. O Ministério Público na relação processual civil. *Revista Interamericana do Ministério Público*. São Paulo, n.º 3: 67-74, nov. 1957.
- 1.26 MAXIMILIANO, Carlos. Apud Vicente Ráo in *Justitia*. São Paulo, vol. 123: 133-139, out./dez. 1983.
- 1.27 MEIRELES, José Dilermando. Ministério Público: sua gênese e sua história. *Revista de Informação Legislativa*. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, ano 21, n.º 84: 197-214, out./dez. 1984.
- 1.28 PAULA, Edylcéa Tavares Nogueira de. Função de Controle. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, ano 77, n.º 275: 121-125, jul./set. 1981.
- O Ministério Público e seu posicionamento no Estado de Direito. *Revista de Informação Legislativa*. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, DF, ano 18, n.º 72: 81-100, out./dez. 1981; *Revista de Direito Militar*. Brasília, DF, ano VIII, n.º 11: 25-46, 1984; *Revista Forense*. Rio de Janeiro, ano 77, vol. 274: 1-10, abr./jun. 1981; *Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília, ano 39, n.º 161: 53-70, jan./mar. 1982.
- 1.29 PINZON, Jesus Bernal. Control fiscal y jurisdiccional de la constitucionalidad y de la legalidad de los actos jurídicos en Colombia. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Rio de Janeiro, ano 29, n.º 123: 37-73, jul./set. 1972.
- 1.30 SÁ, Petrónio Maranhão Gomes de. As funções constitucionais do Ministério Público Federal. *Revista de Processo*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, ano 8, n.º 32: 280-292, out./dez. 1983.

- 1.31 SALGADO, J. A. César. Campos Sales, o precursor da independência do Ministério Público do Brasil. *Justitia*. São Paulo, ano XXIII, vol. 32: 29-44, 1.º trim. 1961.
- 1.32 SANSEVERINO, Milton. O Ministério Público e o interesse público no processo civil. *Revista de Processo*. Ed. RT, São Paulo, ano III, n.º 9: 83-103, jan./mar. 1978.
- 1.33 SILVA, Jadel da. O Ministério Público. Origens Históricas e perspectivas atuais. *Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*. Florianópolis, ano I, vol. 1: 51-59, jan./jun. 1978.
- 1.34 SOARES, Sylo. A unificação do Ministério Público brasileiro. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, n.º 2: 99-100, jul./dez. 1973.
- 1.35 SUAREZ, Antonio Reol. Ministério Público español. *Justitia*. São Paulo, ano XXX, vol. 62: 53-91, jul./set. 1968.
- 1.36 SZNICK, Valdir. O Ministério Público no direito italiano. *Justitia*. São Paulo, ano XXXIX, n.º 96: 161-164, jan./mar. 1977.
- 1.37 TINOCO, Garibaldi. A idéia do Ministério Público em suas origens gregas. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília, DF, ano XXX, n.º 126: 113-127, jun. 1973.
- 1.38 TUMA, Wadih Aidar. Ministério Público e advocacia do Estado. *Revista de Direito Público*. São Paulo, n.º 15: 16-25, jan./mar. 1971.
- 1.39 VIEIRA, Waldir. A competência do Ministério Público. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Uberaba, n.º 9: 225-229, jan./mar. 1977.

## 2. Constituições

2. 1 ARGÉLIA — Constituição de 22-11-1976, in *Constituições de Diversos Países*, vol. I, Imprensa Nacional, Casa da Moeda, Lisboa, 1979 (org. por Jorge Miranda).
2. 2 ARGENTINA — Constitución de la Nación Argentina, 5.ª ed. AZ Editora, Buenos Aires, 1984.
2. 3 AUSTRIA — La Constitución de Austria, separata da obra *Las Constituciones Europeas*, de Mariano Daranas.
2. 4 BRASIL — *Constituições do Brasil* (2 volumes) — Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, Brasília, 1986.
2. 5 CHINA — Documentos de la I Sesión de la 5.ª Asamblea Popular Nacional de la República Popular China, Ediciones en lenguas extranjeras, Pekin, 1978.
2. 6 COLOMBIA — Constitución Política de Colombia, edição por José Felix Castro. Biblioteca de Actualidad Jurídica, Librería Publicitaria, Bogotá, 1980.
2. 7 COREA — Constitution of Korea, in *Korea Background Series*, vol. 1, publ. por Korean Overseas Information Service, Seul, 1983.



2. 8 **ESPAÑA** — Constitución Española, de 31-10-1978, edição oficial, Madrid, 1978.
2. 9 **ESTADOS UNIDOS** — Constituição dos Estados Unidos da América, publ. por USIS, Serviço de Divulgação e Relações Culturais dos EUA.
- 2.10 **FILIPINAS** — The Philippine Constitution of 1973, publ. por The National Media Production Center, Manila, 1973.
- 2.11 **FINLÂNDIA** — Constitution de la Finlande, publ. pelo Ministère des Affaires Étrangères, Helsinki, 1969.
- 2.12 **FRANÇA** — Constituição da França, publ. pelo Serviço de Imprensa da Embaixada da França, Brasília, DF, 1978.
- 2.13 **GRÉCIA** — Constitution of Greece, publ. pela House of Parliament, Atenas, 1979.
- 2.14 **HONDURAS** — Constitución de la República de Honduras, publ. oficial da Asamblea Nacional Constituyente, Tegucigalpa, jan. 1982.
- 2.15 **IUGOSLÁVIA** — Constitución de la República Socialista Federativa de Iugoslavia, publ. por el Secretariado de Información de la Asamblea de la RSFY, Ed. Borba, Belgrado, 1974.
- 2.16 **IRÃ** — Constitución de la Republica Islámica de Iran, Ed. Resalat, trad. pela Embaixada do Irã em Madrid, 1985.
- 2.17 **MÉXICO** — Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publ. pela Secretaría de Gobernación, Diário Oficial, México, 1983.
- 2.18 **MOÇAMBIQUE** — Constituição da República Popular de Moçambique, de 20-6-1975, com alterações introduzidas em 13-8-1978, in **Constituições de Diversos Países**, vol. II, Imprensa Nacional, Casa da Moeda, Lisboa, 1979 (org. por Jorge Miranda).
- 2.19 **PERU** — Constitución Política del Perú, Edição oficial, Ministério da Justiça, Lima, 1984.
- 2.20 **POLÓNIA** — Constitución de la República Popular de Polonia, de 22-7-1952, edição oficial, Varsóvia, 1978.
- 2.21 **PORTUGAL** — Constituição da República Portuguesa, Imprensa Nacional, Casa da Moeda, Lisboa, 1976.
- 2.22 **REPÚBLICA DEMOCRÁTICA ALEMÃ** — Constituição de 6-4-68, mod. pela Lei de 7-10-74, in **Constituições de Diversos Países**, vol. I, Imprensa Nacional, Casa da Moeda, Lisboa, 1979 (org. por Jorge Miranda).
- 2.23 **REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA** — Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 23-5-49, com emendas até 31-1-75, publ. pelo Departamento de Imprensa e Informação do Governo da República Federal da Alemanha.
- 2.24 **ROMÊNIA** — Constitution de la République Socialiste de Roumanie, publ. oficial da Grande Assemblée Nacional, 1978.

- 2.25 SAO TOMÉ E PRÍNCIPE — Constituição da República Democrática de São Tomé e Príncipe, de 5-11-1975, in **Constituições de Diversos Países**, vol. II, Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 1979 (org. por Jorge Miranda).
- 2.26 SENEGAL — Constitution de la République du Sénégal, publ. pelo Serviço de Imprensa da Embaixada do Senegal, Brasília-DF, 1975.
- 2.27 SUÉCIA — Constitutions Documents of Sweeden, publ. por The Swedish Riksdag, Stockholm, 1981.
- 2.28 SUIÇA — Constitution Fédérale de la Confédération Suisse, de 29-5-1874, publ. pela Chancellerie fédérale, Berna, 1983.
- 2.29 URSS — Lei Fundamental da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, Ed. Progresso, Moscú, 1977.
- 2.30 VENEZUELA — Constitución de la República de Venezuela, de 23-1-1961, com a redação dada pela Emenda n.º 1, de 11-5-1973, Editorial La Torre, Caracas, 1973.

### 3. Leis Orgânicas

3. 1 BRASIL — Lei Orgânica 1.341, de 30-1-1951, DO de 1-2-51.
3. 2 ESPANHA — Ley Orgánica del Poder Judicial, Editorial Tecnos S. A. Madrid, 1985.
3. 3 PERU — Ley Orgánica de los Consejos de la Magistratura y Ley Orgánica del Ministerio Fiscal, Edición Oficial, Lima, 1981.
3. 4 REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA — Ley de la Corte Constitucional Federal, publ. por Mettesheim Druck GmbH, Colonia, 1982.

### 4. Outros

4. 1 CHOVANEC, Jaroslav — La Fédération Socialiste Tchecoslovaque. Pravda — Bratislava, Maison d'édition, 1978.
4. 2 Justice and the Law in Britain. Londres, publ. pelo Foreign and Commonwealth Office by Reference Services, Central Office of Information, set. 1982.
4. 3 PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo, Tomo IV, Editora RT, 1967.
4. 4 SIGG, Oswald. **Switzerland's Political Institutions**. Berna, Swiss council for the arts pro Helvetia, Information, History and State, 1979.
4. 5 SILVA, José Afonso da. **Natureza Jurídica das Normas Constitucionais**. São Paulo, Ed. RT, 1982.
4. 6 TORNAGHI, Hélio. **Instituições do Processo Penal**. Rio de Janeiro, vol. III, Ed. Forense, 1959.

# Constituinte e meio ambiente

PAULO AFFONSO LEME MACHADO

Promotor de Justiça (SP). Professor na UNESP (Campus de Rio Claro). Presidente da Sociedade Brasileira de Direito do Meio Ambiente

## 1. *Conteúdo e linguagem da Constituição*

No momento em que se busca legitimamente a realização da Assembléia Nacional Constituinte, merece ser focalizado o conceito de Constituição e seu conteúdo. Nota-se em certos juristas e alguns homens públicos uma preocupação de que o texto constitucional tenha somente o "essencial" e que matérias outras sejam deixadas para leis complementares e ordinárias. Nessa preocupação há algo válido, mas há também sérios perigos a eliminar.

Deve-se buscar um mínimo de consenso no novo texto constitucional, sabendo-se de antemão que não haverá unanimidade. O dissenso em questões secundárias não afetará a função da Constituição, desde que se lhe assegurem instrumentos de coesão social e política, alicerces de sua durabilidade.

A partir de 1934 as Constituições brasileiras alargaram seu conteúdo, deixando a visão da Constituição Imperial, que, no seu art. 178, dizia: "É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos". Os direitos sociais passam a ter guarida nas Constituições brasileiras e, de quatorze princípios relativos à Legislação do Trabalho (1934), passamos a vinte e um atualmente.

AFONSO ARINOS acentua que “assim considerados o regime constitucional e a teoria da Constituição, concluiremos logicamente que esta sofre constante evolução, decorrente da ampliação e da variação inevitáveis das incumbências do Estado moderno. O campo da teoria constitucional é, assim, ilimitado e acompanha o progresso permanente do Estado” (1). MAURICE DUVERGER afirma: “Do ponto de vista do conteúdo (ponto de vista formal), a Constituição é um texto especial, redigido por um órgão especial, segundo procedimentos mais ou menos solenes: esse texto contém essencialmente as instituições políticas do país, mas não as contém todas necessariamente (as leis eleitorais — por exemplo — não figuram em geral nas Constituições) e pode conter outras disposições que aquelas concernentes às instituições políticas. (A Constituição suíça contém, entre outras, disposições concernentes ao abate de gado.)” (2).

Na oitava Constituição brasileira (a ser votada em 1987) não se pode pretender fazer uma enciclopédia legislativa, mas, também, a pretexto de se procurar a síntese, não se deve nem marginalizar, nem omitir matérias de alto interesse social como o ambiente.

Espera-se a sensibilidade dos Constituintes para que o texto disponha com plena auto-aplicabilidade, sem que se fique à espera de complementação na legislação ordinária.

Princípios programáticos são encontrados na maioria de nossas Constituições estaduais em normas que dizem ser dever do Estado “preservar as riquezas naturais, combater a exaustão do solo, proteger a fauna e a flora e criar reservas”.

O defeito de redação e de estrutura da norma ambiental também é encontrado na atual Constituição de 1967, emendada pela EC 1/1969, quando trata do dever do Estado em amparar a cultura. Dessa lacuna também se ressentem textos estrangeiros, como, por exemplo, a Constituição da Luisiânia, nos Estados Unidos da América, dizendo seu art. IX, sec. 1: “Os recursos naturais do Estado, incluindo o ar e a água, e a salubridade e as qualidades cênicas, históricas e estéticas do ambiente devem ser preservadas, conservadas e completadas tanto quanto possível, em compatibilidade com a saúde, segurança e bem-estar do povo. O Legislativo deverá editar leis para implementar esta política”.

---

(1) FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito Constitucional*. 2ª ed. Forense, 1981, p. 81.

(2) DUVERGER, Maurice. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, PUF, 1959, p. 216.

**Salienta HARGRAVE:** “Até que as leis sejam adotadas, a política estadual permanece sem implementação direta dos tribunais, e não existe mecanismo para forçar o Legislativo a adotar qualquer lei particular sobre a matéria” (3).

**MICHEL PRIEUR**, referindo-se à França, reforça, dizendo: “Sabe-se que, a nível legislativo, direitos e liberdades, podem ser proclamados, mas eles não se tornam fonte de obrigação jurídica senão quando suficientemente precisos. Referindo-se somente à proteção da natureza como “interesse geral” (art. 1º da Lei de 10-7-76), a norma é considerada uma formulação muito vaga, cuja desobediência não pode ser na prática sancionada” (4).

Insistimos que devemos nos prevenir para evitar a introdução de princípios vagos na Constituição com referência à matéria ambiental, a menos que se queira deliberadamente fraudar as expectativas e as necessidades dos brasileiros.

## 2. Nova Constituição e ambiente

Ao ensejo da comemoração da Semana Mundial do Meio Ambiente de 1985, a Sociedade Brasileira de Direito do Meio Ambiente levou a efeito debates nas cidades do Recife, Belém, Natal, Belo Horizonte, Porto Alegre, Rio de Janeiro, São Paulo e Brasília. Nesses encontros tivemos oportunidade de expor idéias, e algumas delas passamos aqui a expor.

### 2.1. Bens públicos ambientais — Conceituação

A primeira Constituição de 1824 não classificou os bens públicos nacionais e provinciais. A Constituição de 1891 (primeira da República) aponta ser competência do Congresso Nacional “legislar sobre terras e minas de propriedade da União” (chegando também a afirmar que “as minas pertencem aos proprietários do solo”). A reforma constitucional de 1926 mudou essa orientação e declarou a propriedade do solo distinta da do subsolo, e essa diretriz permanece até hoje. A Constituição de 1934 faz o elenco de bens federais: rios, lagos, ilhas fluviais e lacustres nas zonas fronteiriças. Na Constituição de 1967 registra-se um avanço na dominialidade pública, passando também a abranger as ilhas oceânicas e a plataforma submarina. A EC 1/1969 acrescentou o mar territorial.

(3) HARGRAVE, Paul. Louisiana Constitutional Law, in *Louisiana Law Review*, vol. 38, 1978, p. 442.

(4) PRIEUR, Michel. *Droit de l'Environnement*. Dalloz, 1984.

Parece-nos que a nova Constituição deve abranger como bens públicos os mangues, as margens dos rios, a fauna silvestre e seu *habitat* e as praias. A existência de restrições administrativas ou de servidões nessas áreas não tem protegido adequadamente o seu ambiente natural.

Não se trata de estatizar o ambiente. Muitas vezes o Poder Público tem-se comportado como mau proprietário, tanto quanto o particular. Veja-se o caso de Cubatão!

É preciso colocar-se na Constituição o que já consta da Lei federal nº 6.938/81 — o meio ambiente como patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo. A conceituação desses bens como bens sociais é importante. Além disso, é de valia introduzir-se parágrafo que obrigue o Poder Público a fundamentar ou motivar os atos administrativos que licenciem atividades concernentes ao meio ambiente, como também publique, em jornal oficial e privado (de grande circulação), notícia acerca dos projetos que possam causar danos relevantes à natureza e à sanidade ambiental.

Motivação e publicidade serão instrumentos a serem usados para se verificar e controlar a finalidade dos atos públicos e privados.

Cumprе insistir que “o Estado é mero gestor desses bens avultando aqui a atividade e a organização administrativa pública na finalidade de velar pelo racional e adequado uso coletivo do bem. Atualmente se acentua com justeza a função social da propriedade privada, mas se olvida na afirmação da função social da propriedade pública” (5).

No direito comparado encontramos a afirmação de POSTIGLIONE de que “o termo “bem coletivo” passa a responder melhor ao escopo, sublinhando que é a comunidade, com suas várias articulações, a interessada e não somente o Estado-pessoa. Ainda o termo “bem comum” pode ser utilizado no mesmo sentido, pela sua antiga tradição e simples compreensão” (6).

Nas Constituições estrangeiras podemos encontrar recentes contribuições. A Constituição da Iugoslávia (1974) diz em seu

(5) MACHADO, Paulo Affonso Leme. Sistema orgânico para a gestão ambiental, in *Revista do Serviço Público*, v. 111, n.º 4, out.-dez. 1983, pp. 69-82.

(6) POSTIGLIONE, Amedeo. *Manuale dell'Ambiente*. NIS, 1984, p. 29.

art. 85: "O solo, as florestas, as águas, os cursos d'água, o mar e as costas, as riquezas minerais e outros recursos naturais, os bens de uso comum do povo, assim como os bens imóveis e outros objetos de importância cultural e histórica particular são objeto, enquanto bens de interesse geral, de uma proteção especial e utilizados nas condições e segundo as modalidades presentes na lei" (7). Na Constituição da Espanha (1978) vemos o art. 132. 2: "São bens de domínio público estatal os que determina a lei e, em todo o caso, a zona marítimo-terrestre, as praias, o mar territorial e os recursos naturais da zona econômica e a plataforma continental". O art. 132.3 faz uma distinção entre patrimônio do Estado e patrimônio nacional e se refere que a lei regulará sua defesa, administração e conservação. A Constituição do Peru (1979), no Capítulo dos Recursos Naturais, em seu art. 118, prevê: "Os recursos naturais, renováveis como os não renováveis, são patrimônio nacional. Os recursos minerais, as terras, as florestas, as águas e de modo geral todos os recursos naturais e fontes de energia pertencem ao Estado. A lei determina as condições de sua utilização pelo Estado e sua atribuição aos particulares".

Acima da divisão entre propriedade pública e privada, a nova Constituição é o espaço político concedido para se definir o bem ambiental como propriedade social.

## 2.2. *Direito ao sol*

Sugerimos a introdução de um parágrafo afirmando a liberdade na captação de energia solar, independentemente de prévio controle estatal. O princípio pode parecer óbvio, mas merece ser explicitado, para que com o desenvolvimento dessa tecnologia não poluente, agências estatais não queiram ter o monopólio daquilo que é coletivo. Contudo, é preciso afirmar-se esse direito ao sol na consagração de que todo imóvel tem direito a um mínimo de horas diárias de captação de energia solar, suficientes para as necessidades familiares. Não se esqueça que a verticalização da propriedade pode acarretar o sombreamento da propriedade vizinha, confiscando indevidamente seu direito ao sol. Nesse parágrafo sugere-se também a obrigatoriedade de que nos zoneamentos urbanos se introduza dispositivo que estude a possibilidade do funcionamento de coletores solares nos bairros de baixa renda.

---

(7) CONSTITUIÇÕES DE DIVERSOS PAÍSES. Lisboa, Imprensa Nacional, 1979.

Podemos antever a reação organizada dos especuladores imobiliários consorciados àqueles que querem o unidirecionamento da política energética para o setor hidrelétrico e nuclear.

### 2.3. *Direito de acesso à natureza*

O Código Florestal de 1965 afirmou que “as florestas existentes sobre o território nacional e outras formas de vegetação... são bens de interesse comum a todos os habitantes do país”. A legislação em vigor considera que a propriedade pública e privada da floresta ou de outras formas de vegetação deve ser utilizada para a consecução do interesse da coletividade ou interesse social. Nesse sentido o parágrafo único do art. 1º do mencionado Código: “As ações ou omissões contrárias às determinações do Código na utilização e na exploração das florestas são consideradas como uso nocivo da propriedade”. O Código Florestal não consagra, contudo, o uso coletivo da floresta, nem mesmo a abertura da floresta privada ao público como outros países já o fizeram (8).

O direito de acesso dos cidadãos à natureza merece ser constitucionalizado. Não se socializa a propriedade privada ou pública, isto é, não se legaliza qualquer invasão de propriedade, mas se abre um direito de visita à natureza.

Não estamos importando noções jurídicas, mas é válido apontar o sucesso dessa regra na Suécia. Trata-se do *allemansrätten*, que é “o direito de acesso público à natureza, permitindo a toda pessoa a faculdade de andar a pé por terrenos de propriedade alheia e de neles deter-se por tempo determinado” (9). Continua havendo na propriedade privada uma “zona de inviolabilidade de domicílio” e o acesso do público pode ser interdito por razões científicas, protegendo-se a própria natureza.

As belezas naturais como pequenos saltos, pequenos bosques, cavernas ou a beleza das paisagens poderão ser fruídas por todos. Não se expropria a propriedade privada, não se limita sua função produtiva, nem se exige — para cada caso — o complexo procedi-

---

(8) MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Les forêts et l'environnement au Brésil, Forêts et l'Environnement*, PUF, 1984, pp. 206-217.

(9) ROSEN, Bo. *El Derecho de Acceso Público a la Naturaleza en Suecia, Actualidades de Suecia*. Instituto Sueco, n.º 235, novembro 1978.



mento do tombamento ou a destinação de amplos recursos para a instituição de parques. Desde que não haja danos, qualquer cidadão pode entrar na propriedade para fruir da natureza. Ocorrendo danos, a lei civil e penal responsabilizará o autor. De outro lado, a visita não predatória dos cidadãos exercerá uma relevante e gratuita tarefa educativa e terapêutica, ajudando o aperfeiçoamento da personalidade.

#### 2.4. *Cogestão dos bens públicos ambientais*

Considerada a natureza do bem social, é de ser introduzida regra constitucional permitindo que os bens ambientais sejam geridos pelas três pessoas de direito público interno: União, Estados e Municípios. O sistema concorrente de competência evitará a centralização de poder (como se verifica na Constituição de 1967 e na sua Emenda 1/1969) e deixará para a União os assuntos em que a unidade jurídica, econômica e social estiver em jogo.

A pretexto de que a lei de proteção da fauna silvestre (1967) considerou-a como "bem do Estado", concentrou-se o procedimento contravencional nas mãos da Justiça Federal (note-se a dificuldade para a rápida e segura obtenção da prestação jurisdicional, quando as Varas Federais estão localizadas nas capitais e as infrações podem ser cometidas em cidades interioranas distantes da metrópole). As margens dos rios são hoje de responsabilidade da Secretaria (federal) do Meio Ambiente — SEMA. Por equívoco, que merece ser claramente corrigido na Constituição, as árvores e jardins das cidades estão sendo tratados como bens federais, intervindo o IBDF (Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal) como também a Justiça Federal.

### 3. *Direito de participação social*

O monopólio da gestão e do poder de polícia ambiental em mãos do Poder Público não tem levado à salvação ou à recuperação da natureza e à conservação da saúde ambiental. Faz-se necessário introduzir norma constitucional admitindo aos cidadãos, às associações ambientais, aos sindicatos, às universidades, às associações patronais participarem dos órgãos administrativos que licenciam produtos e atividades poluentes ou que possam degradar a natureza, como também em órgãos que punam administrativamente

te o infrator. A nível da legislação ordinária tenta-se, com o CONAMA — Conselho Nacional do Meio Ambiente, integrar administração pública e sociedade. Entretanto, essa integração merece ser constitucionalizada para que nos três níveis de ação (federal, estadual e municipal) haja efetivação da participação não só no aspecto consultivo, como deliberativo.

Olhando para o passado, vemos que a participação constitucional dos cidadãos na administração brasileira tem-se reduzido ao direito de petição, de denúncia de abusos e o pedido de responsabilização dos culpados (art. 179, nº 30 da Constituição de 1824 e no mesmo sentido as Constituições posteriores). Trata-se de uma participação indireta e que encontra o abuso ecológico já consumado e que não tem nenhuma chance de dar diretrizes ao uso dos bens ambientais.

#### 4. *Defesa judicial dos interesses e bens ambientais*

Brevemente acentue-se a necessidade da reformulação da ação popular constitucional e da introdução de uma ação judicial de prevenção e reparação do dano ecológico. Não se deve, nem a conservação da saúde ambiental tolerará, esperar-se um novo Código de Processo Civil ou o refazimento deste, elaborado em 1973. Os interesses coletivos ou interesses difusos da coletividade devem ter sua defesa estimulada e facilitada pela Constituição. O que se constata na vida forense é que a maioria dos processos defendem interesses privados, ainda que merecedores de respeito. O indivíduo solitário não tem tido tempo, formação cultural e dinheiro para enfrentar o poluidor e o degradador do ambiente. Além dos cidadãos, os autores, isto é, quem possa ter a iniciativa judicial dessas ações, devem também poder ser as associações ambientais e o Ministério Público. Postula-se, também, a gratuidade dessas ações. Não é abrir aos temerários essas ações, nem se estimula indevidamente o contencioso. Estão aí as ações de alimentos cuja gratuidade não asfixiou o trabalho forense. Sem amparo do Constituinte, o Judiciário continuará fechado para tomar conhecimento das causas que interessam a todos, mas que não têm até agora encontrado mecanismos para defendê-las.

#### 5. *Valorização da lei e do Poder Legislativo*

A despeito da necessária ação do Poder Executivo na política ambiental, vemos que as decisões fundamentais para a vida, saúde

e felicidade dos brasileiros — como são as questões ambientais — merecem passar pelo Legislativo. Assim, cite-se o precedente da Convenção Africana sobre a Conservação da Natureza 1968, que recomenda: “As reservas naturais integrais e os parques nacionais não poderão ser alterados, nem qualquer parte alienada, a não ser pela autoridade legislativa competente”. Projetos de impacto ambiental relevante — como grandes hidrelétricas, aeroportos internacionais, pólos industriais — merecem estar incluídos no domínio reservado à Lei. Abrir-se-á o debate, e novas contribuições poderão ser feitas no âmbito do Poder Legislativo, conciliando-se o desenvolvimento econômico e a conservação da saúde ambiental. Evitaremos casos como o de Sete Quedas.

\* \* \*

Anexamos as sugestões da Sociedade Brasileira de Direito do Meio Ambiente, nas quais o Autor colaborou:

#### MEIO AMBIENTE NA NOVA CONSTITUIÇÃO

1 — A União, os Estados e os Municípios têm o dever de manter o ambiente equilibrado e saudável, agindo contra todas as formas de poluição.

2 — Qualquer do povo tem direito a ambiente equilibrado e saudável, como o dever de agir para mantê-lo nessa condição.

3 — Qualquer do povo, as associações e o Ministério Público têm legitimidade para proporem ação civil pública gratuita, visando a manutenção do equilíbrio e da sanidade ambiental e a proteção do patrimônio ambiental, artístico, arqueológico, espeleológico, florestal, histórico, paisagístico e turístico podendo para isso postular judicialmente a concessão de medidas cautelares e liminares, a reparação do dano, o cumprimento da obrigação de fazer e de não fazer.

Parágrafo único. O poluidor e o predador dos bens referidos neste artigo serão responsabilizados administrativa, civil e penalmente.

4 — Os órgãos da administração pública destinados ao controle da poluição e da gestão de recursos ambientais terão a sua direção superior sob a forma de colegiado, onde serão representadas as associações ambientais, com, pelo menos, um terço de votos.

5 — Os componentes dos órgãos superiores, que fiscalizem ou exerçam poder de polícia sobre as instalações nucleares, além dos requisitos do art. 4º, serão nomeados pelo Presidente da República, com mandato determinado, após a aprovação dos nomes pelo Congresso Nacional.

6 — As associações ambientais terão direito de participar da elaboração pelo Poder Público de planos, projetos e programas relacionados com o ambiente, bem como impugnar administrativamente pedidos de licença, autorização, permissão e concessão.

7 — A aprovação, licenciamento ou autorização de construção e operação de instalações nucleares, inclusive depósitos de rejeitos nucleares, sob quaisquer formas, serão submetidos ao referendo popular.

8 — As unidades de conservação somente poderão ser alteradas ou suprimidas mediante lei.

9 — Os projetos públicos e privados que possam causar alterações sensíveis ao ambiente dependerão, para seu licenciamento ou autorização, da realização de prévio estudo de impacto, analisando-se as alternativas de localização, custeado o estudo pelo proponente do projeto e elaborado por equipe multidisciplinar.

10 — Os bens públicos de uso coletivo somente poderão ter sua destinação alterada ou desafetados, após a aprovação pelo Poder Legislativo, através de *quorum* mínimo de dois terços, vedada a utilização do sistema de decurso de prazo.

11 — Os recursos hídricos serão geridos através de órgãos que, além de observarem as disposições do art. 4º, sejam integrados por representantes de todos os Municípios que compõem a bacia hidrográfica.

12 — Os pedidos de licença, autorização, permissão ou concessão concernentes a recursos ambientais deverão ser publicados resumidamente na imprensa oficial e de grande circulação da região.

13 — As associações ambientais — constituídas na forma da lei — terão acesso ao mandado de segurança e ação popular para defender os bens constantes no artigo 3º

14 — Os Estados e os Municípios terão competência suplementar para legislar sobre o meio ambiente.

#### SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO DO MEIO AMBIENTE

(Inscrita no 2º Registro Civil de Pessoas Jurídicas de Piracicaba,  
sob nº 681, fls. 24/25 — Livro A)

# Interesses difusos: a ação civil pública e a Constituição

ÁLVARO LUIZ VALERY MIRRA

Advogado em São Paulo

## I — Introdução

Há pouco mais de um ano entrou em vigor a Lei nº 7.347/85 disciplinando a ação civil pública para a tutela de interesses difusos nela especificados, marcando o início de uma nova era no direito positivo brasileiro, permitindo o acesso à justiça de interesses pertencentes a todos os membros do grupo social.

Entretanto, tradicionalmente, quando se fala em ação, visualiza-se aquele direito conferido ao indivíduo de pedir ao Poder Judiciário a proteção de determinado interesse seu (individual) ameaçado ou violado; direito fundamental erigido em garantia constitucional.

Assim, o que nos interessa nestas linhas é analisar em que medida a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, de natureza específica, está ou não em consonância com os princípios constitucionais do direito de ação vigentes no Brasil e qual a posição adotada no Anteprojeto de Constituição elaborado pela "Comissão Provisória de Estudos Constitucionais".

A relevância do tema consiste no fato de que, embora a Lei nº 7.347/85 seja um instrumento eficaz de proteção aos interesses difusos, a sua legitimidade depende da conformidade com os ditames da Constituição (1), o que realça a necessidade de ser reforçada e garantida por princípios constitucionais específicos.

## II — Os interesses difusos

Muito se tem discutido a respeito dos interesses difusos, existindo diversos trabalhos nas literaturas nacional e estrangeira sobre

---

(1) JOSÉ AFONSO DA SILVA. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 2ª ed., São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 1982, pp. 44/45.

o tema <sup>(2)</sup>, o que nos exime de dedicar maior atenção às suas conceituação e evolução histórica.

Importa, contudo, para destacar a importância do problema aqui analisado, mencionar algumas de suas peculiaridades, bem como suas principais características.

Os interesses difusos são interesses relativos ao meio ambiente, aos consumidores, ao patrimônio histórico, aos discriminados em função de raça, cor, sexo ou religião. Sua titularidade pertence a um número incalculável de pessoas, a grupos, opondo-se, assim, aos interesses individuais.

As principais características de tais interesses são:

a) supra-individualidade;

b) titularidade pertencente a um número indeterminado, e praticamente indeterminável, de indivíduos;

c) inexistência de vínculo jurídico entre os diversos titulares, estando congregados em virtude de fatores conjunturais (p. ex.: habitar uma mesma região, consumir um mesmo produto, pertencer a uma determinada raça); e

d) indivisibilidade do objeto do interesse, sendo que sua satisfação a todos aproveita e sua violação a todos prejudica, em conjunto <sup>(3)</sup>.

Por outro lado, os interesses difusos não se enquadram na tradicional divisão entre interesses públicos (do Estado) e interesses privados (dos particulares). Em verdade, poder-se-ia dizer que são, ao mesmo tempo, interesses públicos e privados. Daí sua especificidade <sup>(4)</sup>.

Conseqüentemente, temos que a grande peculiaridade dos interesses difusos consiste na impossibilidade de constituírem núcleos de direitos subjetivos, estes definidos por UGO ROCCO como faculdade ou poder, reconhecido e conferido por uma norma jurídica a um **sujeito individualmente determinado** de querer e agir para a satisfação de um interesse seu, pela norma tutelado <sup>(5)</sup>.

(2) Ver ADA PELLEGRINI GRINOVER, "A problemática dos interesses difusos", in *A Tutela dos Interesses Difusos*, São Paulo, ed. Max Limonad, 1984, p. 29; MOREIRA, José Carlos Barbosa, "Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos", in *Temas de Direito Processual* (3ª série), São Paulo, ed. Saraiva, 1984, p. 193; MAURO CAPPELLETTI, "Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile", in *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, 1975, pp. 361/402.

(3) ADA PELLEGRINI GRINOVER, ob. cit., pp. 30/31.

(4) Sobre este aspecto, MAURO CAPPELLETTI, ob. cit., pp. 367/373.

(5) *Trattato di Diritto Processuale Civile*, Torino, Utet, 1966, p. 19.

Do ponto de vista do direito positivo encontramos a Lei número 7.347/85 que veio disciplinar a ação civil pública para a tutela desses interesses supra-individuais, abordando alguns problemas relativos à tutela jurisdicional dos mesmos, dentre os quais destacamos dois. Um é a restrição da incidência da ação a apenas três espécies de interesses difusos: o meio ambiente, o consumidor e o patrimônio histórico, artístico, estético, turístico e paisagístico (art. 1º). O outro concerne à legitimidade *ad causam* para a propositura da ação que foi atribuída ao Ministério Público, à União, Estados e Municípios, a autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações civis (art. 5º). Excluiu-se, portanto, a legitimidade dos indivíduos.

### III — O conceito de ação e seu fundamento constitucional

Ação, como instituto processual, segundo LIEBMAN (6), é o direito de uma pessoa à obtenção de um provimento judicial, fazendo atuar a lei a uma determinada situação fática, por ela deduzida em juízo.

É um **direito subjetivo**, direito para agir em juízo em defesa de interesses próprios; **público**, dirigido ao Estado, **autônomo**, desvinculado do direito material; **abstrato**, podendo a decisão ser favorável ou desfavorável, e **instrumental**, na medida em que é meio e modo para se procurar obter a satisfação de uma pretensão (7).

Embora regulada pela lei processual, é na Constituição que a ação encontra delineados seus traços essenciais. Constitucionalmente, portanto, é o direito de todo cidadão agir perante os tribunais, pertencente a todos e em quaisquer circunstâncias (8), revelado no princípio da inafastabilidade da apreciação pelo Poder Judiciário de qualquer lesão de direito individual.

No direito positivo brasileiro, o fundamento constitucional da ação vem estatuído no art. 153, § 4º, primeira parte, da Constituição Federal, que dispõe: "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual." (sem grifos no original) E este artigo está colocado no Capítulo IV do Título II, que trata "DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS" (sem grifo no original).

Em suma, podemos afirmar que a ação é um **direito subjetivo** (direito e garantia individual através do qual se busca a tutela de **interesses individuais** ("lesão de direito individual"); direito processual, fundado numa garantia constitucional.

(6) LIEBMAN. "L'azione nella teoria del processo civile", in *Problemi del Processo Civile*. Napoli, Morano Editore, 1962. pp. 40/46; e *Manual de Direito Processual Civil*. Trad. Cândido R. Dinamarco, Rio de Janeiro, ed. Forense, 1984, vol. I, p. 150.

(7) FREDERICO MARQUES. *Manual de Direito Processual Civil*. 11ª ed., São Paulo, ed. Saraiva, 1986, vol. I, pp. 174/175.

(8) LIEBMAN, *idem*.

#### IV — A ação civil pública: conceito e natureza

Conforme bem assinalam CAMARGO FERRAZ, MILARÉ e NERY JR., há determinados valores, considerados de interesse público, "... que devem ser preservados para garantia da segurança, da tranqüilidade, do equilíbrio, da justiça e, enfim, da própria viabilidade do convívio social" (9).

Face à inércia do Poder Judiciário, indispensável à sua atuação imparcial e, por outro lado, à imperatividade de proteção desses interesses públicos que não podem se subordinar à livre disposição de seus titulares, tem-se atribuído ao Ministério Público a tarefa de pleitear judicialmente tal proteção, na qualidade de parte, através da ação civil pública.

Nestes termos, a ação civil pública pode ser conceituada como "... o direito conferido ao Ministério Público de fazer atuar, na esfera civil, a função jurisdicional" (10).

De acordo com o que afirma VOLTAIRE DE LIMA MORAES, a ação civil pública caracteriza-se não em razão do direito material objeto da mesma, mas em função da qualidade da parte ativa, um órgão público, mais especificamente o Ministério Público (11).

Entretanto, a ação civil pública disciplinada pela Lei nº 7.347 de 1985 tem maior amplitude. A lei atribuiu legitimação a órgãos públicos e privados, atendendo aos reclamos da doutrina especializada (12). Assim, nela não há exclusividade, nem prioridade na atuação do Ministério Público como parte ativa, podendo ser antecedido na propositura da ação por, p. ex., uma associação civil (art. 5º, caput), bem como tê-la ao seu lado, na qualidade de litisconsorte ativo, na ação por ele proposta (art. 5º, § 2º).

Por outro lado, ao contrário do que afirmam os autores citados, o objeto da ação passa a ter relevância, juntamente com a qualidade da parte ativa, na caracterização do instituto em questão, pois, como vimos, os interesses difusos não são interesses apenas públicos, mas também privados — eis o ponto distintivo.

No tocante à sua natureza, a ação civil pública para a tutela de interesses difusos nela elencados é especialíssima.

(9) *A Ação Civil Pública e a Tutela dos Interesses Difusos*, São Paulo, ed. Saraiva, 1984, p. 21.

(10) CAMARGO FERRAZ, MILARÉ e NERY JR. *A Ação Civil Pública...* cit., p. 22.

(11) In *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul* (ed. especial). Porto Alegre, 1986, n.º 19, p. 30.

(12) Ver WALDEMAR MARIZ DE OLIVEIRA JR. "Tutela jurisdicional dos interesses coletivos", in *A Tutela dos Interesses Difusos*. São Paulo, ed. Max Limonad, 1984, p. 20.



Em primeiro lugar, observe-se que não se trata de um direito subjetivo, pois o cidadão individualmente considerado não foi incluído entre os legitimados ativos para a propositura da ação.

Além disso, a ação civil pública não visa à tutela de direitos individuais, mas de interesses difusos que, conforme já apontamos, contrapõem-se aos interesses individuais, pois que concernem a toda uma categoria de pessoas indistintamente.

Parece-nos evidente, portanto, a inadequação da ação civil pública regulada pela Lei nº 7.347/85 ao conceito tradicional de ação.

## V — Fundamento constitucional da ação civil pública e o Anteprojeto de Constituição

Tendo em vista o que acabamos de expor, não há como ignorar que a ação civil pública de que tratamos não pode ter como fundamento o art. 153, § 4º, da Constituição Federal e muito menos estar colocada no capítulo referente aos direitos e garantias individuais. Na realidade, inexistente, atualmente, fundamento ou dispositivo constitucional para a referida ação, tendo o legislador ordinário ignorado tal problema e se adiantado ao Congresso Constituinte (13).

A "Comissão Provisória de Estudos Constitucionais", responsável pela elaboração do Anteprojeto de Constituição, por seu turno, esteve atenta ao problema mencionado, nos dispositivos em que tratou do tema.

Com efeito, em seu art. 15, o Anteprojeto prevê: "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito." (Sem grifos no original). Como podemos observar, não mais se fala em lesão de direito **individual**, tendo sido erigido em garantia constitucional o acesso ao Poder Judiciário das violações e interesses coletivos e difusos.

Outra importante inovação encontra-se no art. 36. Este, após estabelecer, expressamente, a garantia constitucional ao meio ambiente sadio, à preservação do patrimônio histórico e paisagístico (art. 36, **caput**) e à proteção do consumidor (art. 36, § 1º), prevê em seu § 2º a ação civil pública para a tutela desses interesses "sociais" especificados, assegurando legitimação ativa ao **Ministério Público**, a **pessoas jurídicas** (públicas ou privadas) qualificadas em lei e a **qualquer do povo**.

Cumpre salientar, por fim, que os dois artigos acima descritos estão presentes no Capítulo II do Título I do Anteprojeto que trata "DOS DIREITOS E GARANTIAS". Omite-se, aqui também, a palavra "individuais".

(13) GALENO LACERDA, "Ação civil pública", in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul* (ed. especial), Porto Alegre, 1986, n.º 19, pp. 12/13.

Assim, de acordo com o Anteprojeto de Constituição, o direito de ação deixou de ser apenas um direito subjetivo, visando à proteção de interesses meramente individuais, ganhando a amplitude já manifestada na legislação ordinária.

Entendemos, portanto, que o Anteprojeto apresentado pela "Comissão" disciplinou corretamente, nos limites genéricos, mas indispensáveis, próprios de uma Constituição, os interesses difusos especificados na Lei nº 7.347/85, da mesma forma que o fundamento constitucional do direito de ação, especialmente da ação civil pública, acompanhando as lições da melhor doutrina e desvinculando-os, conseqüentemente, de qualquer conotação estritamente individualista.

A lamentar apenas o fato de o Anteprojeto repetir a omissão da Constituição vigente, dispondo em seu art. 15 sobre a lesão de direito e não incluindo no texto a ameaça de lesão, e, também, o de, acompanhando a Lei nº 7.347/85, restringir a incidência da ação civil pública às três espécies de interesses difusos já mencionadas (art. 36, § 2º). Estas omissão e restrição deverão ser melhor analisadas na Constituinte.

## VI — Conclusões

1) Os interesses difusos são interesses que, por se contraporem aos interesses individuais e congregarem aspectos públicos e privados, não podem ser núcleos de direitos subjetivos.

2) O direito de ação tradicional é um direito subjetivo ligado à tutela de direitos individuais, expresso no princípio constitucional do art. 153, § 4º, da Constituição Federal, e, portanto, inadequado para a tutela dos interesses difusos.

3) A ação civil pública disciplinada na Lei nº 7.347/85 rompeu com o princípio tradicional, tendo natureza específica: não é direito subjetivo, mas direito atribuído a órgãos públicos e privados; nem visa à proteção de interesses individuais, e sim interesses difusos.

4) Não existe na Constituição vigente fundamento para a ação civil pública, estando excluída do âmbito do art. 153, § 4º

5) O Anteprojeto de Constituição disciplinou satisfatoriamente a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, bem como a garantia do acesso ao Poder Judiciário, não mais privilégio dos interesses individuais.

Devem os seus dispositivos ser mantidos na futura Constituição, mas com duas modificações: estender a incidência da ação civil pública a todas as espécies de interesses difusos e explicitar, no artigo referente ao princípio da inafastabilidade da apreciação pelo Poder Judiciário de qualquer lesão de direito, a ameaça de lesão também.

# Suspensão da executoriedade das leis

CARLOS ROBERTO PELLEGRINO

Docteur d'État. Professor na UnB. Consultor Jurídico do Ministério da Justiça

## SUMÁRIO

1. *Dispositivo constitucional.* 2. *Situação do tema.* 3. *Tripartição do poder público.* 4. *O poder-competência.* 5. *Participação de responsabilidades nas relações Legislativo e o Judiciário.* 6. *Dever, obrigação ou poder-dever.* 7. *Manifestação de Aliomar Baleeiro.* 8. *Argumento.* 9. *Ato de natureza complexa.* 10. *Exercício da competência pelo Senado Federal, na opinião dos juristas.* 11. *Abrangência da suspensão da executoriedade das leis.* 12. *Aspecto da vinculação funcional.* 13. *Necessidade de encaminhamento das declarações de inconstitucionalidade do STF ao Senado.* 14. *Conclusão.*

1. Por disposição da Carta Federal de 1967 (E.C. nº 1/69), art. 42, VII, compete, privativamente, ao Senado da República “*suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*”.

2. A consideração deste regramento sugere uma abordagem vestibular, ainda que sucinta, sobre a efetividade dos contornos informadores da natureza técnica ou mecanismos institucionais que animam o princípio da independência e harmonia entre os três órgãos supremos e elementares da União: o *Executivo*, o *Legislativo* e o *Judiciário*.

3. A tripartição do poder público atende à necessidade de serem obviados os inconvenientes da concentração, prevenindo de toda exorbitância.

A autonomia destes Poderes manifesta-se no âmbito estrutural conformador do domínio público, o qual, de seu turno, ajusta-se em vários planos — *funcional, institucional, sócio-estrutural* —, para, finalmente, reduzir-se a uma causa primeira organizatória e de estrita oportunidade político-constitucional.

4. Instala-se o *poder-competência* funcionalmente equilibrado, partido entre os órgãos maiores do Estado. Não se há de entender o expediente de colaboração, por força da própria exigência do ato funcional que se apresenta de natureza complexa, enquanto providência de socorro técnico; cuida-se de medida institucional assecuratória da regularidade administrativa, evitando-se que se lance mão de recursos que resultem em prevalências ou superposições funcionais. Edifica-se, deste modo, a estru-

tura nacional assentada sobre as bases seguras de funcionamento harmônico do mecanismo estatal.

5. Exemplo significativo dessa participação de responsabilidades institucionais acontece no âmbito das relações que se estabelecem entre o Legislativo e o Judiciário, no que concerne à providência da suspensão, pelo Senado Federal, da excoutoriedade das leis declaradas inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

6. Esta disciplina foi sobejamente debatida quando da apreciação, pelo plenário daquela Corte maior, do Mandado de Segurança nº 16.512-DF (1), julgada a 25 de maio de 1966, sendo relator o Min. OSWALDO TRICUEIRO (RTJ 39/5).

Buscou-se, incidentalmente, conhecer os efeitos da comunicação feita ao Senado pelo Supremo Tribunal; ou seja, *deve* o Senado promover a suspensão? Por força do decidido, está o Senado *obrigado* a promover a sustação da excoutoriedade dos preceitos inquinados de vício constitucional? Ou é de entender-se, pela dicção constitucional, apenas o *poder-dever* da Câmara alta?

7. Na oportunidade do referido julgamento, ALIOMAR BALEEIRO, com todo o viço de sua inteligência fulgurante e a prudência que o notabilizariam como um dos maiores juizes da história do Supremo Tribunal, vaticinou com certeza:

“Acredito que o julgado de hoje será uma decisão como aquelas que hoje integram o livro do Ministro Edgar Costa — *Os Grandes Julgamentos do Supremo Tribunal Federal*. Estamos, hoje, exercendo uma das funções mais importantes, justamente a de equilíbrio dos Poderes dentro da República, dentro da Constituição.”

Para, em seguida, rematar,

“... não creio que tenhamos poderes para dizer que o Senado não pode suspender uma resolução, com base no art. 64” — referindo-se à Constituição de 1946, então vigente.

Estava lançada a questão.

8. Os argumentos lançados por ALIOMAR BALEEIRO, posteriormente reestampados em páginas memoráveis de seu “pequeno grande livro” *O Supremo Tribunal Federal, Esse Desconhecido* (2), viriam a repercutir de forma decisiva nos rumos do direito constitucional pátrio. Lastreava-se, sobretudo, na ponderação de que, para o enfrentamento de questões que pertinem à constitucionalidade de determinado preceito legal, o Judiciário, não indo buscar conhecer da oportunidade ou conveniência de ser conce-

(1) Em matéria semelhante ver: Rcl. 691 (RTJ 38/61), MS 16.519 (RTJ 38/569).

(2) ALIOMAR BALEEIRO. *O Supremo Tribunal Federal, Esse Desconhecido*, Rio de Janeiro, Forense, 1968, pp. 94/96.

bido o dispositivo, responsabilidade exclusiva do Legislativo, em procedimento regular, como, então, *compelir* o Senado Federal determinar a suspensão da excoutoriedade das leis reputadas, pelo Supremo Tribunal Federal, desconformes com a Lei Maior? Em resposta, sustentou BALEEIRO que, a nenhum outro Poder, que não o Senado, é dado

“o discricionarismo político de suspender ou não. Se convier, ele suspende, se não convier, ele, ao invés de prestigiar a decisão do Supremo Tribunal Federal, pode tomar a iniciativa de uma emenda à Constituição, ou ficar inerte” (RTJ 38/67),

para, em passo adiante, explicar,

“... o que sustento é que o Senado tem o direito de dar ou não dar a suspensão de lei impugnada como inconstitucional. Pode fazê-lo, para observar se o Supremo Tribunal se estabiliza na matéria e vem a ter uma jurisprudência predominante sobre ela. Não podemos negar que, na história do Supremo Tribunal, a respeito de inúmeras teses, a sua jurisprudência tem vacilado, e encontramos, às vezes, num espaço pequeno de tempo, decisões declarando que tal lei é inconstitucional, e outras, que é constitucional, acerca de vários problemas. Sabemos, acerca do art. 141, § 34, que se pode encontrar uma série de julgados num e noutro sentido. A respeito da possibilidade de uma lei federal poder isentar do imposto estadual ou municipal um serviço no qual a União tenha interesse, há acórdãos nesses dois sentidos. E os casos poderiam ser multiplicados ao infinito. O Senado tem o direito, mesmo depois da Súmula, de esperar que se pacifique, que afinal se tranquilize o entendimento do Supremo Tribunal; porque pode acontecer que passe a resolução numa tarde e, nessa mesma tarde, resolva o Supremo que aquela lei, que era inconstitucional, seja constitucional... pode, também, não fazer nada, cruzar os braços, deixar a matéria em ponto morto, que nada lhe acontece, porque não há sanção para a sua resistência” (RTJ 38/68),

“... o Senado não está preso à disciplina jurídica, não está preso a formas de direito, e pode optar por critérios políticos; pode preferir “suspender a sua suspensão”, para parodiar PONTES DE MIRANDA, e evitar uma mal maior para o País” (RTJ 38/78).

Com a linguagem franca e direta que lhe era peculiar, BALEEIRO dava corpo ao sistema de verificações e equilíbrios (*checks and balances system*) em que os poderes estão de tal forma repartidos e equilibrados entre os diferentes órgãos, que nenhum deles pode ultrapassar os limites estabelecidos pela Constituição, sem ser eficazmente detido e contido pelos outros<sup>(3)</sup>.

Por ocasião do mesmo julgamento, o Min. VICTOR NUNES LEAL manifestou-se em sentido igual, considerando que

(3) Cf. MARCELO CAETANO. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro. Forense, 1977, vol. I, p. 245.

"o Senado não é um autômato na aplicação do art. 64 da Constituição... entendo, como o Sr. Ministro Baleeiro, que o Senado pode, a meu ver, julgar da oportunidade de suspender ou não a execução da lei que tenhamos declarado inconstitucional. E há de levar em conta, em tais circunstâncias, a possível oscilação da jurisprudência do Tribunal... O Senado terá o seu próprio critério de conveniência e oportunidade para praticar o ato de suspensão. Se uma questão foi aqui decidida por maioria escassa e novos Ministros são nomeados, como há pouco aconteceu, é de todo razoável que o Senado aguarde novo pronunciamento antes de suspender a lei. Mesmo porque não há sanção específica nem prazo certo para o Senado se manifestar... Se essa eficácia normativa, que suspende a lei, não resultou da resolução do Senado Federal mas do julgamento do Supremo Tribunal Federal, a intervenção do Senado seria desnecessária; a decisão seria executada, desde logo, com efeito normativo. Mas um *plus* à decisão judiciária, tornando-a obrigatória *erga omnes*, por ser ela, por natureza, obrigatória somente para as partes" (RTJ 38/22-23).

Observa, com autoridade, o Ministro GONÇALVES DE OLIVEIRA, que:

"... O Senado Federal tem discricção, tem oportunidade para suspender a lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal... às vezes, como foi realçado neste Tribunal, a decisão é tomada por um voto apenas; estando na iminência de serem substituídos os Ministros do Tribunal ou por motivos quaisquer de conveniência, é lícito deixar ao Senado Federal a faculdade de delongar, de deixar passar um espaço de tempo maior, a fim de levar a Plenário a decisão sobre a inconstitucionalidade da lei decretada pelo Supremo Tribunal Federal" (RTJ 38/26 e 79).

Indicou também o Min. LUIZ GALLOTTI que, atendendo a razões de conveniência e oportunidade, o Senado Federal pode suspender, ou não, a execução de lei declarada inconstitucional, estendendo ou não, *erga omnes*, os efeitos da decisão do Supremo (RTJ 38/28 e 81).

9. Embora lhe seja defeso apreciar o mérito da decisão proferida, o Senado Federal vincula-se à deliberação do Judiciário por ser este ato de natureza complexa.

Na lição do Min. ALFREDO BUZARD, a responsabilidade de promover a suspensão da lei ou decreto não se caracteriza enquanto operação ou ofício puramente mecânico, reduzindo o Senado a simples cartório de registro de inconstitucionalidades. Aquela Casa é dada examinar o julgado do ponto de vista substancial e formal, verificando se, na declaração de inconstitucionalidade, foram observadas as regras jurídicas (\*).

Na mesma trilha preleciona o constitucionalista CELSO RIBEIRO BASTOS, embora com entendimento mais de composição:

(\*) ALFREDO BUZARD. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1968, p. 89.

“Cabe ao Senado examinar se ocorreram os pressupostos constitucionais para a declaração de inconstitucionalidade. Não nos parece merecer acolhida a alegação de se tratar de questões *inter-na corporis* do Supremo. Ao Senado incumbe justamente o indagar do respeito a todos os requisitos constitucionais. Trata-se, pois, de atividade vinculada, de exame dos requisitos formais para a suspensão da lei ou ato. O Senado (...) não se pode furtar à suspensão de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, *desde que se tenham verificado os requisitos para tanto*” (nosso o destaque) (5).

Aí, ao que concordamos, a necessidade de se atentar à condicionante vinculativa.

No rumo idêntico, o Min. MÁRIO GUIMARÃES, quando não se há de compelir o Senado Federal

“a ordenar a medida reclamada, caso não concorde com o aresto do Supremo ou prefira aguardar manifestações mais reiteradas. Mas o Judiciário continuará, em cada caso, como anteriormente, a negar a aplicação da lei. (...) Seria conferir a essa alta Câmara função secundária. E seria dar ao Supremo Tribunal poder de revogar a lei. Parece-nos que têm ambos, Tribunal e Senado, atribuições distintas, que hão de ser exercidas com igual independência. O Tribunal, com absoluta soberania, fixa a inconstitucionalidade da lei, num caso dado. O Senado, com a mesma liberdade, estende ou não para o futuro os efeitos desse pronunciamento” (6).

10. Ao Senado, no exercício do poder legítimo de interpretar os limites e as responsabilidades de sua competência,

“cabe verificar, em cada caso, pelo conhecimento da decisão judicial e das circunstâncias políticas e sociais, se convém proceder, e imediatamente, ou não, à suspensão da execução da lei ou decreto, sobre que incidiu a declaração de inconstitucionalidade. O órgão do Congresso, a que se refere o art. 64 do texto constitucional, não contradita nem anula as decisões que produzem seus efeitos normais nas hipóteses julgadas. Apenas o Senado pode omitir-se de proclamar a suspensão proposta, ou reserva-se para fazê-lo quando lhe parecer oportuno, inclusive para verificação de que se tornou “predominante” a jurisprudência” (7).

(5) CELSO RIBEIRO BASTOS. *Direito Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 1975, p. 59.

(6) MARIO GUIMARAES. *O Juiz e a Função Jurisdicional*. Rio de Janeiro, Forense, 1958, pp. 264/265.

(7) JOSAPHAT MARINHO. “O art. 64 da Constituição e o papel do Senado”. *Revista de Informação Legislativa*. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 1 n. 2 abr./jun. 1964, p. 12.

PAULO BROSSARD, em estudo monográfico sobre o tema em apreço, reafirma que

“a cláusula em exame não coloca o Senado em posição de “cartório do Supremo Tribunal”, para repetir palavras de PONTES DE MIRANDA no Congresso de Direito Constitucional da Bahia (cf. “Impeachment”, 1965, p. 119, nº 88, nota 328); e tendo defendido esse entendimento no seio da Comissão de Justiça do Senado, veio ela a adotá-lo sem reservas e por ele tem-se orientado sucessivas vezes” (8).

Para concluir que

“atribuir ao Senado papel mecânico, fazê-lo autômato, transformá-lo em carimbo, meirinho, cartório, porteiro de auditório, não significa apenas atribuir-lhe uma função absolutamente subalterna, mas, e especialmente, sem qualquer significação e utilidade, tarefa que poderia ser desempenhada, com proficiência e vantagem, por qualquer funcionário da secretaria do Supremo Tribunal. Evidentemente, não foi para essa função de amanuense que a Constituição de 34 reservou essa competência ao Senado, em caráter privativo” (9).

11. Sem embargo do que já se comentou em doutrina esparsa, duas outras considerações fazem-se ainda necessárias.

A primeira delas concerne à abrangência do ato suspensivo em consonância estrita e rigorosa com o que se infere da recomendação constitucional: *suspender a execução no TODO ou em PARTE*.

Em trecho algum da Carta fundamental, menos ainda no art. 42, VII, encontramos traços que indiquem forma processual cogente para que sejam atingidos pelo ato do Senado o *todo* ou a *parte* alcançada pela decisão do Excelso Pretório. Esta providência reveste-se de juízo de cunho eminentemente político, sendo, portanto, de se reconhecer à Câmara Alta competência discricionária, apreciando a conveniência do expediente sustatório. Assim, BALEEIRO, para quem

“o Senado Federal tem opção para aceitar a conveniência de suspender um dos dispositivos, se forem mais de um, e não suspender os demais. Está na letra, está na própria essência...” (RTJ 38/71).

A segunda observação que se impõe, e a mais relevante de todas as considerações pertinentes, diz respeito à oportunidade da interpretação literal do vocábulo *competere*.

Compete privativamente... (de *ser competente*), ensina o léxico, é ser *apto, suficiente, próprio, adequado; privativamente* denota, sem dúvida, caráter de exclusividade. Não há, pois, confundir, por força de como-

(8) PAULO BROSSARD. “O Senado e as leis inconstitucionais”. *Revista de Informação Legislativa*. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 13 n. 60 abr./jun. 1976, pp. 60/61.

(9) Idem, loc. cit., p. 62.



didade ou conveniência interpretativa, estranha à evidência de sua acepção castiça, *competência com obrigatoriedade*. Contudo, não esteja o Senado *compelido* a atender a providência, não se escusará de promovê-la, porquanto vinculado ao ato complexo que corresponde ao compromisso de atendimento ao princípio da harmonia dos Poderes do Estado, jamais na qualidade de “mero executor, um mero carimbo de borracha, para dar autenticidade ao ato” (BALEEIRO).

Aproveita-nos o acento de JOSÉ AFONSO DA SILVA, publicista de primeiro tomo:

“A Constituição Federal prevê que é da competência privativa do Senado “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (art. 42, VII). Vale dizer, por conseguinte, como já sustentamos antes, que a declaração de inconstitucionalidade não anula a lei ou decreto, nem os revoga, não os invalida; teoricamente, entre nós, a lei continua em vigor, eficaz e aplicável, até que o Senado Federal lhe suspenda a executoriedade” (10).

12. De toda evidência, é de ser afastado qualquer vislumbre de relacionamento subordinativo de um Poder a outro; vale dizer, do Legislativo (por parte do Senado) ao Judiciário (pelo Supremo Tribunal Federal) ou vice-versa.

A vinculação funcional há de ser entendida por não haver incompatibilidade entre a separação e o equilíbrio dos Poderes, porquanto a separação não se contrapõe à harmonia ou à compreensão entre as funções que são inerentes a cada um dos Poderes.

Não se esquite da compreensão de que a eficácia do ato maculado de inconstitucionalidade será obstaculizada pela manifestação do Judiciário no exercício de suas responsabilidades. Mantém-se, porém, a lei enquanto expressão formal do direito, cuja supressão acontecerá, por atendimento ao princípio da repartição de competência entre os Poderes do Estado, mediante deliberação conseqüente do Senado Federal. Por certo que a lei ineficaz por inconstitucional não mais repercutirá no universo jurídico, mas, rigorosamente, não é de se inferir, como pretendem alguns exegetas, pela sua automática suspensão. Frise-se que a lei, embora ineficaz, continua a existir enquanto não suspensa pelo Senado Federal.

13. Quanto à necessidade de o Pretório excelso fazer encaminhar ao Senado todas as suas declarações de inconstitucionalidade, veio resposta no bojo do Processo Administrativo nº 4.477/72, do STF. De suas conclusões entendeu-se, a partir de então, serem inócuas as comunicações àquela Câmara alta das decisões proferidas em via de ação, ao fundamento de que

(10) JOSÉ AFONSO DA SILVA. “Da jurisdição constitucional no Brasil e na América Latina”, *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, 13-15, 1979, p. 162.

"a comunicação do Senado (sic) só se faz em se tratando de declaração de inconstitucionalidade *incidente*, e não quando decorrente da ação direta, caso em que, se relativa à intervenção federal, a suspensão do ato é da competência do Presidente da República (11), e, se referente à declaração de inconstitucionalidade em tese, não há que se falar em suspensão, pois, passando em julgado o acórdão desta Corte, tem ele eficácia *erga omnes* e não há que se suspender lei ou ato normativo nulo com relação a todos" (Proc. Adm. nº 4.477/72; fls. 29, parecer do Min. MOREIRA ALVES).

A esse entendimento, somente haverá participação ao Senado Federal quando, em caso concreto, o Supremo Tribunal manifestar-se pela inconstitucionalidade de *lei, decreto*, bem como de *ato normativo*.

Sem embargo da argumentação prudente do Min. MOREIRA ALVES, em longo e substancioso pronunciamento, é sempre convincente atentar-se para as evidências de que, embora nas hipóteses de ação interventiva reconheça-se ao Presidente da República competência para ordenar a suspensão da excoercedade do ato inquinado de inconstitucional, nos processos para declaração de vício constitucional de lei em tese, o espectro de incidência da decisão assume proporções maiores, pelo que deve merecer tratamento semelhante ao dispensado nos casos de ação direta, vez que, para o surgimento de uma lei, há necessidade de ser vencido todo o *iter* constitucional do processo legislativo desenvolvido no âmbito do Poder Legislativo.

14. Concluímos, portanto, que na separação de funções não é de admitir-se relação de *sobrevalência* ou subordinação de um Poder a outro. Cada qual, compenetrado de suas obrigações e compromissos funcionais, há de sempre fazer cumprir o que lhe é dado, sem que isso venha a resultar em grave disfunção ou intolerável subserviência entre os Poderes do Estado.

As esferas do jurídico e do legislativo não se excluem, antes, pelo contrário, gravitam concentricamente em torno do poderoso núcleo que anima a boa ordem estatal.

(11) Merece registro a atribuição assumida pelo Senado, por recomendação da Carta de 1946, de suspender a execução de normas julgadas legais e inconstitucionais dos Estados, em consequência do provimento de representação interventiva proposta pelo Procurador-Geral da República. Dava-se entendimento amplo ao que dispunha o art. 64 da C.F., que determinava, a exemplo da redação dada ao art. 42, VII, "suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal". Era o mesmo que dispunha o art. 90, IV, da Constituição de 1934, confiando ao Senado a mesma providência com respeito à "lei ou ato, deliberação ou regulamento... declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário". Ocorre, porém, que, no Texto Fundamental de 1934, não se cogitava da representação interventiva, o que só veio a acontecer em 1946, quando, pelo art. 8.º, parágrafo único, se previu este recurso extremo; o que não aconteceria na eventualidade de que a suspensão do ato reputado inconstitucional pelo Congresso bastasse para o restabelecimento da normalidade do Estado (art. 13) — Cf. LEAL, Victor Nunes, "Representação de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: um aspecto inexplorado". *Revista de Direito Público*. São Paulo, RT, n.ºs 53-54, pp. 34/35.

# Natureza das decisões do Tribunal de Contas

J. CRETELLA JÚNIOR

Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

## SUMÁRIO

1. Colocação subjetiva. 2. Terminologia inadequada. 3. O que é "jurisdição". 4. Colocação da doutrina. 5. O verbo "julgar". 6. O Tribunal de Contas não exerce jurisdição penal. 7. O Tribunal de Contas não exerce jurisdição civil. 8. O Tribunal de Contas exerce apenas atividades administrativas. 9. Aparência e realidade. 10. Conclusões.

### 1. Colocação subjetiva

Somente quem confunde "administração" com "jurisdição" e "função administrativa" com "função jurisdicional" poderá sustentar que as decisões dos Tribunais de Contas do Brasil são de **natureza judicante**. Na realidade, nem uma das muitas e relevantes atribuições da Corte de Contas entre nós é de **natureza jurisdicional**. A Corte de Contas não julga, não tem funções judicantes, não é órgão integrante do Poder Judiciário, pois todas as suas funções, sem exceção, são de **natureza administrativa**.

O Tribunal de Contas é preposto do Poder Legislativo, encarregado da fiscalização orçamentária (cf. nosso **Curso de Direito Administrativo**, 9ª ed., 1987, p. 125).

Os que defendem a colocação contrária, ou seja, a tese de que o Tribunal de Contas julga, desempenha funções judicantes, supõem ser as **funções judicantes** "mais nobres" ou "mais relevantes" que as **funções administrativas** e procuram alinhar argumentos para demonstrar a validade da colocação adotada. Das três funções do Estado —

a de julgar, a de legislar e a de administrar —, nenhuma é “mais importante” do que a outra, nenhuma é “mais nobre” ou “menos nobre”. Todas as três dignificam seus membros, desde que incensurável o desempenho.

Os juristas, que procuram defender a posição que atribui **natureza jurisdicional** às decisões dos Tribunais de Contas, raciocinam globalmente, sem analisar uma a uma cada atribuição para verificar e concluir dessa análise que as atribuições dessas Cortes, pela forma e pelo conteúdo, são de **natureza administrativa**, tais como a emissão de pareceres sobre contas que o Chefe do Executivo presta, anualmente, a elaboração de relatório sobre o exercício financeiro encerrado, o registro e a fiscalização da legalidade dos contratos, das aposentadorias, das reformas e pensões, a verificação das contas dos responsáveis por dinheiros e bens públicos, bem como a apreciação das contas dos administradores das entidades autárquicas.

Todas essas atribuições de **controle**, de **fiscalização**, são estranhas à **função jurisdicional** que, no Brasil, é privativa do Poder Judiciário. Do contrário, estaríamos admitindo a existência, entre nós, do instituto do **contencioso administrativo**. Porque “fiscalização” ou “apreciação” de contas, dizer se a conta é boa, ou não, é **função administrativa**.

A colocação emotiva, com base, como veremos, em terminologia inadequada, imprópria, assim como em alguns aspectos formais do Tribunal de Contas que se assemelham aos do Poder Judiciário — a divisão em Câmaras, por exemplo —, é responsável pela adoção da tese que sustenta a natureza jurisdicional da Corte de Contas. Como conseqüência, teria valor jurisdicional a apreciação ou fiscalização realizada, que se equipararia à sentença prolatada pelos verdadeiros e únicos Tribunais. Vamos demonstrar que todas as decisões dos Tribunais de Contas não se equiparam, de modo algum, às decisões dos Tribunais Judiciários, ou seja, os Tribunais de Contas não prolatam sentenças nem de **natureza civil** nem de **natureza penal**. Seus ilustres integrantes, embora vitalícios e inamovíveis, não são magistrados, pois não julgam.

## 2. Terminologia inadequada

Terminologia ou nomenclatura dúbia, inadequada, para não dizer imprópria ou incorreta, eis o primeiro fator que influi sobre a posição dos que defendem a **natureza jurisdicional** do Tribunal de Contas. Em primeiro lugar, o próprio termo “Tribunal” leva a pensar, num primeiro momento, que se trata de colegiado de segundo grau, mas, nesse caso, qual é a primeira instância ou primeiro grau de jurisdição a ele correspondente? Existiu, ou existe, no Brasil, algum colegiado judicante de primeiro grau? E, caso existisse, qual o segundo grau de

jurisdição correspondente ao Tribunal de Contas, caso este fosse colegiado de inferior instância, com função jurisdicional?

A seguir, o emprego, até nas Constituições, dos termos “julgar”, “julgamento”, “jurisdição” (“O Tribunal de Contas da União tem **jurisdição** em todo o País”). Depois, as garantias, prerrogativas, vencimentos e impedimentos que são as mesmas dos Ministros do Tribunal Federal de Recursos, a saber, entre as prerrogativas, a da vitaliciedade, a da inamovibilidade e a da irredutibilidade dos vencimentos.

O Decreto-Lei nº 199/1967, no artigo 33, preceitua: “O Tribunal de Contas tem **jurisdição** própria e privativa sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência”. Ora, em qualquer estrada de rodagem, e, em especial, nas federais, encontram-se as expressões “Aqui principia a **jurisdição** da DERSA” ou “Aqui termina a **jurisdição** federal”, sem que esse emprego, vulgar ou popular, erija o vocábulo “jurisdição” à altura do termo técnico, na acepção que lhe dão os processualistas.

A própria divisão interna dos Tribunais de Contas, em Câmaras, por exemplo, contribui para impressionar os que se inclinam pela tese da natureza judicante do Tribunal de Contas.

Em síntese, formalmente, pela aparência, pela terminologia, pela prerrogativa de seus membros, o Tribunal de Contas “se equipara” ao Poder Judiciário.

### 3. O que é “jurisdição”

No Brasil, a **função de julgar** está afeta ao Poder Judiciário pois o nosso País é sistema de **jurisdição una** — “una lex, una jurisdictio” —, ao contrário da França, em que prevalece o **sistema duplo** de jurisdição, o “contencioso administrativo” ao lado do “contencioso judiciário”.

**Função jurisdicional** é a aplicação da lei ao caso concreto, em decorrência de situação contenciosa. Não é a aplicação da lei “de ofício”. No Poder Judiciário, centraliza-se toda a **jurisdição**, que não lhe pode ser retirada nem pela própria lei, uma vez que é outorgada por mandamento constitucional expresso (“a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”). **Lafo sensu**, processo é a forma de composição de litígios para que prevaleça a ordem jurídica. Incidindo sobre a pretensão que qualifica o litígio, a atuação jurisdicional do direito objetivo, da lei, depende sempre de provocação do interessado, já que o Poder Judiciário nunca age espontaneamente. Para que a pretensão do interessado entre em julgamento é necessária a propositura da “actio”, que põe em movimento o aparelhamento judicial do Estado, cujo momento culminante

é a prolação da sentença, a ocorrência de **jurisdição**, em seu instante decisivo. Autor, réu e juiz são os três personagens do drama jurisdicional.

#### 4. Colocação da doutrina

Entre os partidários da tese de que os Tribunais de Contas, no Brasil, desempenham funções jurisdicionais, incluem-se, além dos próprios membros desses colegiados, cujos argumentos são todos informados por grande carga subjetiva, outros nomes de juristas insignes que procuram demonstrar a natureza judicante daquelas Cortes.

LEOPOLDO DA CUNHA MELO, quando procurador do Tribunal de Contas da União, sustentava (cf. **Parceres**, vol. IV, pp. 118-119) que o "Tribunal de Contas não é simples órgão administrativo, mas exerce verdadeira judicatura sobre os exatores, os que têm em seu poder, sob sua gestão, bens e dinheiros públicos". No entanto, aquele procurador apenas afirma, mas não demonstra, a tese que enuncia de modo tão dogmático.

A afirmação daquele antigo procurador dirigia-se a um trecho da primeira edição (reiterada, aliás, nas cinco seguintes), do eminente Ministro MIGUEL SEABRA FAGUNDES (cf. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**, § 69), que diz: "Essas exceções têm pequena significação prática no sistema brasileiro de controle jurisdicional. Representando inequívocas delegações da função de julgar a órgãos estranhos ao Poder Judiciário, são, no entanto, quantitativamente mínimas, se considerado o vulto enorme do contencioso civil e penal a este confiado. Ao Tribunal de Contas se delega a apreciação jurisdicional de certas situações individuais — as dos responsáveis por valores patrimoniais da União —, mas tão-somente no que concerne ao aspecto contábil, embora com reflexos nas órbitas penal e civil". Equivocou-se aquele antigo procurador, porque a fiscalização que o Tribunal de Contas exerce sobre os exatores — os que têm em seu poder, sob sua gestão, bens e dinheiros públicos — é tudo, menos "judicatura", a menos que se dê a este vocábulo a acepção vulgar ou popular e não o sentido exato, como o empregado no livro de notável magistrado **Um Triênio de Judicatura**, sabendo-se que aquele juiz reuniu, em seu trabalho, as mais selecionadas sentenças que prolatou.

CASTRO NUNES, no capítulo denominado **Atos jurisdicionais da administração** (sic), escrevia: "Se o Tribunal de Contas, a mais alta jurisdição administrativa da República, composto de magistrados que a Constituição denomina de Ministros e gozam das mesmas garantias asseguradas aos da Corte Suprema, profere uma decisão, o direito que contra ela se insurgisse poderia ser atendido por outros meios, não, porém, pelo mandado de segurança" (cf. **Do Mandado de Segurança**, Forense, 5ª ed., 1956, p. 170).

A passagem de CASTRO NUNES, partindo de quem parte, deixa perplexo o leitor, porque “atos jurisdicionais da administração” não existem, já que “administrar é aplicar a lei de ofício”, o que não se confunde com “julgar”, que se caracteriza por outra conotação, inconfundível com esta. A expressão “alta jurisdição administrativa” é uma “*contradictio in terminis*”, porque “jurisdição” não só não se confunde com “administração”, como até exprime idéia antitética à expressa por este último vocábulo. De modo algum o Tribunal de Contas é “jurisdição” e, muito menos “alta” jurisdição e, caso o fosse, não poderia ser, ao mesmo tempo, “**jurisdição administrativa**”, porque quem “administra” não “julga” e quem “julga” não “administra”.

CARLOS CASIMIRO COSTA (cf. o artigo “Funções jurisdicionais e administrativas dos Tribunais de Contas. Efeitos dos seus julgados”, em RT, 275) distingue as várias funções dos Tribunais de Contas, classificando como **judicante** o “julgamento das contas” e como **administrativa** a “apreciação dos atos que concedem aposentadorias, reformas e pensões”.

Também é incorreta esta posição, porque, na expressão “**julgamento das contas**”, o vocábulo que grifamos é sinônimo do termo **apreciação**, empregado na expressão “*apreciação dos atos que concedem aposentadorias, reformas e pensões*”. Fiscalizar “contas”, fiscalizar “atos”, que concedem aposentadorias, reformas e pensões, é atividade aritmética e lógica, procurando-se enquadrar a **realidade fática**, na **norma correspondente**.

A Constituição fala corretamente em “fiscalização financeira e orçamentária”, mediante controle externo do Tribunal de Contas (art. 70 e § 1º), embora cometa erro de técnica terminológica quando, no artigo 72, alude ao fato de que aquela Corte da União “tem jurisdição em todo o País”.

PONTES DE MIRANDA, nos comentários às Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969, dedica muitas páginas ao tema, indagando se o Tribunal de Contas é órgão cooperador do Executivo, auxiliar do Congresso Nacional da União, órgão coordenador, órgão de caráter fiscal, órgão do Judiciário, para concluir, indagando, no regime da Carta de 1937: “A que poder pertencia o Tribunal de Contas, na Constituição de 1937? Ao Poder Executivo, não; porque fiscalizava a execução orçamentária, julgava as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos e julgava da legalidade dos contratos celebrados pela União. Ao Poder Legislativo, também não; porque estava longe de ser simples auxiliar da tomada de contas ao Poder Executivo e até se lhe esvaía tal função nos textos de 1937. Ao Poder Judiciário, se bem que de modo especial, como função, sim; como órgão, não. Era um Tribunal e julgava. Não importa o caráter à parte que teve; isso não lhe tirava a função de julgar. Tanto quanto ao Tribunal

de Contas de 1934, ao Tribunal de Contas de 1937 reconhecêramos **função judiciária**. Esse elemento de classificação, que defendemos, foi reafirmado pela Constituição de 1946. A nova Constituição tem o Tribunal de Contas como órgão (auxiliar) do Poder Legislativo. Mas a função de julgar ficou-lhe. No plano material, é corpo judiciário; no formal, corpo auxiliar do Congresso Nacional” (cf. **Comentários à Constituição de 1946**, 2ª ed., 1953, Max Limonad, vol. II, p. 338).

A autoridade de HELY LOPES MEIRELLES, nas várias edições de sua obra, até na última, 12ª, de 1986, analisa demoradamente os vários aspectos (cf. 7ª ed. do **Direito Administrativo**) referentes à natureza do Tribunal de Contas. Assim: “A **fiscalização financeira e orçamentária** é conferida em termos amplos ao Congresso Nacional, mas se refere fundamentalmente à prestação de contas de todo aquele que administra bens, valores ou dinheiros públicos. É decorrência natural da **administração** como atividade exercida em relação a interesses alheios” (cf. **Direito Administrativo Brasileiro**, 7ª ed., 1979, p. 677).

Estamos plenamente de acordo com a afirmação. Trata-se de “fiscalização”, financeira e orçamentária, referida, fundamentalmente, à “prestação de contas de agente que administra bens, valores ou dinheiros públicos”, atividade que tipifica a **função administrativa**.

E continua: “O **controle externo** visa comprovar a probidade da Administração e a regularidade da guarda e do emprego dos bens, valores e dinheiros públicos, assim como a fiel execução do orçamento” (cf. **Direito Administrativo Brasileiro**, cit., p. 678). Aqui, a caracterização do **controle externo** é **administrativa**, não **jurisdicional**. “É, por excelência, um controle de legalidade, contábil e financeira, a cargo do Tribunal de Contas” (cf. **Direito Administrativo Brasileiro**, cit., p. 678). Ainda aqui a **natureza do controle é administrativa**.

Classificando as atividades dos Tribunais de Contas do Brasil, a mesma autoridade as divide em funções **técnicas** opinativas, verificadoras, assessoradoras e **jurisdicionais administrativas** (p. 679).

Curiosamente, a colocação de HELY LOPES MEIRELLES (p. 679) coincide com a de CASTRO NUNES (cf. **Do Mandado de Segurança**, cit. p. 170), mas, como dissemos, ao comentar Castro Nunes, os vocábulos “jurisdicionais” e “administrativos” repelem-se, porque quem “julga” realiza “ato de julgar”, não “administra”, e quem “administra”, no momento de administrar, “não julga”.

Mais adiante: “Os **Tribunais Administrativos** são órgãos do Poder Executivo, com competência jurisdicional específica” (cf. **Direito Administrativo Brasileiro**, cit., p. 748).

E, por fim, como remate: “O Tribunal de Contas da União tem uma posição singular na Administração brasileira, pois está instituído



constitucionalmente como órgão do Poder Legislativo, mas desempenha atribuições **jurisdicionais administrativas**, relacionadas com a fiscalização da execução orçamentária, com a aplicação dos dinheiros públicos, com a legalidade dos contratos, aposentadorias e pensões” (cf. HELY LOPES MEIRELLES, **Direito Administrativo Brasileiro**, cit., p. 748).

E, na página seguinte: “Não exercendo funções legislativas, nem judiciais, o Tribunal de Contas só pode ser classificado como **órgão administrativo independente**” (cf. *Idem*, p. 749).

Na mesma página, em nota de rodapé, está escrito: “Não se confunda **jurisdicional** com **judicial**. Jurisdição é atividade de **dizer o direito**, e tanto **diz o direito** o Poder Judiciário, como o Executivo e até mesmo o Legislativo, quando interpretam e aplicam a lei. Todos os Poderes e órgãos exercem **jurisdição**, mas somente o Poder Judiciário tem o monopólio da jurisdição **judicial**, isto é, de dizer o direito **com força de coisa julgada**. É por isso que a **jurisdição do Tribunal de Contas é meramente administrativa**, estando suas decisões sujeitas à correção pelo Poder Judiciário, quando lesivas de direito individual” (cf. **Direito Administrativo Brasileiro**, cit., p. 748, nota).

E, concluindo, na mesma página: “Não exercendo funções legislativas, nem judiciais, o Tribunal de Contas só pode ser classificado como **órgão administrativo independente**.”

Para nós, na mesma posição, a atribuição do Tribunal de Contas é “**meramente administrativa**”, sendo a Corte de Contas classificada como “**órgão administrativo independente**”.

O Professor ALFREDO BUZUID esclarece com absoluta precisão que, “quando o Tribunal de Contas acompanha e fiscaliza, diretamente, ou por delegações criadas em lei, a execução do orçamento, e quando julga da legalidade dos contratos, aposentadorias, reformas e pensões, é **órgão auxiliar do Congresso**, mas quando julga as contas dos responsáveis por dinheiros ou outros bens públicos e as dos administradores dos entes autárquicos, é **corporação administrativa autônoma**” (cf. “O Tribunal de Contas no Brasil”, publicado na **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, 1967, nº 62, fascículo II, pp. 37 a 62), posição fundamental para a colocação jurídica do Tribunal de Contas, no Brasil, já que o grande processualista brasileiro — e não os administrativistas, nem os integrantes das Cortes de Contas — é que pode, melhor do que ninguém, elucidar o que é “**julgar**”, bem como o que significa, na técnica do direito processual, “**jurisdição**” e “**julgamento**”.

THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, constitucionalista e administrativista, e, mais tarde, Ministro do Supremo Tribunal Federal, analisou com profundidade o tema, não somente no livro **A Constituição Federal Comentada** (3ª ed., Rio, José Konfino, 1956, vol. II, pp. 192 a

205), como também mais tarde, na qualidade de magistrado, em 28 de abril de 1969, quando, depois de citar seu próprio trabalho, concluiu, no relatório: "Não se pode contestar ao Tribunal de Contas competência para apreciar a legalidade das aposentadorias e a verificação dos seus cálculos, inclusive da prova trazida para a contagem do tempo de serviço. Mas seus atos não são insuscetíveis de apreciação, quanto à sua legalidade. Pelo contrário. **As suas decisões são de natureza administrativa** e, como tal, devem ser consideradas pelas instâncias judiciárias' (cf. STF, em RDP, 12:154).

Citando RAFAEL BIELSA, no **Derecho Administrativo**, 4ª ed., 1938, vol. I, p. 764 ("As Cortes de Contas não invadem nem a jurisdição civil, nem a jurisdição penal, a cargo dos juizes comuns, quando fixam a responsabilidade do agente por fatos ou atos da sua gestão"), CASTRO NUNES, já Ministro do Supremo Tribunal Federal, conclui que o julgamento da conta **se limita** a essa verificação, e conclui: "É um juízo que se institui sobre operações administrativas, limitado aos atos ou fatos apurados, seja para **liberar** o responsável, seja para o declarar **alcançado** em vista das irregularidades encontradas na sua gestão. O Tribunal de Contas estatui somente sobre a existência material do delito, fornecendo à justiça, que vai julgar o responsável, essa base da acusação. Não julga a este, não o condena, nem o absolve, função da justiça penal. Fixa-lhe apenas a responsabilidade material, apurado o alcance. Outros aspectos da imputação pertencem por inteiro à justiça comum, que pode **absolver o responsável alcançado**, contanto que não reveja o julgado de contas, não negue a existência material da infração financeira" (*Teoria e Prática do Poder Judiciário*, Rio, Forense, 1943, p. 30).

## 5. O verbo "julgar"

Toda celeuma, em torno da fixação da natureza jurídica do **Tribunal de Contas**, principiou, em 1934, quando a Constituição Federal, no art. 90, empregou o verbo "julgar", na seguinte construção: "e **julgará** as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos". O erro terminológico, não técnico, foi mantido nas demais Constituições, na de 1937, art. 114 ("... **julgar** das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos e da legalidade dos contratos celebrados..."), na de 1946, art. 77 ("... **julgar** as contas...", "**julgar** da legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões"), na de 1967, art. 71, § 1º ("**juízo** das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos"), na EC nº 1, de 1969, art. 70, § 4º ("o **juízo** da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis será baseado em levantamentos contábeis, certificados de auditoria e pronunciamento das autoridades administrativas").

O emprego do verbo "julgar" e dos substantivos "juízo" e "jurisdição", em dispositivos constitucionais, induziu, primeiro, os

membros do Tribunal de Contas — Ministros e Conselheiros —, ao erro, imaginando que os vocábulos tinham sido empregados com o mesmo sentido que têm, na nomenclatura técnica do direito processual.

No Brasil, emprega-se, a todo instante, o vocábulo “julgamento”, quando se fala em “julgamento” de concurso, “julgamento” de licitação. Utiliza-se também o termo “jurisdição” (e igualmente “alçada”), na acepção vulgar ou corrente.

O cientista do direito, no entanto, não se preocupa com o nível do texto — lei ordinária, decreto, decreto-lei, dispositivo constitucional —, porque os constituintes, não raro, cometem erros de vários tipos, a começar pelo terminológico, pelo que é fundamental o trabalho do intérprete, que vai buscar, nos cultores dos vários ramos do direito, a acepção correta dos vocábulos.

A Constituição de 1946, art. 76, encerra esta heresia jurídica: “O Tribunal de Contas tem a sua sede na Capital da República e **jurisdição** em todo o território nacional”.

Claro que essa palavra “jurisdição” é a mesma que se lê nas estradas de rodagem federais: “aqui começa a jurisdição da DERSA”.

Pois bem, a transposição da rigorosa terminologia processual, para a acepção vulgar, normal, corrente, popular, foi a responsável pela colocação dos que pretendem que os Tribunais de Contas, assim como os Tribunais de Justiça, “julgam”, proferem “julgamento”, exercem “jurisdição”, quando, na realidade, as Contas exercem, tão-só, atividades administrativas de fiscalização, de apreciação de contas, de concessão de aposentadorias, reformas, pensões.

A história do Tribunal de Contas do Brasil demonstra o que afirmamos e o que estamos demonstrando.

A idéia do Tribunal de Contas remonta ao ano de 1826, quando Felisberto Caldeira Brant Pontes Oliveira Horta, o VISCONDE DE BARBACENA, e JOSÉ INÁCIO BORGES apresentaram ao Senado do Império o primeiro projeto a respeito.

O CONDE DE BAEPENDI, ou seja, Nogueira da Gama, combateu-o, em discurso, dizendo que, “se o Tribunal de Revisão de Contas se convertesse em tribunal de fiscalização das despesas públicas, antes de serem feitas, em todas e quaisquer repartições, poder-se-ia colher dele proveito; mas, sendo unicamente destinado ao exame das contas e documentos, exame que se faz no Tesouro, para nada servirá, salvo para a novidade do sistema e o aumento das despesas com os nele empregados”.

ALVES BRANCO, em 1845, na qualidade de Ministro do Império, propôs a criação de Tribunal de Contas que, além de exercer “fiscaliz-

zação financeira”, apurasse a “responsabilidade dos exatores da Fazenda Pública”, com o poder de “ordenar a prisão dos desobedientes e contumazes” e de “**julgar** à revelia as contas que tivessem de prestar”. Aqui surge, pela primeira vez, e no Império, o verbo “julgar”, mas, como se vê, em acepção não técnica.

Já na República, o Decreto nº 966-A, de 7 de novembro de 1890, cuja redação coube a RUI BARBOSA, criou o Tribunal de Contas para “fiscalizar os atos do Poder Executivo” e “julgar as contas de todos os responsáveis por dinheiros públicos”.

O art. 89 da Constituição Republicana de 1891 disse lapidar e corretamente:

“É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso.”

O constituinte de 1891 empregou os termos técnicos, apropriados, que deveriam ter sido seguidos pelos demais constituintes ou “redatores de cartas”, em 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969, mas a Constituição de 1934 empregou, no art. 99, o verbo “julgar” e a Constituição de 1946 repetiu, no art. 77, o mesmo engano, culminando esta última por preceituar, no art. 76, que o Tribunal de Contas tem jurisdição em todo o território nacional.

Essa defeituosa distorção terminológica é que levou os adeptos da tese de que o Tribunal de Contas “julga”, exerce “jurisdição”, a defenderem a natureza jurídica da Corte de Contas no Brasil, quando, entre nós, nunca os Tribunais de Contas julgaram, pois suas funções são administrativas, como iremos demonstrar a seguir.

## 6. O Tribunal de Contas não exerce jurisdição penal

Contrapondo-se aos fenômenos de **formação do direito**, vinculados à função legislativa, acham-se os fenômenos de **realização do direito** concretizados no ato de aplicar a lei contenciosamente — função judicante — e o ato de aplicar a lei de ofício — função administrativa —, conforme escrevemos em outro trabalho (cf. **Controle Jurisdicional do Ato Administrativo**, Rio, Forense, 1984, p. 12).

Embora alguns juristas tenham salientado que o direito penal não deixa de ser uma ciência jurídica que se desprende do direito administrativo para ter individualidade própria no quadro enciclopédico do direito e que a função de punir é função administrativa, bem como tenham ressaltado que a atividade penal é, fundamentalmente, administrativa (cf. J. C. MENDES DE ALMEIDA, **Ação Penal**, pp. 19 e 20, J. FREDERICO MARQUES, **Da Competência em Matéria Penal**, p. 57 e **Curso de Direito Penal**, vol. I, p. 40), na realidade, hoje, “administrar é aplicar a lei de ofício”, ao passo que “julgar é aplicar a lei contenciosamente”.

O objeto ou conteúdo da jurisdição penal é o crime ou delito, havendo, de um lado, o Estado, que tem o **jus puniendi** e, do outro, o réu, o autor do crime.

Na jurisdição penal, a ação do Estado, entregue aos juizes e tribunais criminais, incide sobre o ilícito penal, ato positivo ou negativo do homem, antijurídico, típico, imputável e punível.

Na atividade administrativa, tendente a apurar ilícitos administrativos, ou seja, atos positivos ou negativos, imputados a funcionários ou servidores públicos, em decorrência de infração a dispositivo expreso estatutário, a ação do Estado não é confiada nem a juizes, nem a tribunais.

Na atividade administrativa, tendente a apurar ilícitos administrativos, isto é, atos positivos ou negativos imputados a funcionários públicos, em decorrência de infração a dispositivo estatutário expreso, a ação do Estado não é confiada nem a juizes, nem a tribunais. Desse modo, o "alcance" diferença para menos, que, em ajuste de contas públicas, ocorre entre os valores públicos pelos quais é responsável o funcionário diante da Administração, é objeto de atividade administrativa, podendo ser submetido ao Tribunal de Contas, mas o "peculato", crime típico, definido no Código Penal, art. 312, como "apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio", é objeto de atividade jurisdicional penal, devendo seu autor ser julgado pelo "juiz do crime", da vara criminal e, em segundo grau de jurisdição, pelos Tribunais Criminais, através de suas respectivas Câmaras.

Nunca o "alcance", que não está previsto no Código Penal e que, pois, não é delito típico, mas atípico, seria objeto de jurisdição penal, e, por sua vez, o "peculato", que é delito típico, nunca seria julgado pelo Tribunal de Contas que, afinal, em sentença condenatória, condenasse o infrator a pena cominada no Código Penal.

As questões decididas pelo Tribunal de Contas, na apreciação das contas dos responsáveis pelos dinheiros públicos, são meras "questões prévias", são simples "questões prejudiciais", constituem o **prius** lógico-jurídico de um crime, ou, pelo menos, de circunstância material desse crime.

Por isso é que THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, constitucionalista, administrativista e Ministro do Supremo Tribunal Federal, ensinou e depois, como relator, concluiu que "as decisões do Tribunal de Contas são de natureza administrativa e podem ser apreciadas quanto à sua legalidade" (STF, em RDP, 12:153).

Se, ao invés de ser "administrativa", a decisão do Tribunal de Contas fosse "jurisdicional", receberia o nome técnico de "sentença

penal", absolutória ou condenatória, e, neste segundo caso, condenaria o infrator, ou réu, a pena privativa de liberdade, dentro da faixa de tempo cominada no Código Penal, **in abstracto**. O réu funcionário público, nessa hipótese, teria cometido crime contra a Administração, capitulado no Código Penal, a saber: 1) peculato, 2) concussão, 3) advocacia administrativa, 4) prevaricação, 5) emprego irregular de verbas ou rendas públicas, 6) extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento, 7) excesso de exação, 8) corrupção passiva, 9) condescendência criminosa, 10) violência arbitrária, 11) abandono de função, 12) exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado, 13) violação de segredo funcional, 14) violação do sigilo de proposta de concorrência.

Pois bem, cabe à justiça penal, no exercício de sua jurisdição específica, o julgamento do funcionário público, que cometeu algum desses delitos contra a Administração. É uma jurisdição ampla, completa.

Exaure-se a jurisdição penal, no campo do funcionalismo, com o exercício de atividade que procura julgar o funcionário público, condenando-o ou absolvendo-o. Que sobrou para o Tribunal de Contas, nesse campo, ao apreciar as contas dos responsáveis por dinheiros públicos?

Nem se trata de "jurisdição administrativa", mas apenas de jurisdição penal, em matéria administrativa. **Jurisdição** é o aspecto formal, **matéria administrativa** é o aspecto substancial ou material.

Em todos esses casos, a sanção aplicável é a pena privativa de liberdade, detenção ou reclusão, conforme o dispositivo penal infringido.

Em caso algum, ao "julgar", o Tribunal de Contas prolata sentença penal, fixando pena de detenção ou de reclusão.

Perante o Tribunal de Contas não se defrontam promotor e advogado de defesa, nem, diante dos Conselheiros ou Ministros, há um juiz que ouve o réu e as testemunhas.

O Tribunal de Contas não julga, não prolata sentença, não condena por crime praticado.

Por fim, por ocasião do julgamento e, como conseqüência da sentença penal condenatória, há vários institutos do direito penal, que formam um todo, estabelecendo um regime jurídico típico, inconfundível: os institutos do **sursis**, da suspensão condicional da pena, da reincidência, da quebra da primariedade, das medidas de segurança, da perda da função pública, figuras essas inexistentes no "julgamento" feito pelo Tribunal de Contas.

Não se deve perder de vista também que o Tribunal de Contas “aprecia”, “fiscaliza” ou “julga” contas, ao passo que o Poder Judiciário julga pessoas.

Quando se compara o tratamento do “alcance”, perante o Tribunal de Contas, e o do “peculato”, perante o Poder Judiciário, fica bem clara a diferença entre o que é “administrar” e o que é “julgar”, regimes jurídicos que decorrem da fixação da natureza jurídica das duas operações, a primeira **administrativa**, a segunda **jurisdicional**.

## 7. O Tribunal de Contas não exerce jurisdição civil

Contrastando de modo nítido com a **atividade administrativa**, que se caracteriza pela aplicação da lei “de ofício”, sem provocação, a **atividade jurisdicional** é provocada, de iniciativa da parte ou do interessado, razão por que, no Brasil, nenhum juiz prestará tutela jurisdicional sem requerimento da parte ou do interessado, nos casos e forma legais (art. 2º do Código de Processo Civil), principiando assim o processo civil **por iniciativa da parte**, desenvolvendo-se depois por impulso oficial (art. 262 do Código de Processo Civil).

**Procedat Administratio ex officio**, mas **ne procedat iudex ex officio** — eis os dois princípios que ressaltam a diferença entre a Administração e o Judiciário, porque, neste último, **ninguém pode ser juiz sem que haja autor, nem iudex sine actore**.

A **inércia inicial** do Judiciário contrasta com o **dinamismo inicial** da Administração; sem ajuizamento da **actio**, a atividade jurisdicional não tem início, ao passo que a atividade administrativa, regra geral, não depende do interessado.

A **atividade jurisdicional** é atividade pública, constituindo, no sistema jurídico brasileiro, monopólio do Poder Judiciário, exceto alguns pouquíssimos casos de jurisdições anômalas (cf. GUIMARAES CARNEIRO, **Jurisdição e Competência**, 2ª ed., Saraiva, 1983, p. 8). Assim, **requisito formal da jurisdição é a existência de órgão integrante do Poder Judiciário** (cf. J. M. DE ARRUDA ALVIM, **Código de Processo Civil Comentado**, São Paulo, RT, 1975, vol. I, p. 41).

## 8. O Tribunal de Contas exerce apenas atividades administrativas

Nenhuma das tarefas ou atividades do Tribunal de Contas configura **atividade jurisdicional**, pois, não se vê, no desempenho dessa Corte de Contas, nem autor, nem réu, nem propositura de ação, nem provocação para obter **prestação jurisdicional**, nem inércia inicial, nem existência de órgão integrante do Poder Judiciário, nem julgamento de crimes contra a Administração.

Ao contrário, as atividades do Tribunal de Contas, tipicamente administrativas, são a apreciação da legalidade das concessões iniciais

de aposentadoria, para fins de registro, a apreciação da legalidade das reformas, a apreciação da legalidade das pensões, a apreciação das contas do Chefe do Executivo, na respectiva esfera, o "julgamento", aliás, **verificações** das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos, concluindo, afinal, se as contas estão em ordem, ou se houve **alcance**, a elaboração de Parecer Prévio sobre as contas que o Chefe do Executivo presta anualmente, a apresentação de minucioso relatório sobre o exercício financeiro encerrado, a auditoria financeira e orçamentária exercida sobre as contas das unidades administrativas, que, para esse fim, remetem demonstrações contábeis para a realização das inspeções necessárias, a representação ao Poder Executivo e ao Congresso Nacional sobre irregularidades e abusos por ele verificados, a fixação de prazo razoável para que o órgão da Administração adote as providências necessárias ao cumprimento da lei, caso verifique a ilegalidade de qualquer despesa, inclusive as decorrentes de contratos, agindo, nesse caso, de ofício ou mediante provocação do Ministério Público ou das auditorias financeiras e orçamentárias e demais órgãos auxiliares, a sustação, se não atendido, da execução do ato impugnado, exceto em relação a contratos, a solicitação ao Legislativo, em caso ainda de contratos, para que lhes determine a sustação da execução, ou para que proponha outras medidas necessárias ao resguardo dos objetivos legais.

## 9. Aparência e realidade

A atribuição de **atividade judicante** ou **jurisdicional** ao Tribunal de Contas parte de duas falsas premissas, uma **aparente**, outra **técnica**. "Aparente" é a que examina conotações externas, traços e terminologia que, realmente, induzem àquela colocação. "Técnica" é a que não leva em conta a diferença entre **jurisdição** e **administração**, entre "julgar" e "administrar", ou seja, entre "aplicar a lei contenciosamente" e "aplicar a lei de ofício, espontaneamente".

Examinemos, primeiro, o problema da **aparência**, dado externo e epidérmico, que tem levado até especialistas à confusão.

Todos os fatos do **mundo** e, pois, do **mundo jurídico**, devem ser examinados sob dois aspectos, o da **aparência** e o da **realidade**, o **fenomênico** e o **numênico**.

A lógica, classificada em **formal** e **material**, mostra que os raciocínios, inúmeras vezes, formalmente incensuráveis, não resistem à análise "material", "substancial" ou "de conteúdo". A fórmula aristotélico-tomista, escolástica, que diz "forma dat esse rei", a forma confere essência à coisa, não resiste, nos dias de hoje, a uma análise científica, porque a realidade, ao contrário do que diz essa fórmula, é, na maioria das vezes, oculta sob falazes aspectos formais, que a mascaram ou disfarçam. O que é certo para a **lógica formal** pode ser



incorreto para a **lógica material**, que aprofunda a investigação do “real”, do “concreto”, desmistificando os sofismas, tecnicamente bem constituídos sob o aspecto formal.

KANT, genialmente, dividiu os fatos do mundo em “numênicos” e “fenomênicos”, assinalando que a coisa em si — a **Das Ding an sich** —, a “veritas”, é envolvida por traços aparentes, que escondem a realidade.

Desse modo, o Tribunal de Contas surge, no mundo jurídico fenomenicamente, como um Tribunal Judiciário, que **julga**, que **diz o direito**, que aplica a lei, contenciosamente, ao caso concreto, mas o cientista do direito, deixando de lado o aspecto formal, fenomênico, procura atingir “a coisa em si”, a realidade, a natureza real do colegiado, afastando os índices externos ou epidérmicos, que lhe dão aparência judiciária, mas que, analisados com exatidão, conduzem à tese oposta à que permite ver a Corte de Contas como importante órgão administrativo, que verifica, aprecia, fiscaliza os diferentes tipos de aplicações do orçamento do Estado, erigindo-se assim, como o **preposto do Poder Legislativo, no controle dos dinheiros públicos**.

Examinemos agora o segundo aspecto, o problema da jurisdição que, na década de 1940, tanto preocupou os processualistas clássicos italianos, a saber, CARNELUTTI, CHIOVENDA, CALAMANDREI e CRISTOFOLINI.

FRANCESCO CARNELUTTI, no **Sistema di Diritto Processuale Civile** (Pádua, CEDAM, 1936, vol. I, p. 226), com base no critério orgânico, bem como PIERO CALAMANDREI, nas **Istituzioni di Diritto Processuale Civile** (Pádua, CEDAM, Primeira Parte, 1943, p. 70), criticando CARNELUTTI, e, por fim, GIOVANNI CRISTOFOLINI, em **Efficacia dei provvedimenti di giurisdizione volontaria emesse di giudice incompetente**, ensaio publicado nos **Studi di Diritto Processuale in Onore di Giuseppe Chiovenda** (Pádua, CEDAM, 1972, pp. 393-394), estudaram profundamente a diferença entre **jurisdição** e **administração**, concluindo o último autor que essa distinção repousa menos sobre **base lógica** do que sobre base histórico-política, porque **Administração** é a atividade do Estado dirigida à consecução de seus fins, mediante a satisfação de **interesses que o Estado considera seus**, ao passo que **jurisdição** é a atividade do Estado dirigida para a consecução do **interesse coletivo tendente à composição das lides**, mediante o estabelecimento de comandos concretos e dirigidos aos titulares dos interesses em litígio. A **jurisdição** inclui-se, conceitualmente, na **administração**, de que se desmembrou pela exigência política de assegurar a necessária independência dos órgãos incumbidos de realizar esse importantíssimo interesse coletivo (CRISTOFOLINI, **Efficacia dei provvedimenti**, 1972, pp. 393-394).

Quando o Tribunal de Contas aprecia as contas ou examina a “concessão” — outro termo técnico que a EC nº 1, de 1969, emprega

em sentido vulgar — inicial de aposentadorias, pensões e reformas, de modo algum está exercendo “atividade dirigida” para a consecução de interesse coletivo tendente à composição de lides, mediante o estabelecimento de comandos concretos, dirigidos a titulares de interesses em litígio, em conflito, para as palavras técnicas e exatas de CRISTOFOLINI. Não. Nesses, e em todos os demais casos, o Tribunal de Contas administra, “aplica a lei de ofício”, porque desempenha também, nas palavras precisas de CRISTOFOLINI, “atividade dirigida à consecução de seus fins, mediante a satisfação de interesses que o Estado considera seus”, e não de interesse de duas partes que conflitam, solicitando ao Estado a prestação jurisdicional.

## 10. Conclusões

A terminologia, antes de tudo, é a responsável pela classificação do Tribunal de Contas, outorgando-lhe **natureza jurisdicional**, mas sabemos quão enganosas são as palavras, “flatus vocis”. Assim, os vocábulos “Tribunal”, “julgar”, “julgamento”, “jurisdição” induziram alguns juristas à tese que inclui a Corte de Contas entre os órgãos do Poder Judiciário; a seguir, concorre ainda para a malsinada indução, o atributo da **vitaliciedade**, conferido aos integrantes daquela Corte, Ministros e Conselheiros, qualificação da qual derivam os dois corolários, o da **inamovibilidade** e o da **irredutibilidade de vencimentos**, determinação constitucional que, apenas, quis dar aos apreciadores das Contas a necessária imparcialidade de verificá-las, com independência, quanto ao Poder Executivo; depois, a aparência, a possibilidade da organização da Corte, que poderá ser dividida em Câmaras e criar delegações ou órgãos, destinados a auxiliá-la no exercício de suas funções e na descentralização de seus trabalhos, é outra aparência estrutural que deforma a realidade.

Quando a Constituição Federal, art. 72, diz que o Tribunal de Contas, com sede no Distrito Federal, tem **jurisdição** em todo o país, a aludida “jurisdição” quer dizer “competência administrativa”, mas o constituinte anônimo, empregando, quanto às Cortes administrativas, o vocábulo técnico da terminologia processual, em acepção vulgar, concorreu para que os adeptos da colocação contrária à nossa se apegassem a mais esse argumento acidental, para alinhá-lo em defesa da tese que sustentam.

Em síntese, toda uma série de traços externos, de “aparência”, epidérmicos, é que têm levado os estudiosos a outorgar aos Tribunais de Contas a função jurisdicional, quando esta, no Brasil, em que não há o contencioso administrativo, mas onde impera o princípio da **una lex, una jurisdictio**, é privativa do Poder Judiciário, cuja missão específica é a de aplicar contenciosamente a lei ao caso concreto, dirimindo controvérsias entre partes, dando, afinal, a razão a quem a tem, ou seja, entregando ao vencedor a prestação jurisdicional requerida.

# Apontamentos sobre imunidades tributárias à luz da jurisprudência do STF

## PARTE 2

RUY CARLOS DE BARROS MONTEIRO

Advogado no Distrito Federal. Membro  
do Instituto dos Advogados Brasileiros.

### IV — A Imunidade Tributária dos Partidos Políticos e das Instituições de Educação

#### SUMÁRIO

*24. O mandamento constitucional em vigor. 25. A imunidade dos partidos políticos. 26. Os limites de compreensão do termo "instituições". 27. A ratio da imunização. 28. A imunidade das instituições de educação, em face do entendimento pretoriano. 29. O equacionamento da verdadeira instituição educacional.*

---

A Parte 1 do presente trabalho, que abrange a imunidade tributária recíproca e a dos templos de qualquer culto, encontra-se publicada no n. 93 desta Revista (jan./mar. de 1987), pp. 139 e ss.

24. A alínea c do inciso III do art. 19 da Constituição da República dita o tratamento em que é conferida a imunidade tributária aos partidos políticos e às instituições de educação ou de assistência social (155).

Expressando os mesmos valores do art. 31, inciso V, alínea b, da Carta de 1946 (156) — em termos mais cautelosos, porém —, vale adiantar a evolução das diferenças entre o texto vigente e os anteriores.

Para tomar a dimensão atual, a diversidade começou a ser introduzida pelo art. 2º, IV, c, da Emenda Constitucional nº 18, de 1965 (157): com o devido destaque, refletiu, primeiro, o cuidado necessário em também distinguir as *rendas* auferidas como objeto da imunidade; de outro tanto, privou a norma precedente da *auto-executoriedade* de que era dotada (ela mesma previa a exigência da aplicação integral, no País, de suas rendas, em consonância, sempre, com os respectivos fins), preferindo remeter ao legislador *complementar* a determinação das cláusulas imprescindíveis à concessão da imunidade.

Editado, em 1966, o Código Tributário Nacional, veio, no seu art. 14, a expandir os requisitos que antes se continham em sede constitucional. O mandamento em vigor, da Emenda nº 1, de 1969, ao

(155) Art. 19 — É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

.....  
III — Instituir imposto sobre:

.....  
c) o patrimônio, a renda ou os serviços dos partidos políticos e de instituições de educação ou de assistência social, observados os requisitos da lei; e

(156) Art. 31 — A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado:

.....  
V — lançar impostos sobre:

.....  
b) (...) bens e serviços de partidos políticos, instituições de educação e de assistência social, desde que as suas rendas sejam aplicadas integralmente no País para os respectivos fins;

(157) Art. 2.º — É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

.....  
IV — cobrar impostos sobre:

.....  
c) o patrimônio, a renda ou serviços de partidos políticos e de instituições de educação ou de assistência social, observados os requisitos fixados em lei complementar;

exato sentido do preceito da Carta de 1967 (art. 20, III, c), sedimentou a sua versão, favorecendo e reforçando o caráter preparatório da norma, com a manutenção da fixação *secundária* das formalidades de instrução da imunidade em causa — ao nível, portanto, infraconstitucional —, *sem vinculá-la, contudo, à via normativa indicada na alínea “c” do inciso IV do art. 2º da EC nº 18/65.*

Assim concebido e sendo seguro que se utilizou, na redação das alíneas a e c do inciso III do art. 19 da Constituição da República, dos mesmos vocábulos *condutores* da imunidade, à luz, portanto, de aceção uniforme, cabe prevenir, na única generalização possível, que não há fator idôneo que autorize a ruptura dos juízos anteriormente formulados. Têm toda a valia, pois, as considerações expendidas na Parte 1 deste trabalho <sup>(158)</sup> — aduzidas, parcialmente, diante do “patrimônio” das instituições de assistência social —, com o acréscimo, apenas em relação aos “serviços”, da restrição imposta pelo § 2º do art. 14 do CTN, que cingiu o alcance da expressão àqueles que diretamente respondam aos objetivos institucionais, previstos nos respectivos estatutos ou atos constitutivos.

25. Pessoas jurídicas de direito público interno, a teor do art. 2º da Lei nº 5.682/71, na redação da de nº 6.767/79 <sup>(159)</sup> (e reproduzido na Resolução nº 10.785/80, art. 2º, do TSE), não se pode, pelo menos em tese, argumentar contra a inteligência do texto constitucional que prevê a imunidade tributária dos partidos políticos, sobretudo pela sua nítida vocação para a vida democrática.

(158) Capítulo II, atinente à imunidade tributária recíproca, itens 9 a 12, pp. 151 a 160 do n. 93 desta Revista.

(159) Seguindo a orientação do direito anterior, o Código Eleitoral de 1950, art. 132 (Lei nº 1.164, de 26 de julho). Em comentário a esse dispositivo, o Prof. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO enquadrou o partido como *instituição*: “Sua posição, embora próxima à das autarquias, não pode ser com a destas confundida. A autarquia depende do governo. Surja ela de uma descentralização, venha ela do setor privado por uma encampação ou por uma desapropriação, seja maior ou menor a autonomia de sua direção, não há autarquia *independente* do governo. Ao contrário, na democracia ocidental, e muito mais na democracia marxista, é o partido que subordina a si o governante. Não é ele, por assim dizer, um instrumento do governo, mas é o governo que é seu instrumento. Ou, ao menos, o governo só é governo porque foi partido” (*Os Partidos Políticos nas Constituições Democráticas*, Ed. Rev. Bras. de Estudos Políticos — 26, 1966, pp. 71/2). A evolução do processo de *institucionalização* dos partidos políticos, no direito constitucional comparado e brasileiro, também referiu o Prof. JOSAPHAT MARINHO: o objetivo fundamental da recepção à ordem jurídica positiva é, em suma, “imprimir-lhes a configuração periódica de *instituição*, caracterizada pela especialidade e limitação de seus fins. Assim, aos partidos inorgânicos e marginais do Estado liberal sucedem, progressivamente, partidos instituídos segundo a lei. As organizações voluntárias

(Continua)

Resultando de consenso que nela atua marcante valência ao exercício condigno da política, os termos em que vazado não comportam dúvida ou hesitação, tendo o seu significado substancial bem definido a explicar por que não constitui objeto atraente de disputa doutrinária, nem colocado nunca, antes, perante o Supremo Tribunal Federal.

A inserção dos partidos políticos entre as entidades imunes foi exigida — e modelada como natural *acabamento* — pela própria inspiração democrática da Constituição de 1946, cujo espaço reservado à incorporação de sua existência nacional (arts. 119, I, e 134) exprimiu o rumo do “direito público brasileiro na linha de recepção direta dos partidos no sistema constitucional” (160). Desse reconhecimento, da transferência e manutenção de valores aos *princípios* instituídos pelo vigente art. 152, *caput* e incisos (agora na redação da Emenda Constitucional nº 25/85), avulta a razão de primeira evidência do cerne da vedação.

(Continuação da nota 159)

e efêmeras, produtos de circunstâncias, lutas e interesses momentâneos e muitas vezes exclusivamente regionais ou locais, cedem lugar às entidades criadas com obediência a condições estipuladas pelo poder normativo do Estado. Os partidos de ocasião substituem-se por partidos de estrutura e de programas” (Institucionalização e Estatuto dos Partidos Políticos, *Revista de Informação Legislativa*, a. 3, n. 9, jan./mar. 1966, p. 4). Merece relevo, ainda, a posição sustentada pelo Prof. OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, que definiu os partidos políticos “como entidades paraestatais, paralelas às atividades do Estado, coadjuvando-o na consecução dos seus fins, e que se lhes confere poderes específicos de império, se sujeitam à fiscalização estatal, quanto ao desempenho dos seus cometimentos, de interesse público, nos termos legais” (*Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 2º vol., Forense, 1969, p. 274). Da mesma forma, a conclusão do Prof. A. B. COTRIM NETO, que os transpõe para o plano da própria estrutura orgânica do Estado (Natureza Jurídica dos Partidos Políticos Brasileiros, *Arquivos do Ministério da Justiça*, n.º 138, pp. 42/3). Por último, é oportuno assinalar que, mesmo com a doutrina de PONTES DE MIRANDA obrigando à adoção de enfoque correto — “Há personalidades jurídicas que de modo nenhum se ligam ao Estado, posto que pertençam ao direito público ... Nem toda pessoa jurídica de direito público é pessoa de direito constitucional, ou pessoa de direito administrativo” (*Tratado de Direito Privado*, tomo I, 4ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1974, pp. 314/5, § 80) —, a nova redação do § 1.º do art. 1.º da Lei n.º 1.533/51, dada pelo art. 12 da Lei n.º 6.978/82, considerou *autoridades*, para o efeito de mandado de segurança, “os representantes ou órgãos dos partidos políticos”. Havia, até então, precedentes unânimes do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral que ilustravam o entendimento no sentido da inviolabilidade do *mandamus*, para atacar ato de dirigente ou decisão de órgão de partido político: MS 2.763-MA, Relator o Min. MARIO GUIMARAES, Pleno, julgado a 27.5.55, in *Boletim Eleitoral* de agosto de 1956, p. 9; Acórdão n.º 6.295, MS n.º 484 — classe II — Recurso — Bahia, Relator o Min. NERI DA SILVEIRA, a 3.5.77, in *Boletim Eleitoral*, n.º 316, p. 906; e Acórdão n.º 6.778, MS n.º 538 — classe 2ª — Recurso — Mato Grosso, Relator o Min. J. M. DE SOUZA ANDRADE, a 7.5.81, in *Boletim Eleitoral*, n.ºs 360/2, p. 17.

(160) “*Institucionalização e Estatuto ...*”, p. 7.

Compreende-se, assim, que somente há vez para discutir o seu fundamento determinante sob o prisma da grandeza da *instrumentalidade* da ação partidária: a regra constitucional da imunidade libera o *remate* da perfeição *vanguardeira* dos partidos, para a realização do regime democrático, também como expressão singular da *autenticidade* do sistema representativo. Realidades, portanto, indissolúvelmente entrelaçadas, é a *simetria* entre ambas que projeta e impõe o tratamento diferenciado, para assegurar, *em plenitude*, a *força aglutinadora* das instituições partidárias, na *formação e exteriorização* da vontade política.

Por isso, é elementar que a imunidade opere os seus efeitos sempre e necessariamente, consoante as vicissitudes da legislação básica que procede à disciplina de fundação dos partidos políticos<sup>(161)</sup>. Recém-instaurada uma fase de multiplicidade partidária, a solução do art. 6º da Emenda Constitucional nº 25, de 15-5-85 — que permitiu, *satisfeitos os princípios estabelecidos no citado art. 152, caput e incisos, da Constituição, a reorganização de partidos que tiveram, até a data de sua promulgação, os registros indeferidos, cancelados ou cassados* —, suscita, desde logo, breve estudo de relevante aspecto, nomeadamente para sublinhar a formalidade que, concorrendo para a existência legal dos partidos, os coloca sob a proteção da imunidade.

Esta questão pode ter o seu início no que foi estatuído para as eleições municipais de 15-11-85 (EC nº 25/85, arts. 2º e 7º), viabilizada a participação de *partidos em formação habilitados* (Lei nº 7.332, de 19-7-85, art. 13 e §§ 1º e 2º; Resoluções n.ºs 12.172 e 12.175, do TSE, de 2 e 9 do mesmo mês, respectivamente). Porque ainda em período de transição (e, pois, com o objetivo de suprir normalidade a ser atingida), idêntica orientação predominou para o pleito realizado em 15-11-86: além dos partidos políticos com registro definitivo, a recente disputa eleitoral foi franqueada, também, aos em formação, habilitados segundo o art. 2º da Lei nº 7.454/85, e aos detentores de registro *provisório*, num total de 30 agremiações<sup>(162)</sup> (Lei nº 7.493, de 17-6-85, art. 5º).

É a constatação desse quadro que sugere convocar a atenção para o preceituado no art. 152, IV, da Constituição, que empresta

---

(161) O Senador ACCIOLY FILHO, no artigo *Alguns Aspectos do Partido Político* (*Revista de Informação Legislativa*, a. 11 n. 44 out./dez. 1974, pp. 8/9), oferece sucintamente, as exigências postas para a criação de partidos, desde o Código Eleitoral de 1950 até o advento da Lei nº 5.682/71.

(162) A lista de todos os partidos que registraram candidatos, com seu nome, seguido da sigla e do número que lhe foi atribuído por sorteio, consta do art. 11, § 1.º, da Resolução nº 13.252, do TSE, de 28-10-86.

ao registro dos estatutos, no Tribunal Superior Eleitoral, eficácia constitutiva da personalidade jurídica dos partidos políticos (o art. 39 da Resolução nº 10.785/80 especifica, igualmente que “A existência legal dos partidos políticos começa com o seu registro no Tribunal Superior Eleitoral”).

Excluídos da nova geração partidária os em formação habilitados, a distinção entre registro *provisório* e *definitivo* parece, realmente, um ponto importante, pelo menos para ser comentado, pois, à primeira vista, poder-se-ia correr o risco de confundirem-se as duas fases do processo de organização do partido, as quais, porque *sucessivas e conexas*, devem ser destacadas — sem prejuízo da unicidade do registro aludido no preceito constitucional —, mormente a fim de efetivar-se a aplicação da regra da imunidade.

O registro *provisório* há que ser havido como parte integrante do *definitivo*: deferido aquele, vale dizer, terá o partido o prazo de um ano <sup>(163)</sup> para organizar-se; requerendo o segundo, o Tribunal Superior Eleitoral, ao apreciar o pedido, não exerce função meramente declarativa ou certificativa da existência, como entidade jurídica, do partido político, mas pronuncia *juízo de legalidade* <sup>(164)</sup>.

No direito eleitoral, portanto, a configuração da pessoa jurídica se completa com o deferimento do registro *definitivo*. Em consequência, se os partidos políticos só adquirem personalidade jurídica depois de definitivamente registrados, não há como pleitear a imunidade para aqueles investidos do registro provisório, pois o ato de criação, nas palavras do Prof. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *instaura uma situação permanente que é fonte de direitos e de obrigações, de relações jurídicas diversas...* <sup>(165)</sup>.

Assim, em face da significação jurídica do termo *registro*, mencionado no referido dispositivo constitucional, é válido concluir que, daqueles que participaram das eleições passadas, tão-somente seis partidos estão amparados pela vedação, o da Frente Liberal — PFL, o Democrático Social — PDS, o Democrático Trabalhista

---

(163) É ele contado da assentada de julgamento e não da publicação da respectiva decisão, conforme o decidido na Resolução nº 22.245, Consulta nº 6.225 — Classe X — Distrito Federal, Relator o Min. DÉCIO MIRANDA, unânime, a 15-12-81, in *Boletim Eleitoral*, nº 367, p. 82.

(164) Resolução nº 11.100, Processo de Registro de Partido nº 379, Classe 7ª — Distrito Federal, Relator o Min. PEDRO GORDILHO (indeferimento do pedido de registro definitivo do PTB), a 8-10-81, in *Boletim Eleitoral*, nº 388, p. 124.

(165) Os Partidos Políticos ..., p. 71.



— PDT, o do Movimento Democrático Brasileiro — PMDB, o dos Trabalhadores — PT, e o Trabalhista Brasileiro — PTB.

Cabe acrescentar, de outra parte, que, independentemente da imunidade, o art. 109 da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, na redação dada pela Lei nº 6.767/79, dispõe que os “partidos gozarão de *isenção* de impostos de qualquer natureza” (Resolução nº 10.785/80, art. 173).

Respondendo a consulta formulada pelo *Diretório Nacional* do PTB, o Tribunal Superior Eleitoral deu ao preceito esta exegese:

“Partido político. Imunidade tributária. A isenção prevista no art. 109 da LOPP, que, aliás, não é senão a imunidade constitucional do art. 19, inciso III, alínea c, se restringe a impostos de qualquer natureza, não abrangendo quaisquer taxas federais, estaduais ou municipais (cf. Súmula nº 324, do STF)”<sup>(166)</sup>.

O zelo do confronto denuncia a deficiência da legislação ordinária, editada *ex abundantia*: imunes os partidos políticos — que é o mais —, a concorrência da isenção, mera dispensa legal do tributo devido — e que, portanto, é o menos —, deve ser considerada uma superfetação, justamente porque exaurido pela imunidade o seu conteúdo. Logo, se imunizados aos impostos já são os isentos, restaria, no máximo (e apenas para aqueles que sustentam a abrangência limitada da vedação), a alternativa de que os partidos políticos, com o acréscimo representado pela isenção, estão a salvo de todos os impostos, mas os da competência da União Federal (não se cuida de isenção concedida por via complementar, a que alude o art. 19, § 2º, da Constituição, nem poderia tratar-se, mesmo em tese).

Está visto, no início deste capítulo, o princípio dominante de que a aplicação do benefício se subordina a requisitos da lei, que a própria Constituição manda observar. Outro ponto fundamental para também ser analisado, tem todo o cabimento discutir a imunidade dos partidos políticos em face da cláusula indicada na parte final da alínea c do inciso III do art. 19.

É relevante observar, por ora, que, eminentemente constitucional a configuração da vedação, o desprendimento da sede clássica da matéria não diz respeito aos seus *lindes*, “mas àquelas

(166) Resolução nº 11.697, Consulta nº 6.851 — Classe 10ª — Distrito Federal, Relator o Min. JOSÉ GUILHERME VILLELA, de 28-6-83, in *Boletim Eleitoral*, nº 387, p. 74.

normas reguladoras da Constituição e funcionamento da entidade imune<sup>(167)</sup>.

Desta forma, não se pode deixar sem realce o aspecto positivo do comando do preceito constitucional, cujo objetivo maior visou, de modo expressivo e intencional, a cobrir falsos favorecimentos pela imunidade. Por conseguinte, direcionado para evitar fraude tal como salientou o Min. SOARES MUÑOZ<sup>(168)</sup>, importa questionar da vinculação dos partidos políticos aos requisitos assentados pelo CTN.

Da mácula que ensejou a cautela constitucional parece evidente que os partidos políticos estão livres, pela simples razão de que se submetem, desde a fundação até a extinção, a rigorosas restrições, previstas em legislação *específica*, tornando o seu caráter insuscetível da taxaço. Confirmam-se, portanto, *mais* estes dispositivos do texto consolidado da Lei nº 5.682/71: o art. 89, § 1º (manutenção de serviços de contabilidade, de modo que permita o conhecimento da origem de suas receitas e despesas); o art. 90 (envio obrigatório à Justiça Eleitoral de balanço anual); o art. 93 (fiscalização da Justiça Eleitoral sobre o movimento financeiro); o art. 94 (exame da escrituração financeira à vista de denúncia); e, notadamente, o art. 120, que veda a existência de qualquer entidade com fins político ou eleitoral, sem que haja satisfeito os requisitos legais para funcionar como partido.

Fiel ao motivo do legislador constituinte, não o desafia a interpretação que os arreda do alcance dos efeitos secundários do art. 14 do CTN. Ao contrário, sem regatear o conceito de pessoas jurídicas de direito público interno, logra toda a coerência de sentido com a função *primordial* dos partidos políticos a concepção que desconsidera o controle de funcionamento *impróprio*.

(167) Da ementa do RE 97.770-RJ, Relator o Min. SOARES MUÑOZ, Primeira Turma, decidido, por unanimidade, a 17-3-81, in *RTJ* 102/304 (afastou-se, *in casu*, a restrição do art. 17 do Decreto-Lei nº 37/66, que só autoriza a isenção do imposto de importação desde que considerada a mercadoria, pelo Conselho de Política Aduaneira, sem similar nacional). A propósito, merece citada, ainda, passagem do voto do Min. MOREIRA ALVES, no RE nº 89.173-SP, in *Ementário* nº 1.120-4, fls. 1.263: "... Nem se pretenda que a cláusula final — "observados os requisitos da lei" — da letra c do inciso III do art. 19 da Constituição permita à legislação complementar ou ordinária estabelecer, direta ou indiretamente, quais os impostos abarcados pela imunidade, e quais os que estão fora de seu âmbito. Essa cláusula diz respeito, não a isso, mas, apenas, aos requisitos que as instituições de educação ou de assistência social devem preencher para que mereçam o benefício constitucional. Por isso mesmo, o art. 14 do CTN, ao se referir a tais requisitos, se limita a determiná-los em relação ao que deve observar a instituição para gozar da vantagem constitucional."

(168) No citado RE 93.770-RJ, in *RTJ* 102/307.

A cautela constitucional, em consequência, somente encontra justificativa em relação às instituições de educação ou de assistência social, precisamente em virtude da inexistência de qualquer barreira à sua proliferação, demandando até mesmo a perseverante fiscalização por parte da autoridade competente, nos termos do § 1º do art. 14 do CTN. Aliás, não é por outra razão que adverte o Prof. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO que “as instituições educativas e assistenciais são meras pessoas de direito privado, criadas pela iniciativa particular e ao sabor desta. Seria plausível, por isso, que servissem de capa, cobrindo interesses egoísticos que, assim, se beneficiariam da imunidade no tocante a impostos” (169).

Para ultimar o estudo da imunidade tributária dos partidos políticos, mister se faz converter a sua destinação em campo para, como padrão de referência, levantar algumas das situações jurídicas por ela abrangidas. PONTES DE MIRANDA, que chegou a descobrir a validade concreta do preceito, dedicou-lhe indicações elucidativas, sobre as quais não pesa dúvida que demande consideração suplementar: “A casa de propriedade de partido político e por ele ocupada não paga qualquer imposto federal, ou estadual, ou distrital, ou municipal. A casa alugada ao sublocatário, partido político, paga os impostos de propriedade, e não os de sublocação, licença etc. Os serviços abrangem: reclames, propaganda, correspondência, transportes, radiocomunicações etc. Se o posto radiodifusor é utilizado comercialmente, cessa a imunidade (170).

26. A ordem constitucional tem-se servido, desde 1946, do termo “instituições” para determinar o primeiro conteúdo do perfil das pessoas jurídicas destinatárias da imunidade. Essa constância deixa à mostra indiferença à controvérsia doutrinária — viva, ao que parece — sobre os limites de compreensão do conceito da categoria referida.

Ainda em face da redação originária, foi LEOPOLDO BRAGA, em obra pioneira e erudita, quem mais se esmerou no trato do tema. Sua tese, deflagrada da acepção *técnico-jurídica* do vocábulo “instituições” — argumento principal que alçou sobretudo do campo específico do *direito administrativo* —, confere a aptidão de tornar ente imune apenas à “verdadeira e propriamente dita *instituição*”, aquela “constituída com *fim público* educacional ou assistencial *exclusivo* (e, senão, ao menos principal), de vocação *altruística* e eminentemente *desinteressada*, visando, em suma, ao bem público, à utilidade coletiva, à satisfação de necessidade ou necessidades de

(169) *Comentários à Constituição Brasileira*. 3ª edição, São Paulo, editora Saraiva, 1983, p. 154.

(170) *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º 1 de 1969*, II, 2ª edição, revista, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1970, p. 426.

interesse geral da comunhão dos indivíduos ou, ao menos, de determinadas classes sociais" (171). Para melhor apreender-lhe a exata extensão do paradigma imune preconizado, "inconfundível com a empresa, de fins lucrativos, com a sociedade fechada e com a simples corporação ou associação de indivíduos para a consecução de fins de interesse particular próprio, comum ou recíproco", bem é de ver que não basta a observância do requisito *implícito* da finalidade pública; haveria mesmo que também cogitar, sempre antes do cumprimento das exigências discriminadas pelo Código Tributário, não só da *gratuidade* dos serviços prestados, mas, igualmente, da *generalidade*, na sua distribuição.

Razões outras foram alinhadas em entendimento oposto. Referem-se, da mesma forma, ao sentido da expressão instituições, negando-lhe, contudo, a positivação de qualquer atributo técnico-jurídico, para, em consequência, afastar a imperiosidade da satisfação preliminar dos mencionados requisitos *implícitos*.

Arrimada nessa doutrina, a conclusão de ELIZABETH NAZAR CARRAZZA, segundo a qual "a palavra instituição foi usada em seu sentido corrente de entidade que atua secundando a atividade do Estado, na busca, sem finalidade lucrativa, do atendimento do interesse público primário" (172).

A segunda solução alvitrada é não somente a correta, como, de certo modo, também neutraliza qualquer carga de iniquidade que resultaria, fatalmente, da tendência à rigidez da primeira.

Abstraídas as injunções de juízos subjetivos, um passo a mais confirma a adequação da premissa *comum*: a significação do dizer constitucional é a plasmada pelo sentido *natural* e *ordinário* das palavras utilizadas, salvo quando expresso em linguagem técnica, hipótese em que ao intérprete não é dado encetar distinta exegese, senão cumpri-la (173).

---

(171) *Conceito Jurídico de "Instituições de Educação e de Assistência Social"*, 2ª edição, Rio, 1971, p. 44; in *Repertório Enciclopédico do Direito*, vol. XXVII, p. 247.

(172) Cf. Imunidade Tributária das Instituições de Educação, in *Revista de Direito Tributário*, ano II, jan./mar. 1978, n.º 3, p. 169.

(173) Consoante à óbvia lição da doutrina clássica: COOLEY. *Princípios Gerais de Direito Constitucional*. Tradução de Alcides Cruz. 2ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1982, p. 407; BLACK. *Handbook of American Constitutional Law*. 4ª edição, West Publishing Company, 1927, p. 85, § 62; CARLOS MAXIMILIANO. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9ª edição, Rio, Forense, 1984, pp. 305/6 e 309. Anote-se, de passagem, que essa orientação foi aflorada na Rep. 1.344-RJ/ES, Relator o Min. DJACI FALCÃO — pendente de julgamento, com parecer pela inconstitucionalidade — em relação à norma constitucional que reservou aos Estados-Membros e ao Distrito Federal a instituição do IPVA, exteriorizada a competência tributária mediante o emprego de termos próprios, "veículos automotores" (inciso III do art. 23, acrescentado pelo art. 2.º da EC n.º 27/85).

Havendo que deliberar nesse horizonte, é forçoso reconhecer, em primeiro lugar, que a idéia de “instituições” pode deitar raízes nas mais diversas correntes de opinião, organizáveis até ao sabor de disciplinas que não se associam, necessariamente, à ciência do direito.

Observação do Min. OSCAR CORRÊA, ao registrar o grau de dificuldade da “própria conceituação”, faz aparecer a uma luz propícia a *variação* a que está sujeita, também ressaltando, como agravamento do estágio da elaboração doutrinária brasileira (“que não fixou, em termos definitivos, os limites de compreensão do texto constitucional”), “os *interesses* que se mesclam ao cuidar de fixá-la” (174).

Palavra que, sem a menor dúvida, irradia títulos diversos de compreensão, teria o constituinte, para complementar-lhe o *ato da escrita*, transformando-a em texto com realidade *autônoma*, que fazê-la nascer vinculada a determinado *pressuposto normativo originário*.

Inexistindo essa relação mútua de complementaridade, não poderia jamais ter assimilado noção técnica, ainda por cima para *isolar* a predominância do sentido *jurídico*, reconhecendo estar ali conceito que não se encontra nem no campo da teoria geral das pessoas jurídicas, nem no do direito administrativo.

Carente de dilucidação — de um lado e de outro —, a utilização, no plano superior, do vocábulo “instituições” somente pode corresponder a uma linha de inteligência que se aproxima da percepção *usual*.

Situada, portanto, em perspectiva de *normalidade*, enuncia cunho genérico, abrangente de pessoas jurídicas de direito privado, organizadas para *fins não econômicos*, aquelas que *coexistem*, lado a lado, com a atividade estatal.

Dando-lhe expressão técnico-jurídica, a teoria despontada por LEOPOLDO BRAGA (175) hostiliza a própria manutenção do vocábulo,

(174) Do voto proferido no RE 100.816-RJ, in RTJ 108/917.

(175) “A palavra “instituição” tem, pois, como se vê, na teoria geral das pessoas jurídicas, e, sobretudo, na área do direito administrativo, uma acepção específica própria e diferenciada da acepção ampla e genérica, a que inicialmente aludimos, isto é, um especial sentido técnico-jurídico reservado à qualificação de uma certa e determinada categoria de pessoas que, por sua *ingênita* e *indeclinável* vocação a *fim público*, se acham situadas além e acima das entidades não lucrativas de *fins mistos* (privados e públicos) e, com razão maior, daquelas nascidas exclusiva e principalmente das influências do *interesse particular* de indivíduos ou grupos de indivíduos, e apenas ou preferencialmente destinadas à satisfação de necessidades ou ao gozo de benefícios de seus próprios fundadores, membros ou associados” (in *Do Conceito Jurídico de Instituições ...*, pp. 76/7).

no sucedimento da previsão constitucional, reconhecimento, solene e inequívoco, da acepção *comum* por parte do constituinte, que paira sobre vozes que, sem o expressivo apoio da doutrina e da jurisprudência, insistem em nutrir o dissenso.

Como todos os seus argumentos se sucedem — e se coordenam — segundo a primazia, de raciocínio que visa à *consubstanciação* do vazio conceitual, falta ao objetivo principal da tese o mínimo de consistência, o indispensável respaldo para o privilegiamento de conotação *privativa*, levando à ruptura do vínculo que buscou prender a imunidade à observância dos chamados requisitos implícitos.

Em consequência, para o fito de fixar a tipologia constitucional imune, influência decisiva não advém da acepção atribuída à palavra “instituições”.

27. Por exprimir *ação benemérita*, identificando as *entidades* (e a este termo se referem os arts. 9º, § 1º, e 14 do CTN) que *adere*rem à atividade do Estado, o que se tem como certo é a *ratio* da imunização: são *absorvidas* pela vedação precisamente como *caudal do interesse público*, impresso no *traço-de-união* — “educação ou de assistência social”.

Norma que consolida a *aproximação* e a *colaboração* da iniciativa privada junto ao Estado, não há fugir da consabida lição da doutrina: tanto quanto na vigência da Constituição de 1946 (176), continua, na redação da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, a ser encarada como *fator de atração*, visando *concorrência* efetiva à melhor consecução dos deveres educacionais e assistenciais. Desde aquela Carta, o Supremo Tribunal Federal sufragou, também,

---

(176) Cabe acolher, em seus exatos termos, a clara relação teleológica ou finalística da imunidade das instituições de educação e de assistência social, descrita por AMILCAR DE ARAÚJO FALCÃO, em parecer datado de 9-9-61: “o propósito de resguardar e estimular a cooperação da iniciativa privada no desenvolvimento e ampliação dos programas educacionais e assistenciais a cargo do Estado” (in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 66, p. 369); este, por sua vez, o magistério de LEOPOLDO BRAGA: “O objetivo da Lei Maior, a razão de ser da providência, o escopo, o móvel político social que inspirou e determinou a concessão da prerrogativa constitucional, isto é, do privilégio da *imunidade* tributária às *instituições* de educação e de assistência social, de modo a assegurar-lhes uma garantia especial e fundamental, vale dizer *orgânica* — desde que constitucionalizada, da *intributabilidade*, ou seja de *isenção em todas as órbitas fiscais, além e acima da autoridade da lei ordinária*, esse objetivo assenta, precisamente, no pressuposto de, conquanto de caráter privado, exercerem tais pessoas — por seu *fim público institucional*, a par da natureza, importância, permanência e amplitude de seus serviços, de suas atividades altruísticas e filantrópicas nos setores da educação e da assistência social — uma ação por bem dizer *paralela* à do Estado, uma obra qualitativamente equiparável à que ao próprio Poder Público impende exercer no provimento das necessidades coletivas” (in *Do Conceito Jurídico de “Instituições ...”*, pp. 89/90).

essa orientação, assim reconhecendo, expressa e *indistintamente*: "Com a imunidade, quis o Estado atrair a iniciativa particular para o terreno da educação, suprindo-lhe as deficiências e secundando-lhe a ação nesse setor de magna importância social"; "O Constituinte quis se referir a entidades que cooperam com o Poder Público, em determinadas atividades" (177).

28. A controvérsia sobre os temas envolvidos no exame da imunidade tributária das instituições de educação aconselha a precisar, desde logo, os que, com as peculiaridade dos casos concretos, foram tratados pelo Supremo Tribunal Federal, ao tempo do regime da Constituição de 1946.

Recorde-se de que, em sua versão original, concorriam os seguintes requisitos para a legitimação à imunidade: a) um de natureza *estática* (intrínseco ou substancial), que se mantém, obviamente, no dispositivo constitucional em vigor — *tratar-se de instituição de educação*; e b) dois *dinâmicos* (ou *extrínsecos*), que apenas foram arredados, formalmente, do texto constitucional pela Emenda nº 18, de 1965: I — emprego integral das rendas segundo os respectivos fins; II — utilização, ainda total, de tais rendas no País. De outra parte, e desde então, a *declaração* da imunidade está submetida à disciplina da Lei nº 3.193, de 4-7-57, que dispõe sobre o procedimento *administrativo* ou *judicial* tendente ao seu reconhecimento (178).

No retorno à mais autorizada fonte interpretativa da vedação, três são os julgados que servem ao intento de descerrar o entendimento que então veio a ser acolhido em relação à condição que, na evolução dos textos constitucionais posteriores, se tornou *permanente*. No AG 38.802-SP, a 1ª Turma do Pretório Excelso, sob

---

(177) Dos RREE 58.691-SP, Relator o Min. EVANDRO LINS E SILVA, in RTJ 38/184; e 52.461-GB, Relator o Min. DJACI FALCAO, in RTJ 46/605.

(178) Convém registrar que as decisões proferidas nas ações declaratórias nela fundadas têm eficácia de *coisa julgada secundum eventum litis*, a teor do preceituado no seu art. 6.º, primeira parte. Tais efeitos, contudo, não se projetam para além da superveniência do Código Tributário Nacional. Esse aspecto foi colocado em realce pelo Min. RAFAEL MAYER, ao julgar o RE 97.603-RJ, 1ª Turma, a 12-11-82, in RTJ 104/436: "A coisa julgada, tomada sob a égide da Carta de 1946, não prevalece diante de novo contexto constitucional e legal em que se disciplina a imunidade fiscal das instituições da educação e assistência social, de modo a impedir a constituição da obrigação tributária, quando não satisfeitos os requisitos." A respeito do procedimento especial, em plena vigência, ver artigo de DONALDO ARMELIN. Ação Declaratória de Imunidade Tributária. *Revista de Processo*. Ano VII, abr./jun. 1982, nº 26, p. 22. Esta a sua conclusão: "Relegada ao olvido na tela processual, será hoje superada em celeridade pelo procedimento sumaríssimo. Por isso mesmo, como já foi dito retro, dificilmente terá condições de adquirir maior operatividade na *praxis* forense. De qualquer forma, porém, subsiste como alternativa válida para os titulares do direito àquela imunidade."

a visão de fatos certos, repeliu a argumentação da Prefeitura Municipal Paulistana, desenvolvida à procura de identificar, como os visados pela Constituição, apenas "ós estabelecimentos que ministram o ensino de acordo com o sistema vigente em nosso País, seguindo os nossos moldes educacionais e que preparam alunos para cursar as nossas escolas superiores". Para considerar irrelevantes as características do ensino ministrado sob o patrocínio da Fundação Anglo-Brasileira de Educação e Cultura, este o ponto fundamental do voto do Min. EVANDRO LINS E SILVA, Relator: "Singularidades do ensino, quais sejam a intensidade do estudo da língua e da literatura inglesas e o aproveitamento do curso ginásial, acrescido de mais uma série, para habilitar o estudante para o acesso à universidade inglesa, ou do corpo discente em que os alunos brasileiros são minoria, ou ainda da administração da Fundação, composta exclusivamente de súditos ingleses, tudo isso se, *de lege ferenda*, poderia talvez fazer defensável o raciocínio da agravante, *de lege lata*, não subtrai à agravada nenhum dos pressupostos necessários e suficientes ao gozo da imunidade constitucional. Trata-se de instituição educacional que aplica a totalidade de suas rendas no Brasil para a consecução de seus fins" (179); no RE 56.589-GB, a 2ª Turma proclamou que a isenção — de todos os impostos e taxas federais — concedida, nos termos da Lei nº 3.479, de 4-12-58, ao Museu de Arte Moderna do Rio de Janeiro, sociedade civil sem objetivo lucrativo, abrangia o imposto de consumo. Em seu voto, afirmou o Relator, Min. ADALÍCIO NOGUEIRA: "O dispositivo legal em apreço arrimou-se, por sua vez, no art. 31, nº V, letra b, da Carta Federal de 1946. Contesta a recorrente a possibilidade da admissão de tal isenção, visto tratar-se, na hipótese, de tributo indireto, incidente, de fato, sobre o consumidor. A lei de isenção, porém, não fez qualquer distinção a respeito e interpretando-a, é que o v. acórdão recorrido deu provimento ao agravo interposto, para conceder a segurança impetrada pelo recorrido" (180); no RE 71.009-PR, recorrente a Sociedade Propagadora Esdeva, instituição de fins educacionais e assistenciais, que fundara estabelecimento comercial para a venda de livros e objetos religiosos, prevaleceu, por maioria de votos, a orientação de que a exploração paralela dos negócios de livraria desnatura o conceito de "instituições de educação". O Min. ANTONIO NEDER, Relator sorteado, vencido, admitiu que "a recorrente provou, por documentos e testemunhas, que satisfaz as condições legais para a declaração de imunidade tributária que ela postula (Lei nº 1.572, artigos 9º e 14), com exceção, bem se vê, dos impostos que repercutam sobre terceiro qual o diz BALEEIRO nesta lição (*Dir. Trib. Bras.* 3ª ed., p. 92): "Se a ins-

(179) Por unanimidade de votos, julgado a 7-11-66, in *Ementário* n.º 638-1, fls. 358.

(180) Por unanimidade de votos, julgado a 13-11-70, in *RTJ* 56/242.



tuição (o autor se refere à instituição educacional ou de assistência) explora indústria ou comércio como meio de renda para a realização de seus fins, está sujeita aos impostos de que seja contribuinte *de iure*, mas que, nas circunstâncias concretas, repercutem sobre terceiros, os seus compradores ou usuários". Endossando, porém, o veredito pelo desprovemento do recurso, arrematou o Min. BILAC PINTO: "A norma constitucional, entretanto, não pode ter interpretação extensiva para cobrir, com a imunidade, a atividade comercial da entidade educacional. Tenho como incensurável a decisão recorrida, em cuja ementa ficou expresso: "A imunidade tributária, instituída no art. 31, V, letra b da Constituição de 1946, em favor das instituições de educação não abrange a exploração paralela do comércio de livros" (181).

De outra parte, deve ser lembrado, igualmente, que a 1ª Turma, ao julgar o RE-58.691-SP, dispensou o pressuposto da *gratuidade total* — que figurava, na doutrina contemporânea de LEOPOLDO BRAGA, como elemento integrante da condição *substancial* —, vedado tendo em vista a impossibilidade de estender-se os requisitos *extrinsecos* além dos alcances máximos permitidos pela letra e espírito da Constituição de 1946. Recorrente a Sociedade Pinheirense de Instrução, esclareceu o voto do Min. EVANDRO LINS E SILVA, Relator: "É certo que a recorrida apresentou outros argumentos, no curso do processo, para salientar que a recorrente não tem finalidade exclusivamente educacional e sim lucrativa. Entre esses argumentos, que não foram adotados na decisão recorrida, se encontra o de que os Estatutos da Sociedade de Educação, embora digam que ela se destina à fundação, aquisição e manutenção de casas de ensino, também prevê remunerações, indenizações dos sócios, bem como distribuição dos bens, em caso de dissolução da sociedade. A remuneração dos sócios, prevista nos Estatutos, art. 5º, letra b, diz respeito às funções que exercem na sociedade. Além disso, entre os deveres dos sócios está o de dedicar toda a sua atividade profissional à sociedade (art. 7º, letra a). Não vejo como essa remuneração possa excluir a imunidade tributária prevista na Constituição, pois ela se destina a remunerar trabalhos, o que não significa fim lucrativo, nem tampouco destinação das rendas para objetivos estranhos à educação. Também não vejo qualquer desvio da finalidade da instituição no fato de prever a distribuição dos bens, em caso de dissolução. Outrossim, não procede o argumento de que a expressão "instituição de educação" esteja empregada no texto constitucional no sentido de prestação de serviços, sempre gratuitos, sem auferição de quaisquer rendas para a sua manutenção. A instituição pode ter rendas e cobrar serviços. A condição para a

(181) Relator p/o acórdão o Min. THOMPSON FLORES, 2ª Turma, julgado a 12-11-73, in *Ementário* nº 938-1, fls. 63-69.

imunidade tributária é que essas rendas ou o recebimento da prestação de serviços sejam aplicadas integralmente no País, para as respectivas finalidades. Se a lei fala em aplicação de rendas no País, é porque admite a existência destas, e, conseqüentemente, o ensino retribuído..." (182).

O debate da temática referente ao requisito substancial renovou-se após o advento dos textos constitucionais que se seguiram ao da Carta de 1946. Idêntico o espírito inspirador dos acórdãos atrás referidos, as conclusões praticamente se mantiveram, excepcionado, apenas, o decidido no RE 64.039-PR: acolhendo interpretação extensiva do art. 20, III, c, da Constituição de 1967, reconheceu a 2ª Turma a imunidade do Instituto Dom Alberione, *sem prejuízo da atividade que desenvolvia em livraria* (183).

Nos RREE 70.541-GB e 76.297-PE, a 1ª Turma investiu do caráter de instituição de educação a Escola Americana do Rio de Janeiro e do Recife, relegando, da mesma forma, o fundamento de que a imunidade só se aplica a estabelecimento de ensino frequentado por brasileiros, não aos que servem, exclusivamente, a filhos de cidadãos estrangeiros (184).

Mantido, da mesma forma, o afastamento de qualquer afetação do decantado requisito da gratuidade absoluta ao princípio da imunidade, a jurisprudência anterior à edição do Código Tributário Nacional se fortaleceu: no RE 90.088-MG, recorrido o Instituto Padre Machado, a 2ª Turma considerou insuficiente, por si só, para excluir a imunidade, "a circunstância de que a gratuidade dos serviços educacionais não alcança a todos, indiscriminadamente, mas somente aos que desejam seguir a vida religiosa da Ordem dos Barnabitas" (185); no RE 93.463-RJ, recorrida a Sociedade Educacional Professor Nuno Lisboa, observou o Min. CORDEIRO GUERRA, Relator: "Penso que, na Constituição, se concedeu a imunidade, para promover o ensino, e não, apenas, o ensino gratuito. Sem dúvida, o douto LEOPOLDO BRAGA sustenta, com o brilho que lhe é próprio, o conceito *d'établissement d'utilité publique*, mas, a meu ver, a Cons-

(182) Por unanimidade de votos, julgado a 9-5-66, in *RTJ* 38/183-4.

(183) Relator o Min. ADAUCTO CARDOSO, unânime, julgado a 25-9-69, in *RTJ* 52/408. Invocado o acórdão, como divergente, no aludido RE 71.909-PR, inexistosa foi a confrontação, porque contrário o seu entendimento à argumentação neste prevalecente.

(184) Relatores os Ministros BARROS MONTEIRO e DJACI FALCAO, julgados, por unanimidade de votos, a 23-3-71 e 11-9-73, in *RTJ* 57/274 e 68/561, respectivamente.

(185) Relator o Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, unânime, a 10-10-78, in *Ementário* n.º 1.114-3, fls. 1.074. No caso, também se discutiu a tributação de parte de imóvel do Instituto, dado em locação. *Locatária* outra entidade educacional imune, foi confirmado o acórdão recorrido.

tuição Federal, ao limitar a imunidade às instituições de educação, não lhe deu essa interpretação restrita, mas genérica, abrangente dos estabelecimentos de ensino, ainda que remunerado. Penso que, se pretendesse o contrário, faria menção expressa às instituições de ensino e assistência social não remuneradas de qualquer modo em seus serviços. A lei, por igual, não faz essa restrição, mas tão-só as especificadas nos incisos I, II e III do art. 14 do CTN” (186); invocando-o e o caso comando da lavra do Min. EVANDRO LINS E SILVA, no mais recente, o RE 97.797-MG, recorrida a Fundação Cultural de Belo Horizonte, instituição que objetivava a criação e manutenção de órgãos de ensino superior e médio, de estudos e pesquisas, em todos os ramos do saber, reiterou o Min. ALDIR PASSARINHO, Relator, que “não há como formularem-se exigências outras para considerar a instituição de ensino abrangida pela imunidade tributária, senão aquelas previstas em lei, nem procurar-se fixar conceitos de “instituição de ensino” para o fim de restringir o direito constitucionalmente assegurado, estabelecendo limitações que a lei não autorize” (187).

Também sobre a ocorrência dos pressupostos contidos na legislação tributária codificada — e dos três discriminados no seu art. 14, os dois primeiros já eram previstos na Constituição de 1946 — se manifestou o Supremo Tribunal Federal. No entendimento pretoriano, encontrou guarida a tese de que não viola o princípio legal da não distribuição de rendas, a título de lucro ou participação, a remuneração de cargos *técnicos*, ocupados por pessoal contratado em virtude de suas aptidões. O que a lei proíbe é que, como diretores, dirigentes, mantenedores ou associados, recebam remuneração ou tenham participação nos lucros, seja sob a forma de salários, bonificações ou outras vantagens.

Adiante, no que concerne ao aspecto da aplicação integral, no País, dos recursos, consoante os objetivos institucionais, vingou a orientação de que não o compromete a destinação de receita para a concessão, no exterior, de bolsas de estudo (fundo de reserva de viagens de professores): “Quem colhe o resultado das viagens de estudos realizadas, seja por membros do corpo docente, seja por integrantes do corpo discente de Escola, se não os próprios alunos? O dinheiro gasto com tais bolsas não é *aplicado* no exterior. É gasto, é verdade, no país estrangeiro, mas a sua aplicação é feita aqui.” O mesmo foi afirmado em relação à aquisição de material escolar

(186) 2ª Turma, unânime, a 16-4-82, in RTJ 101/773. Menção expressa à taxa de matrícula constou do decidido no RE 70.541-GB citado: a sua percepção também não desnatura o aspecto legal, “pois o que se arrecadar ajudará a instituição a manter melhores professores, equipamentos e instalações”, in RTJ 57/276.

(187) 2ª Turma, unânime, a 10-6-83, in Ementário n.º 1.316-4, fls. 726-7.

estrangeiro, pois a despesa acaba revertendo em benefício do próprio ensino <sup>(188)</sup>.

Quanto à última exigência — que impõe a instituição manter escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão —, a 1ª Turma, dirimindo a controvérsia sob o ângulo da *valorização da prova* (hipótese em que possível correção poderia ser feita em recurso extraordinário), apontou o equívoco em que laborara a recorrente, a Sociedade Educacional Una, que apenas fizera juntar à petição inicial cópias datilografadas de balanços, balancetes e de um relatório financeiro. Tendo o acórdão recorrido assentado que “cópias de balanços e balancetes, de relatórios de atividades financeiras e de decisão de Delegacia de Receita Federal que concedeu à impetrante isenção do imposto de renda não constituem prova suficiente da existência de tais livros, com as características reclamadas pela lei”, deixou consignado o Min. SOARES Muñoz, Relator, com a concordância de seus pares: “Li esses documentos atentamente e não encontrei neles prova expressa e inequívoca de que a impetrante “mantenha escrituração de suas receitas e despesas, em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão”. A cópia da resolução de fls. 54 demonstra apenas que a recorrente obteve isenção do imposto de renda. Ignora-se, no entanto, quais tenham sido os documentos que ela produziu para conseguir aquele benefício” <sup>(189)</sup>.

(188) In RREE 70.541-GB e 76.297-PE, anteriormente mencionados. Considere-se, ainda, em favor da fundamentação esposada, a tendência preponderante da doutrina. Acrescentando ao seu autorizado pronunciamento a elucidativa opinião do Min. ALIOMAR BALEIRO, ponderava AMILCAR DE ARAÚJO FALCAO, no parecer já citado, p. 374: “O intuito do legislador constituinte é que no Brasil sejam atingidos os fins a que se dedicam as instituições em tratamento. Para atingir fins de educação ou de assistência social no Brasil, nada impedirá que uma instituição, no gozo da imunidade tributária, importe mercadorias do exterior, ou contrate serviços ou assistência técnica no exterior, ou possibilite cursos, ofereça bolsas de estudo, propicie pesquisa no exterior a estudantes brasileiros, ou promova o internamento e tratamento médico em estabelecimentos de outro país de assistidos seus no Brasil. Em qualquer desses casos, os fins de educação ou de assistência social serão atingidos no Brasil, embora para tanto haja que pagar preço de serviços ou produtos no exterior.”

(189) RE 95.018-RJ, a 7-12-82, in *Ementário* n.º 1.281-2, fls. 291. Escapando do âmbito do recurso extraordinário o *reexame* da prova, a distinção, para o efeito de conhecimento, com a sua *valorização* é fundamental. O debate do implemento, ou não, dos requisitos legais, na instância suprema, somente pode dar-se sob o prisma da *qualificação probatória*. No sentido da aplicação da Súmula 279, confirmaram-se: AI 76.422-MG (AgRg), agravada Associação de Cultura Franco-Brasileira, Relator o Min. CORDEIRO GUERRA, a 21-6-78, in RTJ 91/489; RE 92.983-SE, recorrido o Instituto Paulista de Ensino Superior Unificado, sucessor do Liceu Prof. José Geraldo Keppe, Relator o Min. CORDEIRO GUERRA, a 7-10-80, in *Ementário* n.º 1.192-2, fls. 750; AI 90.970-MG (AgRg), agravado o Centro Educacional Pio XII, Relator o Min. DJACI FALCAO, a 22-3-83, in *Ementário* n.º 1.292-2, fls. 516; RE 104.959-RJ, recorrido o Instituto Brasil Estados Unidos — IBEU, Relator o Min. ALDIR PASSARINHO, a 30-8-85, in *Ementário* n.º 1.397-3, fls. 667; e RE 106.378-RJ, recorrido o Instituto de Ciências e Tecnologia Maria Thereza, Relator o Min. ALDIR PASSARINHO, a 8-10-85, in *Ementário* n.º 1.411-4, fls. 731.

Outro precedente, da 1ª Turma, o RE 75.501-PR, traz explicitada a suspensão da imunidade, em face do disposto no art. 14, § 1º, do CTN. No caso concreto, o Relator, Min. RODRIGUES ALCKMIN, não encampou a afirmativa do acórdão impugnado, no sentido de que a demonstração, em *demanda julgada anteriormente*, da observância dos requisitos legais, desobrigava a recorrida, a Associação de Ensino Novo Ateneu — sociedade civil por quotas de responsabilidade limitada —, de *comprovar, para sempre, a persistência* em seu cumprimento. Com efeito, disse o condutor do aresto: “Preten- de a recorrida, entretanto, que haveria “coisa julgada” a ser res- peitada pelo fisco local, porque obteve sentença em processo ante- rior que a declarou imune à tributação. Mas esse julgado somente pode ser entendido como reconhecendo à impetrante a qualidade de instituição de ensino, e, como tal, intitulada ao reconhecimento da imunidade tributária: não, como admitindo para o futuro, ainda que a instituição viesse a descumprir os requisitos previstos em lei, continuasse ela imune a tributos. A “coisa julgada”, *conseqüen- temente*, podia estender-se ao reconhecimento de que, em princípio, a impetrante não está sujeita a pagar o imposto sobre o prédio que ocupa, excluindo (como excludo) o fundamento de ser ela parte ile- gítima na impetração. Não podia, porém, dispensar a impetrante da obrigação de comprovar a persistência dos requisitos legais, a fim de continuar a gozar da imunidade. E como não o fez, a sus- pensão do benefício foi legal (CTN, art. 14, § 1º), não havendo invocar a coisa julgada para excluir o cumprimento da lei” (190).

De resto, a composição dos requisitos que definem o núcleo da intitulação à imunidade suscitou, também, controvérsia. Contra- ria a diretriz por que se pautou a 1ª Turma o entendimento que exige a satisfação de cláusula “não prevista em lei federal”. Esta foi a inegável extensão que o acórdão proferido no RE 81.453-SP atribuiu aos lindes de incidência das condições imprescindíveis ao reconhecimento do benefício. *In casu*, importou ampliação indevi- da, desbordando do campo de aplicabilidade do art. 14 do CTN, o *elastério* dado pelo aresto recorrido, que *acrescentou tratar-se* a Instituição Universitária Moura Lacerda de “organização fechada”, cujo patrimônio, na hipótese de dissolução, estaria sujeito à divi- são entre os associados, na proporção das quotas. A propósito, como elemento de convicção, sublinhou o Relator, Min. SOARES MUÑOZ, que os “outros” requisitos, “acrescentados pelo venerando acórdão recorrido, para negar-lhe a imunidade, não estão na Constituição nem no Código Tributário (art. 31, V, b, da Constituição Federal de 1946, art. 19, III, c, da Constituição da República (Emenda nº 1),

(190) Unânime, a 27-8-74, in *Ementário* n.º 959-1, fls. 298-299.

e arts. 9º, IV, c e 14, I, II e III, do Código Tributário Nacional) ” (191).

Por fim — e não menos relevante, no panorama da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal —, sobreleva notar que o alcance da vedação esteve adstrito, praticamente, aos impostos predial e sobre serviços de qualquer natureza. Apenas no recente AI 107.082-SP (AgRg), insinuou o Estado de São Paulo que a imunidade prevista no art. 19, III, c, da Constituição da República não se aplica ao ICM. Na espécie, contudo, a alegação não impressionou o Relator, Min. CARLOS MADEIRA (nem a de violação do art. 3º, § 1º, do Decreto-Lei nº 408/68), que conduziu o seu voto à luz de consideração abrangente: mantendo cursos livres de belas-artes e reconhecido de utilidade pública, sem fins lucrativos, deve o Liceu de Artes e Ofícios de São Paulo gozar da imunidade conferida às instituições educacionais (192).

29. O realismo das decisões do Supremo Tribunal Federal exhibe o bastante para se ter que a controvérsia fundamental deve perdurar em torno do equacionamento da verdadeira instituição educacional.

Ponto de partida para se concluir pela incidência, ou não, da regra da imunidade, parece que o tema há, ainda, de ser debatido, mediante cautelosa hermenêutica, tendo como norte seguro apenas o conceito de *educação*.

Pacífico, doutrinária e jurisprudencialmente, que o legislador constituinte, concedendo a imunidade tributária, visou a carrear para o campo estatal a participação privada que considerou imprescindível, é sobre esse *entrelaçamento* que, em preliminar, cabe questionar quais as entidades que poderiam sujeitar-se à observância dos requisitos impostos pela legislação infraconstitucional.

Por aí se vê que, tocando-lhes empreender, ao nível *auxiliar*, funções que, primitivamente, se integram entre aquelas que são do dever do Estado exercê-las, somente por esse prisma é admissível dividir a vontade do constituinte e a *categoria constitucional da instituição de educação* que se pretendeu imune.

É bom enfatizar que, à luz desse interesse *peculiar* — que não importa a idéia de *exclusão* —, chegou o Pretório Excelso a cogitar da vedação em favor do Museu de Arte Moderna do Rio de Janeiro, sociedade civil de *nítidas* finalidades *culturais*. Ademais, para que a questão jurídica mereça exame nos seus devidos termos, a dis-

(191) Unânime, a 17-2-78, in RTJ 86/154.

(192) 2ª Turma, unânime, a 18-2-86, in Ementário n.º 1.410-4, fls. 822.

tição que deve correr é capital, mesmo porque, na doutrina, militam em prol da indicação do sobredito julgado opiniões que não podem ser desconsideradas: de um lado, a de LEOPOLDO BRAGA (193), sustentando, em parecer, a imunização da Academia Brasileira de Letras — subsumida no tipo educacional —, respaldado na autoridade de Carlos Maximiliano e Aliomar Baleeiro; de outro, a de Edgard Moreira da Silva, estendendo-a às associações com objetivos educacionais sócio-desportivos (194).

A hipótese, portanto, exige, para solução, exato *enquadramento*. Não é toda finalidade pública que condiz com o preceito constitucional da imunidade tributária. Quando muito, a sua presença poderia ser apreciada como mero *prelúdio* de possibilidade de sua concessão. Por isso, devendo, antes de tudo, direcionar-se a fim público, é mister, ainda, exteriorizar atuação *paralela* à do Estado, operando *simultaneamente*.

Assim, não é sequer razoável tomar premissa *distanciada* da especificação das atividades inerentes aos Estados, as quais, por carecerem de suplementação, mereceram o devido fomento.

De fato, concebida a imunidade sob o fundamento *único* de *estimular a educação*, em exercício, vale dizer, estritamente *cooperativo* com o Estado, é imperioso reconhecer no art. 176 da Constituição da República o perfil do tipo descrito no seu art. 19, III, c, principalmente após o advento da Emenda nº 1, de 1969, que teve o cuidado de sublinhar que a sua prestação é *direito de todos e dever do Estado*.

E é a menção, na parte final do mesmo dispositivo, ao *lar* e à *escola*, que esclarece o conteúdo do *processo educativo*, um pouco além da instrução, para incluir — e nada mais — a ação educadora desenvolvida no seio familiar.

Afora essa transcendência, no restante a sua substância está confundida com a obrigação de ministrar o ensino e o respectivo direito a ele, cuja grandeza ressaí dos próprios parágrafos do mencionado art. 176 da Constituição e dos dispositivos que lhes são subseqüentes, tudo sem contar o inciso I do preceito único da Emenda nº 12, de 1978, que assegurou aos deficientes educação *especial* e gratuita.

Dentre as referidas normas, exsurge a que permite solidificar a opção teórica adotada: estabelecendo o § 2º do art. 176 que o *ensino é livre à iniciativa privada*, é fácil, bem aprendida a magni-

(193) In *Do Conceito Jurídico de Instituições* ..., pp. 191/2.

(194) "Imunidade Tributária das Associações Sociais e Desportivas", in *Revista de Direito Público*, ano VII, n.º 27, p. 231.

tude da causa da liberação, desencadear o raciocínio que, sem desatino, culmina na agregação dos aspectos destacados. Com ela, certamente, se teve em mira minorar a gravidade do notório contexto educacional brasileiro, atenuação essa que, *interessando a todo o País*, somente é obtível mediante a *soma* de esforços do Poder Público com os dos particulares. Não podendo ser interpretada de molde que impeça o propósito objetivado pelo constituinte, é ela, pois, o *fator* que aglutina e sobretudo fundamenta a real inspiração que levou à atração, via imunidade, da iniciativa privada, justificando até mesmo a cautela assumida, ao impor o cumprimento de requisitos legais, a fim de expurgar a deturpação de aderência impura.

Por conseguinte, apresenta-se exorbitante do texto constitucional a *compreensão ampla*, a inteligência sustentada, entre outros, pelo Min. ALIOMAR BALEEIRO: "instituições de educação não significa apenas a de caráter estritamente didático, mas toda aquela que aproveita à educação e à cultura em geral, como o laboratório, centro de pesquisas, o museu, o *atelier* de pintura ou escultura, o ginásio de desportos, academias de letras e ciências" (195).

No caso específico da Academia Brasileira de Letras, não há negar que pode realizar certa finalidade social. Mas, daí, *data venia*, adequá-la ao tipo constitucional, vai distância alentada, uma vez que extrapola, à hora de sua realização, a atividade pública *paradigma*, a *principal* que é do *dever* do Estado executar. Discutível, contudo, a exemplificação do ginásio de desportos ou das associações desportivas. Em princípio, para que pudessem valer-se da imunidade, o objetivo institucional teria que estar circunscrito ao desenvolvimento exclusivo da *educação física*, demonstrada, ainda, a inexistência de outros fins que não o de manter o seu ginásio de desportos, nele aplicando a totalidade das rendas auferidas.

Em suma e em que pese à autoridade das opiniões em sentido contrário, a imunidade tributária em questão se realiza, *plena-mente*, ao alcançar as instituições *puramente educacionais*, simplesmente porque, *apenas assim*, é possível concretizar a indispensável *aproximação* com as *correspondentes atribuições e deveres* do Estado.

Na ordem da *inflexível* e *genuína* coerência é que ELIZABETH NAZAR CARRAZZA salientou, com acuidade, que "estão excluídas do alcance do conceito de "instituição de educação", as entidades meramente culturais, isto é, as que não visam, precipuamente, a formação e a instrução" (196).

(195) In *Direito Tributário Brasileiro*, 10ª edição, Rio, Forense, 1983, pp. 90/1.

(196) In *Imunidade Tributária* ..., p. 170.



# Dias feriados

SEBASTIÃO BAPTISTA AFFONSO

Subprocurador-Geral aposentado do TCU.  
Professor de Direito Administrativo e  
Advogado

Em seus reflexos jurídicos, os dias não são todos iguais, visto como alguns deles acarretam conseqüências diferenciadas, particularmente aqueles considerados feriados.

## II

O "dia" natural, no sentido astronômico, compreende 24 horas, que a Terra leva para dar a volta em torno do seu eixo, designando-se por "dia civil", para efeitos legais, esse mesmo período, que se conta, pelo "calendário" comum, da hora zero até a meia-noite seguinte (*Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 24, pp. 489 a 491).

Para o fim de ser determinada a "hora legal", no Brasil, o território nacional foi dividido em quatro fusos distintos (Lei nº 2.784, de 18-6-1913, regulamentada pelo Decreto nº 10.546, de 5-11-1913), os quais ficaram assim traçados:

a) o primeiro fuso, caracterizado pela hora de Greenwich "menos duas horas", compreende o arquipélago Fernando de Noronha e a ilha da Trindade;

b) o segundo fuso, caracterizado pela hora de Greenwich "menos três horas", compreende todo o litoral do Brasil e os Estados interiores (menos Mato Grosso e Amazonas), bem como parte do Estado do Pará delimitada por uma linha que, partindo do monte Grevaux, na fronteira com a Guiana Francesa, vai seguindo pelo álveo do rio Pecuari até o Javari, pelo álveo deste até o Amazonas e ao sul pelo leito do Xingu até entrar no Estado de Mato Grosso;

c) o terceiro fuso, caracterizado pela hora média de Greenwich "menos quatro horas", compreende o Estado do Pará a W da linha precedente, o Estado de Mato Grosso e parte do Amazonas que fica a E de uma linha (círculo máximo) que, partindo de Tabatinga, vai a Porto Acre; e

d) o quarto fuso, caracterizado pela hora de Greenwich "menos cinco horas", compreende o território do Acre e os cedidos pela Bolívia, assim como a área a W da linha precedentemente descrita.

A zero hora do primeiro dia do mês de janeiro, inicia-se o "ano civil", que termina às 24 horas do último dia de dezembro subsequente, compreendendo 365 ou 366 dias (*Grande Enciclopédia DELTA LAROUSSE*, vol. 1, p. 387). O "ano letivo" tem duração variável, conforme o calendário dos estabelecimentos de ensino (Lei nº 4.024, de 20-12-1961, arts. 38 e 72). O "ano litúrgico", para fins religiosos, varia em torno da PASCOA, começando no Advento e indo até Pentecostes (*Dicionário Litúrgico*, da Ed. Vozes de 1947, p. 26). A variação das festas móveis, no calendário litúrgico, afeta alguns feriados religiosos e feriados forenses (Carnaval, Semana Santa e Corpo de Deus).

O "ano financeiro", também chamado de "ano fiscal", para efeitos orçamentários e contábeis da União, coincide com o "ano civil", mas o denominado "exercício financeiro", que anteriormente era dilatado para terminar a 30 de setembro, depois até 30 de abril (exceto em 1931) e, a 31 de janeiro, só passou a ser de 1º de janeiro a 31 de dezembro, definitivamente, a partir de 1950, com a extinção do chamado "período adicional", durante o qual ainda eram liquidadas despesas atrasadas, imputadas à conta do orçamento já encerrado (Ver: Lei nº 2.842, de 3-1-1914, art. 84; RGCP, aprovado pelo Decreto nº 15.783, de 8-11-1922, art. 26; Lei nº 4.632, de 6-1-1923, art. 162; Decreto nº 20.393, de 10-9-1931, arts. 2º, 4º e 5º; Decreto nº 23.150, de 15-9-1933, art. 1º, alínea a; Decreto Legislativo nº 12, de 28-12-1934, art. 1º, alínea a; Lei nº 869, de 16-10-1949, arts. 1º e 2º; e Lei nº 4.320, de 17-3-1964, art. 34).

É no "calendário", coordenadamente, que se registra a ordem dos dias, por semanas e meses do ano, assinalando-se os "feriados". Os calendários mais comuns são o Juliano (introduzido por Júlio César, no Império Romano, no ano 708) e o Gregoriano (reforma feita pelo Papa Gregório XIII, no ano de 1582, para corrigir incorreções, decorrentes da acumulação de segundos). Existem ainda outros calendários, entre os quais o Judeu, o Persa, o Árabe, o Grego e o Russo. O Calendário Gregoriano, adotado nos países americanos e europeus, é considerado universal (*Enciclopédia cita-*

da, vol. 12, pp. 483 e 484). Este, também, é o calendário seguido no Brasil, tradicionalmente.

Veja-se, então, segundo o calendário brasileiro, quais são os “dias feriados”, que se opõem aos “dias úteis”, como tais considerados aqueles, quando são normais as atividades dos órgãos públicos e o funcionamento das suas repartições.

### III

Entende-se por “feriado” o “dia de descanso e, como tal, de interrupção das atividades oficiais, comerciais e industriais de um Município, de um Estado ou da Nação inteira”, segundo o mestre M. CAVALCANTI DE CARVALHO, para quem “o principal dos feriados, o primeiro deles, é o domingo” (In: *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. 22, pp. 169 e 170).

Diz o ilustre jurista DE PLÁCIDO E SILVA que “feriado nacional” é aquele instituído em todo o país, “para festejo ou comemoração de data nacional”, em oposição ao “feriado estadual” só vigente no Estado federado que o instituiu, e do “feriado municipal”, que somente suspende as atividades próprias e dentro do respectivo Município, acrescentando ele que “o ponto facultativo é um feriado para o funcionário público, mas sem força de feriado em relação às demais atividades” (*Vocabulário Jurídico*, Edição Forense de 1967, vol. II, p. 687).

Originariamente, no Brasil, os dias de maior significado, festejados ou comemorados de modo oficial, eram declarados como sendo de “gala”. Assim, o Decreto Imperial de 21-12-1822 fez publicar a “tabela dos dias de gala”, incluindo dentre os de “grande gala” os do natalício da família real, além do 1º de janeiro, 31 de março (oitava da Páscoa), 5 de junho (Procissão do Corpo de Deus na capela imperial), 8 de dezembro (Conceição de Nossa Senhora) e 26 de dezembro (1ª oitava do Natal). Eram de “pequena gala” os dias 6 de janeiro (Festa de Reis), 30 de março (Páscoa), 29 de maio (Procissão Geral do Corpo de Deus), 6 de junho (Festa do Coração de Jesus), 15 de agosto (Assunção de Nossa Senhora), 14 de setembro (Exaltação de Santa Cruz), 19 de setembro (São Januário), 25 de dezembro (Natal), 31 de dezembro (São Silvestre), dentre outras datas de fatos ligados à família real. Sobreveio uma lei, de 9-9-1826, que declarou serem “de festividade nacional, em todo o Império, os dias 9 de janeiro, 25 de março, 3 de maio, 7 de setembro e 12 de outubro”, declarando que “cessará nos

mesmos dias o despacho dos Tribunais e se farão todas as demonstrações públicas próprias de semelhantes festividades". Pelo Decreto nº 345, de 30-3-1844, foram designados os dias que, além de serem considerados como "festividade nacional", ficaram sendo também de "grande gala na Corte", em que se incluiu o dia 1º de janeiro, ao lado de outras datas alusivas à família real, algumas das quais foram sendo alteradas e substituídas (Decretos n.ºs 412, de 14-6-1845; 522, de 4-7-1847; 615, de 15-6-1849; e 674, de 15-6-1850). O dia 2 de julho, anteriormente, fora também declarado de "festividade nacional", na Província da Bahia (Decreto de 12-8-1831), que os baianos ainda comemoram, até hoje.

Proclamada a República Federativa, como forma de Governo da Nação Brasileira (Decreto nº 1, de 15-11-1889), veio a ser editado o Decreto nº 155-B, de 14-1-1890, considerando como de "festa nacional", apenas, os seguintes dias: a) 1º de janeiro, consagrado à comemoração da fraternidade universal; b) 21 de abril, consagrado à comemoração dos precursores da Independência Brasileira, resumidos em Tiradentes; c) 3 de maio, consagrado à comemoração da descoberta do Brasil; d) 13 de maio, consagrado à comemoração da fraternidade dos brasileiros; e) 14 de julho, consagrado à comemoração da república, da liberdade e da independência dos povos americanos; f) 7 de setembro, consagrado à comemoração da Independência do Brasil; g) 12 de outubro, consagrado à comemoração da descoberta da América; h) 2 de novembro, consagrado à comemoração geral dos mortos; e i) 15 de novembro, consagrado à comemoração da Pátria brasileira.

Seguiram-se, ainda, os seguintes diplomas legais, relativamente ao tema em questão:

a) o Decreto nº 3, de 28-2-1891, declarando o dia 24 de fevereiro comemorativo da proclamação da Constituição Republicana;

b) o Decreto nº 8.026, de 21-5-1910, declarando festa nacional o dia 25-5-1910, comemorativo do centenário da revolução da independência da Argentina;

c) o Decreto nº 8.197, de 3-9-1910, declarando festa nacional o dia 18-9-1910, comemorativo do centenário da independência do Chile;

d) o Decreto nº 4.497, de 19-1-1922, declarando o dia 25 de dezembro, comemorativo do Natal;

e) o Decreto nº 4.859, de 26-7-1924, declarando o dia 1º de maio consagrado à confraternidade universal das classes operárias;

f) o Decreto nº 19.488, de 15-12-1930, reduzindo os “feriados nacionais” aos dias 1º de janeiro (fraternidade universal), 1º de maio (confraternidade universal das classes operárias), 7 de setembro (Independência do Brasil), 2 de novembro (comemoração dos mortos), 15 de novembro (advento da República) e 25 de dezembro (Natal);

g) o Decreto nº 21.938, de 11-10-1932, determinando que a data de 7 de setembro fosse considerada como “Dia de Festa Nacional Brasileira” e assim comemorada “em todo o território nacional e nas repartições brasileiras no exterior”;

h) o Decreto nº 22.647, de 17-4-1933, restabelecendo o “feriado nacional” de 21 de abril, consagrado pelo Decreto nº 155-B/890 “à memória dos mártires da liberdade, resumidos na figura do alferes JOAQUIM JOSÉ DA SILVA XAVIER, o TIRADENTES”;

i) o Decreto nº 7, de 20-11-1934, institucionalizando como o “Dia da Pátria” a data de 7 de setembro, comemorativa da Independência;

j) a Lei nº 64, de 13-6-1935, declarando “feriado nacional” o dia 14-6-1935, em comemoração ao término da luta armada entre o Paraguai e a Bolívia;

l) a Lei nº 108, de 29-10-1935, considerando “feriados nacionais” os dias 1º de janeiro (fraternidade universal), 21 de abril (mártires da liberdade na figura de Tiradentes), 1º de maio (confraternidade das classes operárias), 3 de maio (descoberta do Brasil), 16 de julho (promulgação da Constituição), 7 de setembro (Independência), 12 de outubro (descoberta da América), 2 de novembro (comemoração dos mortos), 15 de novembro (advento da República) e 25 de dezembro (unidade espiritual dos povos cristãos);

m) o Decreto-Lei nº 486, de 10-6-1938, declarando “feriados nacionais” os dias 1-1, 21-4, 1-5, 7-9, 2-11, 15-11 e 25-12, para as mesmas comemorações anteriormente definidas;

n) o Decreto nº 846, de 9-11-1938, instituindo como festa nacional o “Dia do Município” a ser celebrado a 1º de janeiro dos anos de milésimos “9” e “4”;

o) a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452, de 1-5-1943), no art. 70, vedando o trabalho em dias feriados nacionais, salvo os casos nela previstos (artigos 67 a 69); e

p) o Decreto nº 8.292, de 5-12-1945, declarando "feriado", para efeito forense, o dia 8 de dezembro, consagrado à Justiça.

Com o advento da Constituição Federal de 18-9-1946, ficou estabelecido que a legislação do trabalho e da previdência social deveria assegurar aos trabalhadores "repouso semanal remunerado, preferentemente aos domingos e, no limite das exigências técnicas da empresa, nos *feriados civis e religiosos*, de acordo com a tradição local" (art. 157, inciso VI). Essa disposição foi mantida, na Constituição de 24-1-1967 (art. 158, item VII) e na Emenda nº 1, de 17-10-1969 (art. 165, item VII), assegurando o direito ao "repouso semanal remunerado e nos *feriados civis e religiosos*, de acordo com a tradição local". Regulamentando essa norma constitucional, a Lei nº 605, de 5-1-1949, no seu artigo 11, estabeleceu que são *feriados civis* os declarados em lei federal e *feriados religiosos* "os dias de guarda, declarados em lei municipal, de acordo com a tradição local e em número não superior a sete". Esse diploma legal foi regulamentado pelo Decreto nº 27.048, de 12-8-1949.

#### IV

No Governo DUTRA, já vigente a Constituição de 1946, foi promulgada a Lei nº 662, de 6-4-1949, a qual declarou "feriados nacionais", no seu art. 1º, os dias 1º de janeiro, 1º de maio, 7 de setembro, 15 de novembro e 25 de dezembro. Essa lei, no art. 2º, estabeleceu que nos feriados nacionais só seriam permitidas atividades privadas e administrativas absolutamente indispensáveis. No seu art. 3º, foi dito que os chamados "pontos facultativos", decretados pelos Estados, DF e Municípios, não suspenderiam as horas normais de ensino nem prejudicariam os atos da vida forense, dos tabeliães e dos cartórios de registro. Não foi explicitada a comemoração a que se destinava cada um desses feriados, como fizeram diplomas legais anteriores.

Depois, ainda no primeiro governo da Constituição de 1946, veio à lume a Lei nº 1.266, de 8-12-1950, estabelecendo o seguinte:

*Art. 1º — Será feriado nacional o dia em que se realizarem eleições gerais em todo o País.*

*Parágrafo único — Quando as eleições se estenderem a uma ou mais de uma circunscrição eleitoral, ou somente a um ou mais de um Município ou Distrito, o dia para elas fixado será feriado apenas nos círculos eleitorais onde se realizem.*

*Art. 2º* — Quando não se tratar de data fixada pela Constituição ou por lei ordinária, serão as eleições marcadas para um domingo ou dia já considerado feriado por lei anterior.

*Art. 3º* — É *feriado nacional* o dia 21 de abril, consagrado à glorificação de Tiradentes e anseios de independência do País e liberdade individual.”

Pela Lei nº 1.408, de 9-8-1951, que prorrogou o vencimento de prazos judiciais, foi dito o seguinte, no seu artigo 5º:

“Não haverá expediente no Foro e nos ofícios de justiça no “Dia da Justiça”, nos feriados nacionais, na 3ª-feira de carnaval, na 6ª-feira santa e nos dias que a *Lei estadual* designar.”

Instituindo o chamado *feriado bancário*, a Lei nº 4.178, de 11-12-1962, no seu art. 1º, estabeleceu que “os estabelecimentos de crédito não funcionarão aos sábados, em expediente externo ou interno”.

A 14-10-1963, foi editado o Decreto nº 52.682, cujo artigo 1º dispôs que “o dia 15 de outubro, dedicado ao professor, fica declarado *feriado escolar*”.

Modificando a Lei nº 1.266/50, adveio a Lei nº 4.737, de 15-7-1965, dispondo o seguinte, no seu artigo 380 (Cód. Eleitoral):

“Será *feriado nacional* o dia em que se realizarem eleições de data fixada pela Constituição Federal; nos demais casos, serão as eleições marcadas para um domingo ou dia já considerado feriado por lei anterior.”

Essa mesma Lei nº 1.266/50, no art. 3º, declarou “feriado nacional” o dia 21 de abril, consagrado à glorificação de Tiradentes e anseios de independência do País e *liberdade individual*, data que veio a ser considerada como “Dia do Patrono da Nação Brasileira”, pela Lei nº 4.897, de 9-12-1965.

Ao organizar a Justiça Federal de primeira instância, a Lei nº 5.010, de 30-5-1966, estabeleceu no art. 62 que, além dos fixados em lei, serão *feriados* na Justiça Federal, inclusive nos Tribunais Superiores:

*I* — os dias compreendidos entre 20 de dezembro e 6 de janeiro subsequente (inclusive);

II — os dias da Semana Santa, compreendidos entre a quarta-feira e o Domingo de Páscoa;

III — os dias de segunda e terça-feira de Carnaval; e

IV — os dias 11 de agosto, 1º e 2 de novembro.

Relativamente aos *feriados forenses*, o antigo Código de Processo Civil, adotado pelo Decreto-Lei nº 1.608, de 18-9-1939, no art. 41, dispunha que seriam feriados em todo o território nacional (para efeitos forenses) os domingos e dias de festa nacional, bem como os que forem especialmente decretados, disposição essa que no novo CPC, da Lei nº 5.869, de 11-1-1973, passou a ser do seguinte teor:

“Art. 175 — São feriados, para efeito forense, os domingos e os dias declarados por lei.”

Em matéria penal, os atos processuais poderão ser praticados em períodos de férias, em domingos e dias feriados, excetuadas as sessões de julgamento que, iniciadas em dia útil, não se interromperão pela superveniência de feriado ou domingo (art. 797 do Código de Processo Penal do Decreto-Lei nº 3.689, de 3-10-1941).

Ao tempo do Governo CASTELLO BRANCO, foi editado o Decreto-Lei nº 86, de 27-12-1966, que no seu art. 1º deu nova redação ao art. 11 da anteriormente citada Lei nº 605/49, o qual passou a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 11 — São *feriados civis* os declarados em lei federal. São *feriados religiosos* os dias de guarda, declarados em lei municipal, de acordo com a tradição local e em número não superior a quatro, neste incluída a Sexta-Feira da Paixão.”

Por último, bem mais recentemente, pela Lei nº 6.802, de 30-6-1980, foi declarado “feriado nacional” o dia 12 de outubro, “para culto público e oficial a Nossa Senhora Aparecida, Padroeira do Brasil” (art. 1º).

## V

Vê-se, de toda a legislação citada e analisada:

I — que a denominação de “feriado”, atualmente, veio substituir a antiga figura do “dia de gala” (grande gala ou pequena gala) e da “festa nacional”, da antiguidade;



II — que esse termo “feriado”, substitutivo da denominação “gala”, e da até então chamada “Festa Nacional”, só passou a ser mais usado a partir de 1930 (Decreto nº 19.488/30; Decreto nº 22.647/33; Lei nº 64/35; Lei nº 108/35; Decreto-Lei nº 486/38; Decreto nº 846/38; art. 41 do CPC de 18-9-39; art. 797 do CPP de 3-10-41; e art. 70 da CLT de 1943, com arts. 227, 262, 291, 385 e seus §§ da mesma CLT), embora o Código Civil, decretado com a Lei nº 3.071, de 1º-1-1916, já a ele se referisse, no art. 125, § 1º, ao considerar prorrogado o prazo vencido em “dia feriado”;

III — que o feriado pode ser “nacional” ou “local” (estadual ou municipal), de caráter “civil” ou “religioso” e, diferentemente, para efeito bancário, escolar, forense ou trabalhista;

IV — que o legislador constituinte, quando se referiu a “feriados civis e religiosos” (art. 165, VII), foi, particularmente, para efeito trabalhista (repouso semanal remunerado);

V — que, via de consequência, a regulamentação contida no art. 11 da Lei nº 605/49, com a alteração introduzida pelo Decreto-Lei nº 86/66, teve em mira aquele mesmo efeito trabalhista;

VI — que os “feriados nacionais”, declarados em lei federal, são considerados “civis”, para efeito trabalhista (art. 11 anteriormente referido), como o são, também, para efeitos forenses, juntamente com os domingos (art. 175 do CPC, art. 5º da Lei nº 1.408/51 e art. 62 da Lei nº 5.010/66).

Assim, são “feriados nacionais”, atualmente, os dias 1º de janeiro, 1º de maio, 7 de setembro, 15 de novembro e 25 de dezembro, declarados pela Lei nº 662/49 (art. 1º), bem como o dia 21 de abril, declarado como tal pelo art. 3º da Lei nº 1.266/50, mais tarde considerado “Dia do Patrono da Nação Brasileira” (Lei nº 4.897/65), o dia 12 de outubro (Lei nº 6.802/80) e o dia de eleição com data fixada na Constituição (art. 380 da Lei nº 4.737/65).

São “feriados forenses”, em geral, os domingos e os demais dias declarados por lei federal (art. 175 do CPC), como tais considerados os “feriados nacionais” anteriormente alinhados, o “Dia da Justiça”, celebrado a 8 de dezembro, a 3ª-feira de carnaval, a 6ª-Feira Santa, além de outros feriados locais, designados por lei estadual (art. 5º da Lei nº 1.408/51 e Decreto nº 8.292/45).

No âmbito da Justiça Federal e dos Tribunais Superiores da União, são “feriados forenses” aqueles anteriormente referidos, excetuados os designados por lei estadual (isto é: os domingos, os “feriados nacionais”, o “Dia da Justiça”, a 3ª-feira de carnaval e

a 6ª-Feira Santa), e mais ainda os dias 21-12 a 6-1 seguinte, a 5ª-feira da Semana Santa, a 2ª-feira de carnaval, o dia 11-8 (comemorado como "Dia do Advogado" e "Dia do Jurista"), bem como os dias 1º e 2 de novembro (art. 62 da Lei nº 5.010/66).

É "feriado escolar" o dia 15-10 (Decreto nº 52.682/63).

Os sábados são "feriados bancários" (Lei nº 4.178/62).

Uma série de outras datas, por normas diversas, foram dedicadas a comemorações de efemérides específicas, mas não consideradas como sendo "feriado" (ver "Datas Comemorativas", trabalho de nossa autoria, publicado na *Revista de Informação Legislativa*, a. 5, n. 19, pp. 45 a 60).

Há casos, também, em que se decreta "dia de luto nacional", como homenagem póstuma, pela morte de alguma alta autoridade ou personalidade, particularmente os Chefes de Estado, quando até a bandeira nacional deve ficar hasteada a meio mastro (ver: Lei nº 5.443, de 28-5-1968, art. 17, inciso VIII e § 3º; Lei nº 5.700, de 1º-9-1971, arts. 12, 14, 17 e 18; e Normas do Cerimonial Público, aprovadas pelo Decreto nº 70.274, de 9-3-1972, arts. 26, 29, 74, 88 e 89, §§ 1º e 5º).

Note-se, ainda, que nos "feriados religiosos", declarados em lei municipal, de acordo com o art. 11 da Lei nº 605/49, alterado pelo Decreto-Lei nº 86/66, não há expediente nos órgãos locais da administração federal direta e indireta (Decreto nº 74.149, de 6-6-1974).

Curiosamente, o Decreto nº 52.389, de 20-8-1963, considerando que a data de 24 de agosto, no calendário cívico do Brasil, registra o dia do falecimento do Presidente GETÚLIO VARGAS, determinou que esse dia fosse considerado "ponto facultativo", em todas as repartições públicas federais e autárquicas, mas essa comemoração só se deu no ano de 1963, não mais ocorrendo de lá para cá.

No Distrito Federal, são feriados religiosos os dias 12 de outubro (festa de N. Sª Aparecida, padroeira de Brasília), 8 de dezembro (festa de N. Sª da Imaculada Conceição), a Sexta-Feira Santa e o dia do *Corpus Christi* (Decreto nº 870, de 30-10-1967, publicado no *DO* de 1º-11-67, p. 11.147).

## VI

Do disposto nas Leis nºs 605/49 (alterada pelo Decreto-Lei nº 86/66), 1.408/51 (art. 5º, combinado com art. 175 do CPC) e 662/49 (art. 3º), depreende-se o seguinte:

a) que os Municípios podem decretar "feriados religiosos", de acordo com a tradição local e até o máximo de 4 por ano (dentre

estes a 6ª-Feira da Paixão), apenas para efeitos trabalhistas e da sua própria administração, bem como os chamados “pontos facultativos”, *restritos aos seus serviços (a rigor, os Municípios não poderiam decretar outra modalidade de feriado que não o de caráter religioso)*;

b) que os Estados podem decretar “feriados forenses”, restritos ao foro nelos localizado, como também os referidos “pontos facultativos”, nos seus respectivos serviços estaduais; e

c) que o DF, também, pode decretar “ponto facultativo” nos seus serviços administrativos.

Os “feriados nacionais”, compreendendo também efeitos trabalhistas e forenses, por óbvias razões, só podem ser decretados por lei federal, de âmbito nacional, mas essa competência, a rigor, não excluiria a dos Estados, para decretarem os seus próprios “feriados estaduais”, a teor do preceituado nos arts. 13, § 1º, e 8º, *parágrafo único*, da Carta Magna, visto como a eles “são conferidos todos os poderes que, explícita ou implicitamente, não lhes sejam vedados” pela referida Lei Maior, podendo também legislar, supletivamente, sobre algumas das matérias afetas à União.

Com o advento da Lei nº 7.320, de 11 de junho de 1985, que determinou a comemoração antecipada dos feriados, nas segundas-feiras, excetuados os nela mencionados, surgiram dúvidas, quanto à sua aplicação, também, aos estaduais e municipais, cujas datas ocorram entre terça e sexta-feira. Há quem entenda que essa lei estaria alcançando a todos os feriados, porque a eles se referem, indistintamente. Outros, porém, entendem que ela se restringiu, apenas, aos “feriados nacionais”. Em favor deste segundo entendimento, bem mais restrito, argumenta-se que aquela outra interpretação ampliativa, de certa forma, poderia levar a ter-se a lei como determinado a comemoração antecipada, inclusive, dos chamados “feriados forenses”, os quais são de datas sucessivas (21-12 a 6-1) ou variáveis (carnaval e semana santa), de antecipação impossível de ocorrer. Como os “feriados nacionais”, logicamente, são os de competência da União e, assim, considerados “civis” (para efeitos trabalhistas) e “forenses” (de âmbito geral), argumenta-se que só àqueles nacionais poderia ter a lei pretendido alcançar, para não haver invasão na competência estadual ou municipal. Isto, porque o poder de decretar o feriado é que, a rigor, ensejaria antecipar-lhe a comemoração. Assim, a Lei nº 7.320/85 não afetaria, também, a comemoração dos feriados forenses nem a dos municipais.

Aliás, quanto aos feriados religiosos, de competência municipal, há que se atentar, particularmente, para o aspecto de falar a

Constituição (art. 165, VII) e a Lei nº 605/49 (art. 11), em a sua decretação, ser "de acordo com a *tradição local*". Esta tradição local, na mais das vezes, consiste em comemorar os seus dias de guarda nas datas respectivas, como seria o caso da festa religiosa do "Corpo de Deus", que cai sempre numa quinta-feira, e o dia 2 de novembro, dedicado aos mortos. Só a "tradição local", a rigor, poderia antecipar essas festas e outras, tais como as do dia de São Sebastião (20-1 no Rio de Janeiro-RJ), de Reis (6-1 em Natal-RN), de N. S<sup>a</sup> dos Navegantes (2-2 em Porto Alegre-RS e em Laguna-SC), de S. Pedro (29-6, em Cabo Frio-RJ, em Teresina-PI e em Ubatuba-SP), de N. S<sup>a</sup> do Pilar (15-8 em Antonina-PR), de S. Geraldo (em Curvelo-MG) e tantas outras mais. Muitas delas já são aos domingos, como as do Divino (em Pirenópolis-GO) e do Círio de Nazaré (em Belém-PA). Observe-se, por oportuno, que existem verdadeiros feriados locais, sem nenhum caráter religioso, como os casos: da comemoração do "Dia do Comerciante", celebrado na cidade do Rio de Janeiro (RJ), a 30 de outubro; o dia 2 de julho, em que os balneários comemoram a independência do Estado; e o dia 9 de julho, de especial significado para os paulistas. Existem muitos feriados municipais, também, que não são religiosos, mas sim relativos às datas históricas, particularmente ligadas à fundação ou criação das respectivas cidades.

## VII

A citada Lei nº 7.320/85, que determinou a comemoração antecipada dos feriados, assim dispõe:

*Art. 1º* — Serão comemorados por antecipação, nas segundas-feiras, os feriados que caírem nos demais dias da semana, com exceção dos que ocorrerem nos sábados e domingos e dos dias 1º de janeiro (Confraternização Universal), 7 de setembro (Independência), 25 de dezembro (Natal) e Sexta-Feira Santa.

*Parágrafo único* — Existindo mais de um feriado na mesma semana, serão eles comemorados a partir da segunda-feira subsequente."

Regulamentando esse diploma legal, foi editado o Decreto nº 91.604, de 2-9-1985, que estabeleceu o seguinte:

*Art. 1º* — Será comemorado por antecipação, nas segundas-feiras, o feriado que cair nos dias da semana, com exceção dos que ocorrerem nos sábados e domingos e os dos dias 1º de janeiro (Confraternização Universal), 7 de

setembro (Independência), 25 de dezembro (Natal) e Sexta-Feira Santa.

*Art. 2º* — Não será antecipada a comemoração do feriado que coincidir com o dia em que se realizarem eleições, nos termos dos arts. 1º e 2º da Lei nº 1.266, de 8 de dezembro de 1950.

*Art. 3º* — Existindo mais de um feriado na mesma semana, serão eles comemorados a partir da segunda-feira da semana subsequente.

*Parágrafo único* — Se na referida semana subsequente houver outro feriado sujeito à antecipação, será ele comemorado na segunda-feira, passando os da semana anterior a serem comemorados a partir da terça-feira.

*Art. 4º* — Salvo disposições em contrário, os prazos em geral, que se vencerem nos dias de comemoração antecipada de feriados civis e religiosos, ficam prorrogados para o 1º (primeiro) dia útil subsequente.”

Cabe ressaltar, por oportuno, que o Egrégio Tribunal Superior Eleitoral, a 17-9-1985, no julgamento da Representação nº 7.328-SP, “sobre a interpretação da Lei nº 7.320, de 11-6-1985, tendo em vista o disposto na Emenda Constitucional nº 25, de 15-5-1985, e do art. 380 do Código Eleitoral” (Processo nº 3.019/85), assim decidiu (*DJ*, 23-10-1985, p. 18.871):

“Ementa:

— Interpretação da Lei nº 7.320/85, relativa à antecipação dos feriados para as segundas-feiras, tendo em vista as eleições do dia 15-11-85.

— Não se aplica, em todo o país, a antecipação prevista na Lei nº 7.320, por se realizarem, no dia 15 de novembro próximo, as eleições fixadas pela EC nº 25/85 (Cód. El., art. 380; Lei nº 7.332, arts. 1º e 2º, e Dec. nº 91.604, art. 2º).”

Dentre as exceções previstas no art. 1º da Lei nº 7.320/85, veio a ser incluído o dia 1º de maio, pela Lei nº 7.466, de 23-4-1986, que assim preceituou:

*Art. 1º* — O feriado de 1º de maio, consagrado como Dia do Trabalho, será comemorado na própria data, não

se lhe aplicando a antecipação prevista na Lei nº 7.320, de 11 de junho de 1985.”

### VIII

A antecipação a que se refere a Lei nº 7.320/85 tem sido cumprida, sem maiores dificuldades, na comemoração de feriados locais, como ocorreu com a festa do Corpo de Cristo do dia 29 de maio de 1986, celebrada solenemente a 26-5, segunda-feira, na Capital Federal (Brasília).

Embora não se tenha nenhuma notícia do surgimento de algum problema sério ou de haver sido suscitada qualquer questão judicial, a respeito do cumprimento daquele diploma legal e do seu decreto regulamentador, por parte dos órgãos estaduais e municipais, essa matéria permite uma certa reflexão, quanto às suas eventuais implicações.

Isto poderá ocorrer, especialmente, no pertinente à contagem de prazos judiciais, que não vencem nem se iniciam aos sábados, domingos e feriados, salvo disposição legal em contrário, os quais se contam em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer, quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público (arts. 184 e 188 do Código de Processo Civil).

Além disso, os títulos em cobrança, cujo vencimento se dê em sábado, domingo ou feriado, ficam com o seu prazo prorrogado, para o primeiro dia útil subsequente, vedada a cobrança de juros moratórios, pelos bancos e instituições financeiras, em razão dessa prorrogação (Lei nº 7.089, de 23-3-1983).

Se, porventura, um feriado local não for antecipado, quando isso devesse acontecer, poderá ter-se como vencido numa segunda-feira um prazo vencível, legalmente, no dia seguinte.

Múltiplas outras implicações poderão surgir, em decorrência da não comemoração antecipada, de feriado local, na marcação do termo inicial ou final, de qualquer prazo.

Contra a aplicação da Lei nº 7.320/85, automaticamente, aos feriados estaduais e municipais, poder-se-á até argumentar que — como em tema de “feriado”, a competência legislativa da União, embora privativa em determinados casos, não é excludente da estadual (Constituição, parágrafo único do art. 8º, e § 1º do art. 13), especialmente para instituir “feriados forenses” (Lei nº 1.408/51, parte final do art. 5º), nem da municipal, para declarar os dias de guarda, considerados “feriados religiosos” (Lei nº 605/49, art.

11, c/alteração do Decreto-Lei nº 86/66), quanto a estes, observadas as limitações da legislação federal (até o máximo de 4), pelas suas implicações trabalhistas no comércio e na indústria (Constituição, art. 8º, item XVII, letra b final, e art. 165, item VII, em combinação com art. 70 da CLT, redação dada pelo Decreto-Lei nº 229/67) —, da competência, para decretá-los, em princípio, é que decorreria o poder de determinar a sua comemoração antecipada. Isto é, sendo “feriados religiosos” os dias de guarda, declarados em lei municipal, mas sempre “de acordo com a tradição local” (Constituição, art. 165, VII, e Lei nº 605/49, art. 11), só a “tradição local” poderia determinar a sua antecipação. Além disso, pode-se alegar mais que, se pretendesse o legislador ordinário federal, por justificadas razões, limitar mais ainda a competência municipal, para a decretação dos “feriados religiosos”, impondo-lhe a sua comemoração antecipada, tê-lo-ia feito de maneira expressa.

Ora, o legislador, ao se referir a “feriado”, indistintamente, na Lei nº 7.320/85, para determinar a sua comemoração antecipada, poderia ter em vista, apenas, os decretados por lei federal, de caráter nacional, preservando os chamados “feriados forenses” (inclusive os das 3ª-feira de carnaval e 5ª-Feira Santa, cuja antecipação não foi excepcionada) e os “feriados religiosos”, além do da 6ª-Feira da Paixão, tudo isto a fim de não invadir competência estadual ou municipal. Assim entendido, poder-se-á chegar à conclusão de que a Lei nº 7.320/85, ante o seu teor, só se aplicaria aos denominados “feriados nacionais”, dela estando excluídos os “feriados forenses”, os “feriados religiosos”, o “feriado escolar”, os “feriados estaduais” porventura existentes, como também os chamados “pontos facultativos”, federais, estaduais ou municipais. Todavia, as mesmas razões que levaram o legislador ordinário federal, no caso, a votar aquela Lei nº 7.320/85 deveriam ficar ao prudente descortino dos legisladores estaduais ou municipais, para justificarem igual providência, quanto aos feriados compreendidos no âmbito da sua competência. Isto é, cada entidade pública estabeleceria quais os seus feriados que seriam comemorados, antecipadamente, na 2ª-feira, ou nas próprias datas.

De qualquer forma, até por medida de boa prudência, enquanto não houver decisão autorizada, em sentido contrário, recomenda-se observar a Lei nº 7.320/85, com a alteração feita pela Lei nº 7.466/86, e bem assim a regulamentação, objeto do Decreto nº 91.604, de 2-9-1985, com o que se antecipará a comemoração de todos os feriados não excepcionados, sejam eles estaduais ou municipais.

Para evitar eventuais problemas futuros, bem assim para o devido e merecido conhecimento geral, o ideal seria que os órgãos

estaduais e municipais competentes, oportunamente, divulgassem o calendário indicativo dos seus feriados e das demais datas festivas regionais, assinalando os respectivos dias de sua comemoração, antecipadamente ou não, conforme for o caso.

Melhor dirão os doutos, quanto a estarem os Estados e Municípios, no concernente aos seus respectivos feriados, obrigados ou não à comemoração antecipada, de que tratou a Lei nº 7.320/85, bem assim se poderão excepcionar alguns, também, para serem comemorados nas datas respectivas.

Em tese, pois, é de ser observada a Lei nº 7.320/85, inclusive quanto à comemoração dos feriados municipais.

## IX

Ante as implicações jurídicas decorrentes dos feriados, — não só afetando as relações trabalhistas (Constituição, art. 165, inciso VII), mas uma série de outras questões administrativas, cíveis, comerciais, processuais e tributárias, em particular no concernente à contagem dos prazos, judiciais e extrajudiciais, como resultou anteriormente demonstrado —, o ideal seria que a Constituição, de modo explícito, definisse a competência da União, dos Estados e dos Municípios, para a sua decretação, impondo-lhes as limitações cabíveis.

A esse nível, constituível, pois, deveriam ficar definidos quais e quantos feriados poderiam ser decretados, de âmbito nacional, estadual e municipal, delimitando-se os de caráter cívico e religioso, bem assim aqueles próprios de categorias particularizadas, como é o caso dos feriados forenses, para eleições, escolar e outros fins especiais.

O comando constitucional, também, deveria dispor sobre o Poder competente para decretar a comemoração antecipada dos feriados.

Quanto mais não seja, a nova Constituição poderia dispor que toda essa matéria, no tocante às competências e limitações do legislador ordinário, em tema de feriados, fosse objeto de uma lei complementar.

Isto vale, assim, como modesta contribuição para a Assembléia Nacional Constituinte, no momento reunida para votar e promulgar a Constituição do Brasil.



# A N E X O

## DATAS COMEMORATIVAS

### JANEIRO

- 1º — Feriado Nacional — L. 622, de 6-4-49, e L. 7.320, de 11-6-85
  - Dia do Município — D.L. 846, de 9-11-38 (ver 1º dom. out.)
  - Dia da Fraternidade Universal — D. 155-B, de 14-1-1890, e L. 652, de 6-4-49
  - Dia Mundial da Paz — D. em Acta Apostolicae Sedis, 1967, pp. 1097-102
- 1º a 6 — Feriado Forense (Justiça Federal e Tribunais Superiores) — L. 5.010, de 30-5-66, art. 62
  - 4 — Dia Nacional da Abreugrafia — D. 42.984, de 3-1-58
  - 7 — Dia da Liberdade de Culto — convencionado
  - 9 — Dia do Fico — Decl. de 9-1-1822
  - 14 — Dia do Enfermo — convencionado
  - 17 — Dia dos Tribunais de Contas do Brasil — P. 4/69-Presid. TCU (Bol. Int. TCU, a. 2, n.º 2, de 20-1-69)
  - 20 — Ano Santos Dumont (1956-1957) — D. 38.610, de 19-1-56 (ver 23 out.)
    - Dia do Farmacêutico — convencionado
  - 21 — Dia Mundial da Religião — convencionado
  - 24 — Dia da Previdência Social — D. 48.959-A, de 19-9-60; P. 1.168/78-MPAS, e RGPS, art. 499
    - Dia Nacional do Aposentado — L. 6.926, de 30-6-81
    - Promulgação da 5ª Constituição Republicana — Constituição de 24-1-67
  - 25 — Dia do Carteiro — L. Estudos 116-RJ, de 13-1-77; P.L. 3.968/80
  - 30 — Dia do Portuário — Delib. 36, de 29-10-81

### FEVEREIRO

- 5 — Dia do Dactiloscopista — D. 52.871, de 20-11-63
- 7 — Dia dos Gráficos — convenção coletiva
- 12 — Semana Rio Branco (1969) — D. 64.107, de 12-2-69
- 21 — Data Festiva do Exército (Tomada de Monte Castelo) — D.L. 9.007, de 21-2-46
- 23 — Dia Nacional do Rotary — L. 6.843, de 3-11-80
- 24 — Promulgação da Constituição Republicana (Festa Nacional) — Const. de 24-2-1891; D.L. 3, de 28-2-1891

### MARÇO

- 1º — Dia da Vindima — convencionado
- 6 — Centenário da Revolução Pernambucana — D. 12.408-A, de 5-3-17

- 7 — Dia do Fuzileiro Naval — convencionado
- 8 — Dia Internacional da Mulher — convencionado
- 12 — Dia do Bibliotecário — D. 84.631, de 12-4-80
- 12 a 19 — Semana da Biblioteca — D. 884, de 10-4-62, revog. pelo D. 84.631/80 (ver 23 a 29 out.)
- 14 — Centenário de Castro Alves (1947) — D. 22.697, de 28-2-47
  - Dia do Vendedor de Livros — convencionado
  - Dia do Conservador — convencionado
- 15 — Dia da Constituição — convencionado
- 21 — Dia Internacional para a Eliminação da Discriminação Racial — convencionado
- 23 — Dia Mundial da Meteorologia — convencionado
- 25 — Dia da Criança — D.L. 2.024, de 17-2-40, art. 17 (ver 12 out.)
  - Promulgação da Constituição Imperial — Constituição de 25-3-1824
- 27 — Dia do Teatro — convencionado
  - Dia do Circo — convencionado
- 28 — Dia do Diagramador e do Revisor — convencionado
- 31 — Dia da Integração Nacional — convencionado
  - Dia da Revolução de 1964 (Comemoração da Revista Democrática) — D. 88.513, de 13-7-83

#### ABRIL

- 19 — Dia do Mágico (RJ) — L. 1.512-RJ, de 14-11-87
- 7 — Dia Mundial da Saúde — Constituição da OMS da ONU (ver 5 ago. e 2 dez.)
  - Dia do Corretor de Imóveis — convencionado, pela data do D.L. 515, de 7-4-69, que regulamenta a profissão
  - Dia da Abdicação de D. Pedro I — convencionado
- 8 — Dia Mundial da Luta contra o Câncer — convencionado
- 9 — Dia Nacional do Aço — convencionado
- 10 — Dia da Engenharia Militar — convencionado
- 12 — Dia da Obstetriz — convencionado
- 13 — Dia do Hino Nacional — convencionado
- 14 — Data Festiva do Exército (Tomada de Montese) — D.L. 9.160, de 11-4-46
  - Dia Pan-Americano do Café — convencionado
- 15 — Dia da Conservação do Solo — P. 97-MAgr, de 15-4-83
  - Dia do Desenhista — convencionado
  - Dia do Desarmamento Infantil — convencionado
- 18 — Dia do Livro Infantil — L. 5.191, de 13-12-66
- 19 — Dia do Índio — D.L. 5.540, de 2-6-43
- 20 — Dia do Diplomata — D. 66.217, de 17-2-70

- 21 -- Feriado Nacional (dia consagrado à glorificação de Tiradentes e anseios de independência do país e liberdade individual) — L. 1.266, de 8-12-50, art. 3º
- Dia do Patrono da Nação brasileira — L. 4.897, de 9-12-65
- Dia de Tiradentes (Precursores da Independência) — D. 155-B, de 14-1-1890
- Dia das Polícias Civis e Militares e do Funcionário Policial Civil — D.L. 9.208, de 29-4-46, e L. 4.878, de 3-12-65, art. 61 (ver 28 nov.)
- Dia do Metalúrgico -- convenção coletiva
- Aniversário de Brasília — convencionado
- 22 — Data Festiva da FAB -- D. 58.221, de 19-4-66
- Descobrimento do Brasil -- (ver 3 maio)
- Dia da Comunidade Luso-Brasileira — L. 5.270, de 22-4-67
- Dia da Aviação de Caça -- D. 88.513, de 13-7-83
- 22 a 27 — Semana da Educação -- D. 51.859, de 4-3-63
- 23 -- Dia do Escoteiro — convencionado
- Dia do Clero Indígena — convencionado
- 24 — Dia Internacional do Jovem Trabalhador -- convencionado
- 25 — Dia do Contabilista -- convencionado
- 27 — Dia da Empregada Doméstica -- convencionado
- 28 — Dia da Educação — convencionado
- Dia das Sogra — convencionado
- 30 — Dia Nacional da Mulher — L. 6.791, de 9-6-80

## MAIO

- 1º — Feriado Nacional — L. 862, de 6-4-49
- Dia do Trabalho — L. 7.466, de 23-4-86
- 2 — Dia Mundial das Vocações -- convencionado
- 3 — Descoberta do Brasil — D. 155-B, de 14-1-1890 (ver 22 abr.)
- Dia do Parlamento — L. 6.230, de 27-7-75
- Dia do Sertanejo — convencionado
- 5 — Dia Nacional das Comunicações — E.M. 1.256/71; P. 17, de 16-2-71 (ver 17 e 23 maio)
- Dia do Expedicionário — convencionado
- 5 a 10 — Semana de Osório -- D. 43.403, de 18-3-58
- 6 — Dia do Taquígrafo — convencionado
- 7 — Dia do Oftalmologista — convencionado
- Dia do Falecimento do Duque de Caxias — convencionado, pelo centenário
- 8 — Dia da Cruz Vermelha — convencionado
- Dia do Artista Plástico — convencionado
- Dia do Pintor — convencionado

- Dia da Vitória (Segunda Guerra Mundial) — D. 88.513, de 13-7-83, art. 163
- 10 — Dia da Cavalaria — convenicionado
  - Dia do Campo — convenicionado
- 12 — Dia do Enfermeiro — D. 2.956, de 11-8-38
- 12 a 20 — Semana de Enfermagem — D. 48.202, de 12-5-60
- 13 — Dia da Abolição da Escravatura — data do D. 3.353, de 13-5-1888, que extinguiu a escravidão no Brasil
  - Dia do Automóvel — D. 24.224, de 11-5-34
  - Dia da Estrada de Rodagem — D. 24.224, de 11-5-34
  - Dia da Fraternidade Brasileira — D. 155-B, de 14-1-1890
- 14 — Dia do Seguro (Dia Continental) — convenicionado
- 15 — Dia da Assistência Social — L. 3.252, de 27-8-57; D. 994-Conselho de Ministros, de 15-5-62
- 16 — Dia do Gari — convenicionado
- 17 — Dia Internacional das Comunicações — convenicionado
- 18 — Dia dos Vidreiros — convenicionado
- 22 — Dia do Economíario — convenicionado
- 23 — Dia Mundial das Comunicações — convenicionado (ver 17 maio)
- 24 — Batalha do Tuiuti — Av. 550, de 9-5-56-ME (Bol. Exército de 19-5-56)
  - Dia do Datilógrafo — convenicionado
  - Dia do Detento — convenicionado
  - Dia do Vestibulando — convenicionado
  - Dia da Infanteria — convenicionado
  - Dia do Café — convenção (Associação RJ)
  - Dia do Telegrafista — D.L. 6.522, de 24-5-44
- 25 — Dia da Indústria — D. 40.983, de 15-2-57, e 43.769, de 25-5-58
  - Dia do Trabalhador Rural — L. 4.338, de 19-6-64
  - Centenário da Revolução Industrial da Argentina (1910) — D. 8.026, de 21-5-10
  - Dia do Massagista — convenicionado
- 27 — Dia do Profissional Liberal — convenicionado
  - Dia Mundial da Comunicação Social — convenicionado
- 29 — Dia do Estatístico e do Geógrafo — convenicionado
- 30 — Dia do Geólogo — convenicionado
- 31 — Dia da Aeroção e do Comissário de Bordo — convenicionado

## JUNHO

- 5 — Dia do *Corpus Christi* — convenção da CNBB (ver *Variáveis*)
  - Dia Mundial do Meio Ambiente — convenicionado
- 7 — Dia da Liberdade de Imprensa — convenicionado
- 8 — Dia do Citricultor — convenicionado

- 9 — Dia de Anchieta — D. 55.588, de 18-1-65, e L. 5.196, de 24-12-66
- 10 — Dia da Raça — convencionado
  - Dia da Artilharia — convencionado
- 11 — Comemoração da Batalha Naval do Riachuelo — D. 88.513, de 13-7-83, art. 163
  - Dia da Marinha — convencionado
  - Dia do Educador Sanitário — convencionado
- 12 — Dia do Correio Aéreo Nacional (CAN) — P. 41-MAer, de 25-5-72
  - Dia dos Namorados — convencionado
- 13 — Dia do Turista — convencionado
  - Dia de S. Antônio — convencionado
- 16 — Dia da Unidade Nacional — convencionado
- 18 — Dia do Químico — convencionado, pela data da L. 2.800, de 18-6-56, que regulamenta a profissão
- 19 — Dia do Migrante — convencionado
- 21 a 27 — Semana Nacional do Livro — D. 39.328, de 8-6-56 (revogado; ver 23 a 29 out.)
- 24 — Data Festiva da Força Aérea Brasileira — D. 60.768, de 29-5-67
  - Dia do Caboclo — convencionado
  - Dia de S. João — convencionado
- 27 — Dia Nacional do Progresso — convencionado
- 29 — Dia da Telefonista — convencionado
  - Dia do Pescador — convencionado
  - Dia de S. Pedro — convencionado

## JULHO

- 1º — Dia Nacional dos Bancários — L. 4.368, de 23-7-64
- 2 — Dia do Hospital — D. 50.871, de 27-6-61
  - Dia dos Bombeiros — D. 35.309, de 2-4-54 (ver Semana da Prevenção contra Incêndios)
- 4 — Dia Internacional do Cooperativismo — convencionado
- 8 — Dia do Padeiro — convencionado
- 9 — Centenário da Independência da Argentina (1916) — D. 12.129, de 8-7-16
- 13 — Dia do Engenheiro de Saneamento — D. 53.697, de 13-3-64
- 14 — Liberdade e Independência dos Povos Americanos — D. 155-B, de 14-1-1890
  - Dia do Doente e do Hospital — D. 50.871, de 27-6-61
- 16 — Dia do Comerciante — L. 2.048, de 26-10-53
  - Promulgação da 2ª Constituição Republicana — Constituição de 16-7-34
- 17 — Dia da Proteção às Florestas — convencionado
- 19 — Dia da Caridade — L. 5.063, de 4-7-66
  - Dia do Futebol — convencionado

- 20 — Dia da Amizade — convencionado
- 22 a 28 — Semana da Agricultura — D. 48.287, de 11-6-60
- 25 — Dia do Motorista — L. 5.032, de 17-6-66
  - Dia do Colono — L. 5.496, de 5-6-68
  - Dia do Escritor — convencionado
- 26 — Dia dos Avós — convencionado
- 28 — Dia do Agricultor — D. 48.630, de 27-7-60
  - Centenário da Independência do Peru (1921) — D. 14.918, de 27-7-21

#### AGOSTO

- 1º — Dia do Selo — convencionado
- 3 — Dia do Tintureiro — convencionado
- 4 — Dia do Padre — convencionado
- 5 — Dia Nacional da Saúde — L. 5.352, de 8-11-67 (ver 7 abr. e 2 dez.)
  - Centenário do Marechal Deodoro (1927) — D.L. 5.211, de 4-8-27
  - Dia do Carteiro — convencionado
- 8 — Dia do Pároco — convencionado
- 11 — Feriado Forense — L. 5.010, de 30-5-66, art. 62, e L. 1.408, de 9-8-51, art. 5º
  - Dia do Advogado (Dia do Jurista) — L. Imper. de 11-8-1827 (cria cursos)
  - Dia do Magistrado — convencionado
  - Dia do Estudante — convencionado
  - Dia da Televisão — convencionado
  - Dia dos Garçons — convencionado
  - Dia Nacional das Artes — convencionado
- 13 — Dia do Encarcerado — convencionado
  - Dia do Economista — convencionado, pela data da L. 1.411, de 13-8-51, que regulamenta a profissão
- 14 — Dia da Unidade Humana — convencionado
- 19 — Dia da Fotografia — convencionado
- 20 — Dia da Infância — convencionado
- 21 a 28 — Semana Nacional da Criança Excepcional — D. 54.188, de 24-8-64  
54.188, de 24-8-64
- 22 — Dia do Folclore — D. 56.747, de 17-8-65
- 23 — Dia do Artista — convencionado
- 24 — Data do falecimento do ex-Presidente Getúlio Vargas; é considerado ponto facultativo em muitas repartições públicas federais e autárquicas — D. 52.389, de 29-8-63
- 25 — Dia do Exército Brasileiro — D. 51.429, de 13-3-62
  - Dia do Soldado — Av. 366/25; D. 88.513, de 13-7-83, art. 163; Reg. Int., aprovado pelo D. 42.018, de 9-8-57, arts. 62 a 67
  - Dia do Feirante — convencionado
- 27 — Dia do Corretor de Imóveis — L. 6.530, de 12-5-78

- 28 — Dia Nacional dos Bancários — L. 4.368, de 23-7-64 (ver *Sábados em Variáveis*)  
 — Dia Nacional do Voluntariado — L. 7.352, de 28-8-85
- 29 — Dia Nacional de Combate ao Fumo — L. 7.488, de 11-6-88  
 — Dia do Catequista — convencionado
- 31 — Dia do Nutricionista — convencionado

#### SETEMBRO

- 1º a 7 — Semana da Pátria — convencionado
- 3 — Dia da Polícia Militar — convencionado  
 — Dia da Guarda Civil — L. 5.088, de 30-8-66
- 5 — Dia do Oficial de Farmácia — L. 5.157, de 21-10-66  
 — Dia da Amazônia — P. 50-MAer, de 3-7-70
- 6 — Dia do Alfalate — convencionado  
 — Dia do Barbeiro — convencionado  
 — Dia do Farmacêutico — convencionado
- 7 — Dia da Pátria e da Independência do Brasil — D. 155-B, de 14-1-1890  
 — Feriado Nacional (Dia da Independência) — L. 662, de 6-4-49, e L. 5.571, de 28-11-69
- 8 — Dia Nacional de Alfabetização — D. 63.326, de 8-9-68  
 — Centenário da Independência do Brasil (1922) — D. 15.668, de 6-9-22
- 9 — Dia do Técnico de Administração — Res. 65/68-CFTA (D.O. de 17-12-68, pt. 2)  
 — Dia do Veterinário — convencionado, pela data da L. 6.885, de 9-12-60, que regulamenta a profissão  
 — Dia da Imprensa — convencionado
- 18 — Centenário da Independência do Chile (1910) — D. 8.197, de 3-9-10  
 — Promulgação da 4ª Constituição Republicana — Constituição de 18-9-46
- 18 a 23 — Semana da Comunidade — D. 60.081, de 17-1-67
- 18 a 26 — Semana Mundial de Alimentação e Agricultura (II) — D. 56.904, de 24-9-65
- 21 — Festa Nacional da Árvore — D. 55.795, de 24-2-65  
 — Dia do Rádio — convencionado
- 21 a 27 — Festa Anual das Árvores para a região Centro-Sul — D. 55.795, de 24-2-65
- 22 — Dia da Juventude e do Técnico Agropecuários — convencionado
- 25 — Dia da Radiodifusão — convencionado
- 27 — Dia de S. Cosme e S. Damião — convencionado  
 — Dia do Ancião — convencionado  
 — Dia da Caridade — L. 5.063, de 4-7-66  
 — Centenário da Independência do México (1921) — D. 15.022, de 24-9-21

- 28 — Dia do Lavrador Carioca — convencionado
- Dia da Lei do Sexagenário — convencionado
- Dia da Lei do Ventre Livre — convencionado
- 29 — Dia do Petróleo — convencionado
- 30 — Dia da Secretária — convencionado

## OUTUBRO

- 1º — Dia Nacional do Vereador — L. 7.212, de 20-7-84
- Dia do Agente Comercial — convencionado
- Dia do *Diário Oficial* (Criação da Imprensa Nacional) — convencionado
- 2 — Centenário de Nilo Peçanha (1964) — L. 5.321, de 29-9-67
- 3 — Dia do Dentista — convencionado
- Dia da Ecologia — convencionado
- Dia Universal da Anistia — convencionado
- Dia do Consumidor — convencionado
- 4 — Dia dos Animais (data universal) — convencionado
- Centenário de Clóvis Bevilacqua (1958) — L. 3.426, de 10-7-58
- 4 a 10 — I Semana Latino-Americana de Agricultura e Alimentação — D. 54.246, de 2-9-64
- 5 — Dia da Ave — D. 63.234, de 12-9-68
- 7 — Dia do Compositor — convencionado
- 12 — Feriado Religioso no DF (Festa de Nossa Senhora Aparecida) — D. 670-DF, de 30-10-67
- Feriado Nacional — L. 6.802, de 30-6-80
- Festa da Criança — D.L. 4.867, de 5-11-24
- Dia das Américas (Descoberta) — D. 155-B, de 14-1-1890
- Dia do Agrônomo — convencionado
- 15 — Dia do Professor (Feriado Escolar) — D. 52.882, de 14-10-63
- 16 — Dia da Ciência e da Tecnologia — convencionado
- 17 — Dia do Comerciante — convencionado (ver 20 out.)
- Dia da Apicultura — convencionado
- 18 — Dia do Securitário — convencionado
- Dia do Médico — D. 4.653-DF, de 16-5-79
- 20 — Dia do Comerciante — convencionado
- Dia do Arquivista — *Revista do Arquivista Público*, nº 108, anexo 9
- 22 — Dia do Radioamador — convencionado
- 23 — Dia da Aviação (Dia do Aviador) — L. 218, de 4-7-36; D. 88.513, de 13-7-83, art. 163
- Festa de Santos Dumont — D. 40.168, de 20-10-56 (ver 20 jan.)
- Centenário de Capistrano de Abreu (1953) — L. 1.896, de 2-7-53
- Dia da Juventude Missionária e das Missões — convencionado



- 23 a 29 — Semana Nacional do Livro e da Biblioteca — D. 61.527, de 13-10-67, e D. 84.631, de 12-4-80
- 24 — Dia Mundial do Desenvolvimento — convencionado  
— Dia das Nações Unidas — convencionado
- 25 — Dia da Saúde Dentária — L. 3.504, de 24-12-58
- 28 — Dia do Servidor Público — D.L. 5.936, de 24-12-43, e L. 1.711, de 28-10-52, art. 240
- 29 — Dia Nacional do Livro — L. 5.191, de 13-12-66, e D. 61.527, de 13-10-67 (ver 22 nov.)
- 30 — Dia do Comerciante — convencionado  
— Dia do Balconista — convencionado
- 31 — Dia do Ferroviário — convencionado

#### NOVEMBRO

- 19 — Feriado Forense (Justiça Federal e Tribunais Superiores) — L. 5.010, de 30-5-66, art. 62
- 2 — Feriado Forense (*idem*) — L. 5.010, de 30-5-66, art. 62  
— Dia de Finados — D. 155-B, de 14-1-1890
- 4 — Ano Internacional do Turismo (1967) — D. 61.485, de 6-10-67  
— Dia do Inspetor — convencionado  
— Dia Mundial do Radioamador — convencionado
- 5 — Dia da Cultura e da Ciência — L. 5.579, de 15-3-70  
— Centenário de Rui Barbosa (1949) — L. 691, de 5-5-49  
— Dia do Cinema Brasileiro — convencionado
- 8 — Dia do Urbanismo — D. 91.900, de 8-11-85
- 10 — Promulgação da 3ª Constituição Republicana — Constituição de 10-11-37  
— Dia do Trigo — convencionado
- 14 — Dia Nacional de Alfabetização — D. 59.452, de 3-11-66; D. 61.017, de 14-7-67, e D. 63.326, de 30-9-68, art. 1.º  
— Dia do Bandeirante — convencionado
- 15 — Feriado Nacional (*Proclamação da República*) — D. 1, de 15-11-1889; D. 155-B, de 14-1-1890, e L. 662, de 6-4-49  
— Feriado (Eleições) — L. 1.266, de 8-12-50, EC 25/85 e Código Eleitoral, art. 480  
— Dia do Jornaleiro — convencionado
- 19 — Dia da Bandeira — D. 4, de 19-11-1889; D. 12.715, de 17-11-17; D.L. 4.545, de 31-7-42, art. 17, e D. 88.513, de 13-7-83, art. 163
- 20 — Dia Nacional da Ação Católica — convencionado
- 21 — Dia Nacional da Homeopatia — convencionado
- 23 — Dia do Livro — convencionado (ver 12 mar. e 29 out.)  
— Dia da Música — D. 21.011, de 19-2-32
- 25 — Dia do Doador Voluntário de Sangue — D. 53.988, de 30-6-64
- 26 — Dia do Ministério Público — convencionado
- 28 — Dia do Soldado Desconhecido — convencionado

## DEZEMBRO

- 1º — Dia do Imigrante — convencionado
- 2 — Dia Pan-Americano da Saúde — D. 8.289, de 2-12-41 (ver 7 abr. e 5 ago.)  
— Dia Nacional das Relações Públicas — L. 7.197, de 14-6-84
- 4 — Dia do Trabalhador em Mina de Carvão — L. 3.923, de 26-7-61  
— Dia da Propaganda e do Publicitário — convencionado
- 8 — Dia da Justiça; Feriado Forense — D.L. 8.292, de 5-12-45, e L. 1.408, de 9-8-51, art. 5º  
— Feriado Religioso no DF (Festa de Nossa Senhora da Conceição) — D. 670-DF, de 30-10-67  
— Dia Nacional da Família — D. 52.748, de 24-10-63
- 10 — Dia da Declaração Universal dos Direitos Humanos — ONU, Sessão de 10-12-48
- 11 — Dia do Engenheiro — Res. 233, de 19-9-75  
— Dia do Arquiteto — Res. 233, de 19-9-75
- 13 — Dia do Cego — D. 51.045, de 26-7-61  
— Dia do Marinheiro — D. 88.513, de 13-7-83
- 14 — Dia do Ministério Público — convencionado
- 15 — Dia do Jornaleiro — convencionado
- 16 — Dia do Reservista — D.L. 1.908, de 26-12-39; D.L. 2.751, de 6-11-40, e D. 88.513, de 13-7-83, art. 163
- 20/12
- a 6/1 — Feriado Forense (Justiça Federal e Tribunais Superiores) — L. 5.010, de 30-5-66, art. 62
- 21 — Dia do Atleta — D. 51.165, de 3-8-61
- 24 — Dia do Órfão — D. 50.912, de 5-7-61
- 25 — Feriado Nacional — L. 862, de 6-4-49, e L. 7.320, de 11-6-85  
— Dia de Natal — D. Imper. de 21-12-1822
- 28 — Dia da Marinha Mercante — D. 482, de 5-1-62  
— Dia de Mauá — D. 54.971, de 11-11-64  
— Dia do Salva-Vidas — D. 54.971, de 11-11-64

## VARIAVEIS

### Sábados (todos)

- Feriado Bancário — L. 4.178, de 11-12-62 (ver 28 ago.)

### 2ª-feira de Carnaval

- Feriado Forense para Justiça Federal e Tribunais Superiores — L. 5.010, de 30-5-66, art. 62

### 3ª-feira de Carnaval

- Feriado Forense — L. 1.408, de 9-8-51, art. 5º, e L. 5.010, de 30-5-66, art. 62

#### **4ª semana de março**

— Semana da Alimentação Escolar — D. 45.266, de 19-1-59

#### **Última semana de março**

— Festa Anual das Árvores (para as regiões Norte e Nordeste) — D. 55.795, de 24-2-65

#### **Semana Santa (4ª-feira, até domingo de Páscoa)**

— Feriado Forense na Justiça Federal e Tribunais Superiores — L. 5.010, de 30-5-66, art. 62

#### **6ª-feira da Paixão**

— Feriado Forense — L. 1.408, de 9-8-51, art. 5º, e L. 7.320, de 11-6-85  
— Feriado Religioso — D.L. 86, de 27-12-66  
— Feriado Municipal — L. 262-DF, de 26-11-48; D.L. 86/66, e D. 670-DF, de 30-10-67

#### **3ª semana de abril (incluindo o dia 20)**

— Semana Rio Branco — D. 64.107, de 12-2-69

#### **1º domingo de maio**

— Dia Nacional do Ex-Combatente — L. 4.623, de 6-5-65

#### **2º domingo de maio**

— Dia das Mães — D. 21.366, de 5-5-32

#### **1ª semana de junho**

— Semana Nacional do Meio Ambiente — D. 86.028, de 27-5-81

#### **Corpus Christi**

— Feriado Municipal — L. 336-DF, de 10-9-49, e D.L. 670/67-DF

#### **Domingo mais próximo de 29 de junho**

— Dia do Papa — convencionado (assembléia da CNBB)

#### **1ª semana de julho**

— Semana de Prevenção contra Incêndios — D. 35.309, de 2-4-54 (ver 2 jul.)  
— Semana Nacional da Educação — L. 1.484, de 5-12-51

#### **Em julho**

— Semana do Cavalo — D. 56.261, de 5-5-65, alter. pelo D. 68.115, de 27-1-71 (ver 1ª quin. nov.)

#### **2º domingo de agosto**

— Dia dos Pais — convencionado

#### **Último domingo de setembro**

— Dia da Bíblia — convencionado (assembléia da CNBB) (ver 2º dom. dez.)

#### **1º domingo de outubro**

— Dia do Município — L. 5.516, de 23-10-68 (ver 1º jan.)

### *Dia da Eleição*

- Feriado Nacional — L. 1.266, de 8-12-50, art. 1º e §, e L. 4.737, de 15-7-65, art. 380 (ver 15 nov.)

### *Penúltimo domingo de outubro*

- Dia Mundial das Missões — convenconado (pelo Papa Pio XI)

### *1ª quinzena de novembro*

- Semana do Cavalo — D. 56.261, de 5-5-65 (ver *Em julho*, acima)

### *4ª quinta-feira de novembro*

- Dia Nacional de Ação de Graças — D. 13.292, de 20-11-18; L. 781, de 17-8-49; L. 5.110, de 22-9-66, e D. 57.288, de 19-11-65

### *4ª semana de novembro*

- Semana do Combate à Lepra — D. 31.684, de 31-10-52
- Semana de Prevenção contra Acidentes do Trabalho — D. 34.715, de 27-11-53 (ver *Sem Data Fixa*)

### *2º domingo de dezembro*

- Dia Mundial da Bíblia — convenconado (ver últ. dom. set.)

### **SEM DATA FIXA**

- Dia Nacional do Milho — D. 56.286, de 17-5-65
- Feriados Forenses — L. 1.408, de 9-8-51, art. 5º, e CPC, art. 41
- Feriados Nacionais — Leis 605, de 5-1-49, 1.266, de 8-12-50, e D.L. 86, de 27-12-66
- Feriados Trabalhistas — L. 605, de 5-1-49, arts. 8º e 11, e D. 27.048, de 12-8-49, art. 6º, § 3º
- Semana da Asa — L. 118, de 18-10-47
- Semana de Prev. de Acid. do Trab. — D. 811, de 30-3-62, art. 4º (ver 4ª sem. nov.)
- Semana do Fazendeiro — D. 56.392, de 2-6-65
- Semana Florestal — L. 4.771, de 15-9-65, art. 43, e D. 55.795, de 24-2-65
- Semana Rio Branco de Estudos Internacionais — D. 64.107, de 12-2-69 (ver abr.)
- Dia da Árvore Nacional (Pau-Brasil) — L. 6.607, de 7-12-78

### **DIVERSOS**

- Festas Militares — R. 1, aprovada pelo D. 42.018, de 9-8-57, arts. 53 e 63, e R. 2, aprovada pelo D. 8.736, de 10-2-42, art. 217
- 1982 — Ano Nacional do Idoso — D. 86.880, de 27-1-82
- 1985 — Ano Bach e da Cultura — D. 90.086, de 20-8-84, e D. 90.542, de 20-11-84

*Referência jurisprudencial:* ver Parecer na *Revista de Direito da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 19, 1968, pp. 331 a 349.

# Do voto distrital

PAULO GADELHA

Diretor de Crédito Industrial do Banco  
do Nordeste do Brasil S.A. Advogado.  
Ex-Deputado à Assembléia Legislativa  
da Paraíba

## *Histórico*

O Brasil já viveu a experiência do voto distrital. No Império, pelo Decreto Legislativo nº 842, de 19 de setembro de 1855, conhecido como Lei dos Círculos, as províncias foram divididas em distritos, elegendo cada distrito um representante. Este processo durou cinco anos, quando uma modificação foi feita, ampliando para três o número de representantes por círculo ou distrito.

Em 1875, no dia 10 de outubro, a Lei do Terço aboliu o voto distrital. A Lei Saraiva, em 1881, fez voltar a eleição por distrito.

Com o advento da República, e pela Lei nº 35, de 1892, este sistema vigorou até 1932, quando foi definitivamente afastado do Direito Eleitoral brasileiro.

A prática deste instituto, com as constantes e repetidas mudanças, aponta a sua fragilidade, desaconselhando a sua volta à legislação eleitoral pátria.

## *Um retrocesso político-eleitoral*

Nas democracias, as minorias têm voz e voto. São ouvidas e participam. É este comportamento, sem dúvida alguma, que justifica o regime, dando-lhe irrecusável legitimidade.

O sistema proporcional é, pois, a essência deste princípio.

A sua negação reside inquestionavelmente no voto por distrito.

Há um elenco de razões, condenando a instrumentalização deste processo.

RAUL BERNARDO, por exemplo, em magnífico trabalho publicado na *Revista Política*, órgão da Fundação Milton Campos, sob o título "Repúdio ao Voto Distrital", assim se manifesta:

"Diga-se desde logo que o voto distrital corrompe o eleitor e o eleito. O possível candidato há de ser, sempre, modelado segundo uma linha de produção em massa. Ou se conformará com a forma ditada pelo chefe ou não logrará ver seu nome incluído na relação dos candidatos.

Ver *Revista de Informação Legislativa*, a. 20, n. 78, abr./jun. 1983 — número especial dedicado ao voto distrital.

As lideranças jovens, primeiro nos municípios, depois nos Estados, jamais se afirmarão para o plano nacional se não jungidas à ditadura do próprio partido.

Se assim é com o candidato, menos ruim não é para o eleitor. Este será, sobretudo na hinterlândia, eterno dominado pelos poderosos, sujeito a todo tipo de pressão, amedrontado por todas as ameaças, sufocado com perseguições de todo gênero, desvirtuado por promessas mirabolantes ou privilégios odiosos.

O voto distrital traduz tanta expressão de poder corruptor do dinheiro que uma talentosa inteligência e uma notável experiência do quilate de GUSTAVO CAPANEMA, mesmo teoricamente favorável à adoção da fórmula eclética do voto distrital misto — elegendo cada Estado “a metade de seus candidatos federais, assim como a metade de seus Deputados estaduais conforme o sistema majoritário distrital, e a outra metade, tanto de uns quanto de outros, com observância de critério proporcional” —, não se conteve que não exclamasse pondo a nu a chaga, a sua convicção de que o sistema do voto distrital não pode livrar-se do estigma dos “prejuízos para a lisura dos pleitos devido à influência do poder econômico que enseja.”

### *A eleição do poder econômico*

É uma verdade que inadmite contestação: o voto por distrito estimula e favorece a corrupção.

Torna-se fácil a explicação. Como a campanha se processa em área delimitada, o candidato, dotado de dinheiro, tem amplas condições de, pelo suborno e compra do voto, vitoriar.

Esta seqüela, por si só, já desfigura a mecânica deste modelo de escolha.

Os exemplos andam por aí, ratificando a assertiva.

Nas últimas eleições distritais, verificadas no Japão, um escândalo confirma a força deletéria do dinheiro no aliciamento do voto popular.

Em matéria procedente de Tóquio, assinada por ANILDE WERNECK, o *Jornal do Brasil*, edição de 20-12-79, 1º caderno, historiando a eleição do deputado japonês Toru Uno, consagrado pelo distrito eleitoral de Chiba, assim resenha:

“Uno é o primeiro parlamentar a ser indiciado pela Justiça nos últimos 18 anos, e, pelas provas conseguidas pela promotoria, deverá ser o primeiro também a ter seu mandato cassado.

Ele foi reeleito pelo segundo distrito eleitoral da Província de Chiba, reconhecidamente o mais corrupto do Japão em termos eleitorais.

As autoridades começaram o caso Uno interrogando seus mais inferiores cabos eleitorais. Depois, eleitores identificados e os comandantes da campanha.

O deputado conseguiu 110 mil votos e se calcula que tenha gasto 220 milhões de ienes, cerca de Cr\$ 35 milhões de cruzeiros. Até agora, a Justiça já conseguiu comprovar que pelo menos 20 mil votos foram comprados."

Este fato aponta o descalabro que o voto paroquial provoca.

Se em uma nação superdesenvolvida, com excelente renda *per capita*, com um povo de sólida formação cultural, que, obstinada e corajosamente, se refez do desastre de duas guerras mundiais, a corrupção eleitoral se manifesta com tamanho ímpeto, imagine-se o que não ocorreria por este Brasil de miséria e desemprego, se fosse implantado o sistema de eleição por distrito.

Se há o estigma da ilicitude eleitoral marcando povos adiantados, o que dizer da experiência deste tipo de disputa em um País como o nosso, onde de cada três habitantes apenas um trabalha?

Neste Brasil, de imensuráveis bolsões de pobreza, especialmente no Nordeste, segundo Relatório do Banco do Nordeste do Brasil, ano de 1978, "nas atividades agrícolas nordestinas, há evidências de que metade dos trabalhadores trabalha apenas 61 dias por ano. Nas atividades urbanas, os trabalhadores por conta própria, que ganham até 1/2 salário mínimo, constituem 51% do total da categoria, e os empregados que percebem até 1/2 salário mínimo representam 21% do total da classe".

Com todas estas mazelas sócio-econômicas, ninguém se iluda: adotada a eleição por distrito, o grande argumento será o dinheiro para subornar, comprar, aliciar.

### *Uma arma das oligarquias*

No estudo do processo eleitoral em questão, um outro aspecto precisa ser examinado: a influência do poder político-administrativo dominante.

É que, nas sociedades capitalistas, estruturalmente pobres, o poder político é, também, o grande patrão, no favorecimento pessoal, na distribuição das verbas, na ajuda direta sempre com objetivos eleitoreiros.

Os Prefeitos, na sua imensa maioria, temem contrariar a vontade do Olimpo político e fazem o jogo dos donos do poder.

O trabalho de proselitismo fica mais fácil.

Circunscrito o raio de ação da autoridade dominante a determinados distritos, mais cômoda será a influência dos detentores da situação, institucionalizando, pelo tráfico de interesses, pelas benesses, pelos favores, por todo tipo de comportamento aético, o império das oligarquias, que é a face opaca de um regime político, que se propõe democrático, pluralista e aberto.

Nos distritos, os caciques eleitorais terão todas as condições para o exercício de sua "atividade política". Os currais de votos irão ressurgir, fazendo emergir a figura do "coronel das urnas".

Os valores intelectuais não terão oportunidades, já que a vontade do dinheiro vai prevalecer.

A história confirma esta verdade:

O ex-Primeiro Ministro Winston Churchill, depois de haver prometido ao mundo "sangue, suor e lágrimas" e de ser transformado no grande nome da vitória dos Aliados, foi derrotado num pequeno distrito da Inglaterra por um obscuro candidato, que, indubitavelmente, dominava o feudo.

### *Municipalização da atividade parlamentar*

É princípio unanimemente aceito por cientistas políticos e mestres do nosso Direito Público: a política deve ser exercida por figuras de sólido embasamento cultural, que tenham uma visão globalizante dos problemas.

Pela sistemática da eleição por distrito, o Parlamentar fica preso a determinada área, municipalizando a sua atuação, quando, de fato, sua preocupação deve ser com todo o Estado.

### *Conclusão*

Além de todas estas distorções que o voto paroquial acarreta, a Fundação Getúlio Vargas, em pesquisa realizada, a respeito da implantação do voto distrital no processo eleitoral brasileiro, observou: "As repercussões seriam as piores possíveis: desastrosas, negativas, com a quebra do sistema federal e afastando as minorias da representação política".

Da análise e discussão em torno da eleição por distrito, chega-se à seguinte ilação:

- a) É um retrocesso político.
- b) Promove o ressurgimento do coronel político.
- c) Favorece a corrupção.
- d) Municipaliza a atividade parlamentar.
- e) Evita a participação das minorias.
- f) Impõe o partido único.



# A liberdade de culto no pleito de 15-11-86

JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR  
Juiz de Direito no Estado do Rio de  
Janeiro

## SUMÁRIO

1 — Introdução; 2 — O dia do sábado; 3 — Fé e culto na doutrina constitucional; 4 — Escusa de consciência, ordem pública e bons costumes; 5 — Estado e Igreja; 6 — A exceção da perda de direitos; 7 — Conclusão.

### 1 — Introdução

A Justiça Eleitoral defrontou-se, em todo o País, com milhares de pedidos de membros da Igreja Adventista do Sétimo Dia e de judeus ortodoxos, que requeriam lhes fosse justificada a ausência do pleito de 15 de novembro de 1986 por razões de fé religiosa. A falta de definição normativa do Tribunal Superior Eleitoral na matéria, os Juizes monocráticos acolheram ou rejeitaram a súplica conforme o entendimento que esposaram diante da garantia de liberdade de crença e de culto inscrita no art. 153, § 5º, da Constituição Federal. Inobstante o mínimo valor da multa sancionatória da ausência, prevista no art. 7º do Código Eleitoral, trata-se de relevante questão de princípio, de índole constitucional, afeta à disciplina das liberdades públicas e que, por isso mesmo, ganha interesse premente no momento de recriação das estruturas institucionais do Estado e da sociedade.

Preliminar inafastável de análise que se pretenda teleológica e humanista concerne à compreensão do significado do dia do sábado para adventistas e judeus, com o fim de avaliar se sua aventada sacralidade constitui dogma essencial dos respectivos credos, a ponto de inserir-se na proteção constitucional da liberdade de consciência e de culto religioso, liberdade esta a ser contrastada com o exercício do voto, obrigatório no sistema brasileiro (Constituição Federal, art. 147, § 1º, e Lei nº 4.747/65, art. 6º).

O **sabbath**, tal como concebido por adventistas e judeus, encontra-se definido no capítulo 20, versículos 8 e 11, do Livro do Êxodo, o segundo do Velho Testamento. Dos textos originais em aramaico, é corrente e aceita, no vernáculo, a versão seguinte dos mencionados versículos: "Lembra-te do dia do sábado para o santificar. Seis dias trabalharás e farás toda a tua obra. Mas o sétimo dia é o sábado do Senhor teu Deus; não farás nenhum trabalho, nem tu, nem teu filho, nem tua filha, nem o teu servo, nem a tua serva, nem o teu animal, nem o forasteiro das tuas portas para dentro; porque em seis dias fez o Senhor os céus e a terra, o mar e tudo o que neles há, e ao sétimo dia descansou; por isso o Senhor abençoou o dia do sábado, e o santificou" (*Bíblia Sagrada*, tradução de João Ferreira de Almeida, ed. Sociedade Bíblica do Brasil, 1961). A Igreja Adventista do Sétimo Dia dispõe de literatura acerca da interpretação do sábado, que serve de guia para seus fiéis; dela extraem-se os seguintes excertos:

"A santidade é um caráter de Deus. Santificando o sétimo dia, o dia do seu repouso, Deus conferiu a esse dia caráter divino. Por esse ato, o sétimo dia, que já tinha sido virtualmente distinguido pelo ato da bênção, foi moralmente separado dos demais dias da semana. O sétimo dia tornou-se deste modo o santo dia do repouso de Deus, caráter absolutamente distinto, que nenhum outro dia partilhava . . .

Sobre o fundamento do seu repouso no sétimo dia, Deus primeiro abençoou, depois santificou o sétimo dia. A bênção . . . envolvia uma promessa, porque o que Deus abençoa está por sua vez destinado a servir de bênção. A santificação, porém, implicava um dever sagrado em relação ao indivíduo a quem a sua bênção era destinada — o dever de reconhecer esse dia separado por Deus dos dias comuns que o precederam, a fim de ser devotado ao repouso e ao culto divino . . .

Bastava esta só reflexão para deixar de antemão assente não só a perpetuidade dessa instituição, como ainda a inamo-

vibilidade do dia particular a que ela originalmente se prende, o qual, tendo sido um dia definido, não poderia em verdade ser sucedido por outro dia que lhe não correspondesse na ordem exata estabelecida pelo Criador. Um deslocamento do dia sétimo equivaleria a transtornar a ordem que constitui a base dessa instituição e a anular a causa imediata da bênção e santificação do sétimo dia ...

Releva notar que o repouso que a nós compete observar no sétimo dia não é o nosso repouso individual, e sim o repouso de Deus... O nosso repouso nesse dia e apenas o meio de observar e de comemorar convenientemente o repouso de Deus, e não o fim por que este deve ser observado. O repouso de Deus ao sétimo dia não obedeceu a nenhuma necessidade física, mas consistiu ... numa recreação espiritual que devia servir de base a uma instituição destinada a satisfazer no homem uma necessidade igualmente espiritual. A idéia de observar o repouso de Deus com o fim de satisfazer uma necessidade material, qual seja a de um descanso periódico corporal ... é a idéia mais grosseira que se pode fazer de tão sublime quanto beneficente instituição ...

Ora, sendo o sábado aquela instituição de Deus que tem por fim, conforme reza o preceito, lembrar o fato de que Deus em seis dias fez os céus e a terra ... portanto recordar justamente aquele fato... que caracteriza o Deus verdadeiro, e tendo Deus reputado indispensável tal instituição para benefício do homem, para que este não se esquecesse do seu Criador e guardasse o conhecimento daquele a quem tudo deve, adorando e servindo somente a Ele, é intuitivo que o sábado constitui num sentido especial o sinal de reconhecimento do Deus vivo, o meio de ser Ele constantemente lembrado e reconhecido ... O sábado é o sinal que Deus estabeleceu em reconhecimento dEle, por parte de seu povo, como o seu único Deus legítimo ...

Com a colocação do sábado no coração da lei moral, que encerra em princípio os deveres do homem para com Deus e seu semelhante, o sábado não só entrou a ocupar na lei escrita o lugar que de direito lhe compete como preceito moral, sendo equiparado a todos os demais no que respeita à sua moralidade e perpetuidade, como era ele propriamente o que de fato dava autenticidade a essa lei ..., estabelecendo a identidade da pessoa do Legislador ... O sábado é o único preceito do decálogo que perfaz as vezes de uma tal assinatura, identificando a pessoa do legislador com o Deus

vivo, o Criador dos céus e da terra..." (GUILHERME STEIN FILHO, *O Sábado*, São Paulo, ed. Sociedade Internacional de Tratados, 1919, pp. 5-37).

Parece despiciendo sublinhar que se cuida de questão de fé, descabendo perquirir se tal formulação espiritual seria ou não acertada, sequer plausível ou simpática. Para o fim de confrontá-la com a garantia constitucional da liberdade religiosa, é bastante constatar, em face da exegese bíblica adotada por adventistas e judeus, que o sábado se lhes apresenta como pedra angular, traço distintivo e estrutural da fé que professam, daí sugerir-se-lhes atentatória ao livre exercício desta qualquer imposição estatal que obstacule a observância do sétimo dia, o qual têm como santificado e devotado a práticas religiosas — não, apenas, abstenção de trabalho — inconciliáveis com as tarefas seculares que constituem o cotidiano da semana.

Apreendida a importância de que se reveste para adventistas e judeus o sábado — dia em que se realizou a eleição de 15-11-86 —, verifique-se se estariam obrigados a nele votar, sob as penas da lei ordinária, ou se lhes é aplicável a escusa de consciência dirigida aos crentes pela Carta Magna.

### 3 — Fé e culto na doutrina constitucional

Na doutrina constitucional brasileira — tanto quanto no constitucionalismo norte-americano, em que aquela se abeberou, e onde não se oferece a presente questão pelo fato de que, lá, o voto é voluntário —, sempre se estremou crença de culto (*belief e action*). A Carta de 1824 já "admitia integralmente a liberdade de crença, porém apenas parcialmente a liberdade de culto, vez que o culto pode ser exercido somente nos templos pelos católicos, às outras religiões apenas permitido o culto doméstico ou particular"... A Constituição de 1934 distinguiu entre a liberdade de crença e a liberdade de culto..., o que também aconteceu com a Carta Ditatorial de 1937" (PINTO FERREIRA, *Curso de Direito Constitucional*, 2º vol., São Paulo, Saraiva, 1974, pp. 503-504). ALCINO PINTO FALCÃO, em comentários à Lei Fundamental de 1946, fazia ver que "O gênero é a liberdade religiosa; crença e culto, que não se confundem, são as espécies... E a posição do Estado frente à crença e ao culto não é igual. Quanto à primeira, com respeito à personalidade humana, o Estado moderno se abstém de qualquer coação sobre a consciência do indivíduo, plenamente livre de pertencer a uma ou outra confissão, ou de não ter qualquer fé religiosa; mas por ser ato externo, no exercício do culto pode, em certas circunstâncias, dar-se a intervenção estatal" (*Constituição Anotada*, vol. II, Rio de Janeiro, José Konfino, 1957, p. 92).

A vigente Constituição consagra a distinção ao proclamar, de um lado, ser “plena a liberdade de consciência”, e de resguardar, de outro — tornando expressas quais são aquelas circunstâncias —, “o exercício dos cultos religiosos que não contrariem a ordem pública e os bons costumes” (art. 153, § 5º), o que mantém coerência com a tradição vinda do Império, cuja “libérrima Constituição, embora marcasse uma religião do Estado, dispunha, no art. 179, V, que ‘Ninguém pode ser perseguido por motivo de religião, uma vez que respeite a do Estado e não ofenda a moral pública’ (PAULO DOMINGUES VIANNA, **Constituição Federal e Constituições dos Estados**, tomo 1º, Rio de Janeiro, Briguiet, 1911, p. 58), e reproduz o critério do art. 50 da Constituição suíça — “É garantido o livre exercício dos cultos, em limites compatíveis com a ordem pública e os bons costumes”, como anotado por CARLOS MAXIMILIANO (**Comentários à Constituição Brasileira**, vol. I, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1948, p. 379).

O mesmo princípio desenvolveu-se no Judiciário norte-americano, vindo a consolidar-se na síntese de que “the freedom to act, even when the action is in accord with one’s religious convictions, is not totally free from legislative restrictions” (a liberdade de culto, ainda que este se harmonize com as convicções de cada qual, não está totalmente isenta de restrições legislativas), referindo-se, como exemplos de restrição à liberdade de culto, a vedação à poligamia pregada pelos mórmons, e a admissão, como ônus inerente à atividade comercial, de eventual redução de ganhos em virtude de lei determinante do fechamento aos domingos de estabelecimentos comerciais que seus proprietários, judeus ortodoxos, interditassem também aos sábados (apud GERALD GUNTHER, **Cases and Materials on Constitutional Law — Section 2 — The Free Exercise of Religion**, New York, The Foundation Press Inc., 1975, pp. 1.505-1.514). Nessa esteira, recorde-se que “There shall be no restriction on free exercise of religion, categorically declares the First Amendment . . . But religious belief cannot be pleaded as justification for criminal action . . . The First Amendment freedoms are not ends in themselves, but only means to the end of a free society” (Nenhuma restrição haverá ao livre exercício da religião, categoricamente declara a Primeira Emenda . . . mas a crença religiosa não pode ser invocada para justificar ação criminosa. As liberdades da Primeira Emenda não são fins em si mesmas, porém meios para o objetivo de uma sociedade livre).

Deduz-se que, em nosso regime constitucional, tanto quanto naquele que o inspirou, a liberdade de culto, conquanto não desfrute da mesma intangibilidade protetora da liberdade de crença, é garantida de modo amplo, como apanágio de uma sociedade que se almeja pluralista e democrática, daí que somente se admitirá intervenção

estatal, calcada em restrição decorrente de lei, quando a prática do culto contrariar a ordem pública ou os bons costumes, nos exatos termos do § 5º do art. 153: "No estado atual do direito público, a liberdade de cultos é limitada por medidas de ordem pública, com o mesmo critério que preside as outras limitações: as práticas — assim em atos como em palavras — têm de respeitar as leis penais, isto é, não podem ser tais que constituam crimes ou contravenções: nem lhes seria permitido infringir as outras liberdades" (PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967*, tomo V, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, pp. 128-129). Importa, pois, ao desato do tema, indagar se a negativa de votar no sábado, permanecendo os adventistas e judeus em seus respectivos templos e atividades de natureza espiritual, desatende à ordem pública ou aos bons costumes. Parece indubitoso — diga-se entre parêntesis — que não se há de vislumbrar, na fixação do pleito para um sábado, indevida intervenção da Justiça Eleitoral na liberdade de consciência; tal decisão não visou, a toda evidência, compelir quem quer que fosse a abjurar a fé. A questão é outra. Resolve-se em saber se a recusa de votar no sábado sujeita o eleitor crente a sanções, como se a efetivação do culto naquele determinado sábado contraviesse à ordem pública ou aos bons costumes. A controvérsia não se põe no campo da liberdade de fé, se não no da liberdade de culto — "First Amendment rights are susceptible of restriction only to prevent grave and immediate danger to interests which the State may lawfully protect" (Os direitos da Primeira Emenda são suscetíveis de restrição apenas para prevenir risco grave e imediato para os interesses que o Estado possa legalmente proteger" (GUNTHER, *op. cit.*, p. 1.509).

#### 4 — Escusa de consciência, ordem pública e bons costumes

Para responder à indagação, é mister conhecer em que consiste a **praxis** dos crentes que guardam o sétimo dia, nesse dia. Recorra-se à literatura evangélica específica, *in verbis*:

o sábado "requer do homem no sétimo dia a renúncia de seus empregos ordinários de cada dia com que provê à sua subsistência e daquelas ocupações que, dizendo respeito aos seus interesses puramente materiais, são perfeitamente dispensáveis ou possam de alguma maneira distrair-lhe o espírito do cuidado que lhe devem merecer nesse dia os seus interesses eternos, os interesses que se prendem com aquele descanso que o sábado representa ou tipifica... Saciar a fome (dos necessitados) é prover a uma necessidade que diz respeito à manutenção da vida... Assim a doença, sob

qualquer forma, importa num começo de dissolução da vida, obstar à qual é não só um sagrado dever, como um ato que só pode honrar ao Autor da vida, sendo portanto lícito de se praticar no Seu santo dia... É por consequência lícito fazer bem aos sábados". (STEIN FILHO, op. cit., pp. 69-71)

Ociosos maior empenho para inferir-se que o culto sabático — nas igrejas, em ações de benemerência e assistência aos carentes e enfermos, ou na contemplação da natureza — nenhuma ameaça contém para a ordem pública ou os bons costumes, seguindo-se que a liberdade de seu exercício está a recato de qualquer forma de restrição do Estado, por qualquer de seus agentes ou poderes. Passe-se, então, à pergunta inversa: em que medida ou de que modo o cumprimento da obrigação eleitoral infringiria a liberdade de culto protegida pela Constituição, a ponto de justificar-se a recusa de comparecimento às urnas por parte de adventistas e judeus ortodoxos? Lembre-se, por oportuno, que dirigentes das comunidades adventista e judaica postularam ao Tribunal Superior Eleitoral, como noticiado na ocasião (art. 334, I, do CPC), que lhes fosse admitido votar depois das 18 horas, posto que o **sabath** se conta do ocaso do sol de sexta-feira ao pôr-do-sol de sábado, o que lhes foi indeferido. Por conseguinte, não se poderá falar, a rigor, de recusa ao cumprimento do dever eleitoral, porém de impossibilidade de cumpri-lo no tempo determinado pelas autoridades civis, sem injuriar o que para aqueles fiéis representa nada menos do que o quarto mandamento da lei divina e ponto nodal de sua fé. Aqui a lei do Estado vulneraria a liberdade do culto: o comparecimento compulsório às seções eleitorais impediria adventistas e judeus de guardarem o sábado tal como o entendem, e esse entendimento, projetado em ações práticas — a liturgia nas igrejas e sinagogas, ou a caridade em hospitais, asilos, etc. —, em nada ofende a ordem pública ou os bons costumes.

A sanção é sempre consequente da transgressão do preceito. No caso, a norma eleitoral — cogente, de ordem pública, indiscutivelmente — estatui que não votar sem justificativa acarreta sanção pecuniária, a qual, insatisfeita, induz outras penalidades (Código Eleitoral, art. 7º e seus parágrafos). O direito público reconhece, entretanto, figuras excludentes da punibilidade, entre elas a da inexigibilidade de conduta diversa por parte do sujeito ativo da infração. Tal figura emoldura o quadro em estudo porque corresponde à escusa de consciência incluída entre os direitos subjetivos individuais constitucionalmente garantidos. Houve, sim, descumprimento da lei eleitoral, todavia por motivos inarredáveis, ínsitos na liberdade de crença e de culto, a qual não se curva à legislação ordinária, de inferior hierarquia.

Ungida a separação entre Estado e Igreja, o constitucionalismo brasileiro prescreve, desde a Carta de 1891, salvaguardas mínimas para a liberdade religiosa, as quais se mantêm no vigente texto de 1969, de modo a vedar, mesmo aos entes públicos políticos maiores — União, Estados, Distrito Federal e Municípios —, a oficialização estatal de qualquer denominação religiosa, a concessão de subvenções para igrejas e o embaraço ao exercício de culto, bem assim o estabelecimento de alianças ou relações de dependência, “ressalvada a colaboração de interesse público, notadamente nos setores educacional, assistencial e hospitalar” (vejam-se, respectivamente, os arts. 11, § 2º, 17, II, 32, b, 31, II, e 9º, II, das Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967).

PAULO M. DE LACERDA chama a atenção para o fato de que, já antes da promulgação da primeira Carta Republicana, “o Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890, expedido pelo Governo Provisório, acabou com . . . o instituto da religião do Estado e seus conseqüências, igualando todos os credos religiosos e tornando francas as manifestações particulares e públicas do culto, seja qual for. Dizia ele no seu art. 2º: “A todas as confissões religiosas pertence por igual a faculdade de exercerem o seu culto, regerem-se segundo a sua fé e não serem contrariadas nos atos particulares ou públicos que interessem o exercício deste direito” (**Princípios de Direito Constitucional Brasileiro**, Rio de Janeiro, Azevedo, 1932, vol II, p. 55). E PONTES extrai das aludidas vedações do art. 9º, II, da Constituição de 1967, reeditadas na Emenda nº 1/69, que “Uma das conseqüências é a decretabilidade da inconstitucionalidade do ato (legislativo ou executivo) que contenha ou importe infração dos seus ditames proibitivos. Trata-se de três séries de princípios cogentes, vedativos, ou pelo menos concebidos em forma negativa, de que resulta o direito público subjetivo de quem quer que seja lesado pelo ato que infrinja qualquer das suas regras (op. cit., tomo II, p. 180).

Segue-se que a separação entre Estado e Igreja, longe de exonerar o primeiro de responsabilidades com respeito ao acatamento da liberdade de fé e de exercício de culto, **constrange-o** a pautar o cumprimento das exigências da legislação extravagante pela mais severa observância dos cânones constitucionais, tanto no referente ao alheamento (neutralidade, isenção) do Estado para com o conteúdo espiritual e escriturístico das diversas religiões, como no que tange às práticas decorrentes desse conteúdo, desde que inócuas para a ordem pública e os bons costumes. Vale dizer que a abstenção do Estado se impõe tanto em face das disposições constitucionais consideradas isoladamen-



te, quanto situadas no contexto do sistema acolhido pela tradição constitucional brasileira, na específica sede da liberdade religiosa.

## 6 — A exceção da perda de direitos

Enfrente-se, ainda, a arguição de que a hipótese enquadra-se na exceção prevista no § 6º do mesmo art. 153, segundo a qual a crença religiosa não eximirá o cidadão de obrigação legal que a todos alcance, como seja a do voto, “caso em que a lei poderá determinar a perda dos direitos incompatíveis com a escusa de consciência”. A exceção parece inajustável à situação concreta de que ora nos ocupamos, porquanto:

a) a norma punitiva ordinária a que alude o texto constitucional é a do art. 7º do Código Eleitoral, para o qual o eleitor “que deixar de votar e não justificar . . . incorrerá na multa . . .”, aduzindo, nos parágrafos, gravames para o caso de não haver sido aceita a justificação, nem paga a multa;

b) a condição cumulativa exigida pela lei — “deixar de votar e não se justificar” — incorre, já que o eleitor está a apresentar justificativa idônea, no prazo hábil;

c) os direitos que perderia o eleitor, a teor dos parágrafos do art. 7º, sequer tangenciam a incompatibilidade com a escusa de consciência de que trata a lei, vale dizer que a eventual rejeição das razões de natureza religiosa importaria na sujeição do eleitor à perda de direitos que nenhum elo mantém com a liberdade de culto que motivou a abstenção de voto, seguindo-se que seria, tal perda, ilegítima, posto que sem suporte fático, e inconstitucional, porque afrontosa do princípio geral insculpido no § 5º

O acolhimento de justificação fundada em escusa de consciência deve assentar-se em demonstração da pertinência do que se protesta. É de exigir-se que, “para se tornar operante, a escusa de consciência tenha bom lastro de veracidade e seriedade . . . ; não basta alegar, mas é preciso demonstrar (não provar) que na situação individual há incompatibilidade com o encargo cívico” (ALCINO PINTO FALCÃO, *op. cit.*, p. 101). A cautela tem sido observada nos procedimentos de justificação, através da apresentação de atestado de que o justificante é, efetivamente, membro da comunidade religiosa que indica.

## 7 — Conclusão

Subjaz, talvez, no pensamento que rejeita a escusa de consciência nas circunstâncias retrodescritas, um sentido de prevalência do Estado sobre o indivíduo. Desacredito dessa postura como capaz de fazer do

direito instrumento de justiça e de paz social. Temo-lhe os vestígios de autoritarismo e intolerância, os quais, ressalte-se, não serão próprios dos que assim interpretam a Constituição e as leis, tendo, antes, sido inoculados nelas por legisladores inadvertidos do fato de que o Estado existe para servir ao homem, cujos direitos são anteriores ao Estado e por este não devem ser suprimidos ou limitados senão em benefício do interesse público e do bem comum, legitimamente revelados e aferidos — lição jusnaturalista que se compadece com a essencialidade dos direitos humanos. Conclua-se com a peroração de PONTES, repassada de sabedoria e bom aviso:

“As duas liberdades — a de pensamento e a de ação — assumem importância especial, uma em relação à outra, conforme os tipos psicológicos: aquela é primeira para o indivíduo que se apura em sua atividade interior; essa, para quem se lança para fora, para quem o sentir-se livre é sentir ‘poder mover-se’ à vontade, quando e para onde quer. . . Por isso mesmo, oradores extrovertidos, que muito se entusiasmam e gesticulam em defender as liberdades, em verdade se opõem mais às leis coarctadoras da liberdade física do que às leis coarctadoras da liberdade de pensamento. . . É pela liberdade da psique que começam as liberdades, se queremos considerá-las quanto à importância humana. Se não se pode pensar e julgar com liberdade, que se há de entender por liberdade de ir, ficar e vir, de fazer e não fazer? Se nos movemos, ou o fazemos por simples reflexos, ou por força de imagens mentais (movimentos ditos inconscientes), ou o fazemos com a presença de consciência. Para os movimentos conscientes é que mais precisamos de liberdade. De modo que, à base mesma da liberdade física, está a de consciência. A imensa maioria dos atos humanos, na vida de relação dos homens uns com os outros, são atos conscientes ou segundo traçados conscientes. . . Toda religião se prende ao que se pensa e ao que se pratica com intuito de culto; portanto, as liberdades de religião e de culto são apenas, respectivamente, especialização e extensão da liberdade da psique. . . Se falta liberdade de pensamento, todas as outras liberdades humanas estão sacrificadas, desde os fundamentos. Foram os alicerces mesmos que cederam. Todo o edifício tem de ruir” (op. cit., pp. 146-147).

De todo o exposto, tenho por justificável a ausência do pleito eleitoral de 15 de novembro de 1986, em razão da fé religiosa que professam adventistas do sétimo dia e judeus ortodoxos, cabendo que se lhes expeça a competente certidão.

# Derecho penal y derecho sancionador en el ordenamiento jurídico español

PROF. DR. MIGUEL POLAINO NAVARRETE  
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad  
de Córdoba (España)

## SUMARIO

- I — *Introducción temática*
- II — *Problemas jurídicos*
- III — *Problemas prácticos*
  - 1 — *Extratlimitación de la cuantía de las sanciones administrativas pecuniarias*
  - 2 — *Exasperación legal de la atribución de competencias a la Administración Pública*
- IV — *Criterios delimitadores*
- V — *Proposiciones conclusivas*

### I. *Introducción temática*

La exacta determinación de las relaciones que median entre el Ordenamiento administrativo sancionador y el Derecho punitivo en sentido estricto constituye uno de los temas fundamentales de debate jurídico actual y, sin duda, representa uno de los problemas de mayor vigencia en el momento presente de discusión de la Ciencia jurídica asentada en la configuración constitucional propia del Estado de Derecho.

En efecto, si bien son múltiples y variadas las relaciones que conectan entre sí al Ordenamiento administrativo contravencional y al Derecho penal criminal, se hace precisa una exacta demar-

cación de las respectivas esferas normativas correspondientes a ambos sectores de regulación del Ordenamiento sancionador.

Determinados principios jurídicos delimitados en la dogmática jurídico-penal actual, cuales son el principio de tipicidad, el principio del contenido material de la antijuridicidad en base a la ponderación de bienes jurídicos de máxima significación frente a los ataques típicos de mayor gravedad, el principio de la imputación del acto típicamente antijurídico al autor, el principio de la culpabilidad normativa y el de las exigencias político-criminales de prevención general y de prevención especial, entre otros, configuran al Derecho penal criminal, aportando características de conformación jurídica que, por el contrario, no son consustanciales a la esencia del Ordenamiento administrativo sancionador de las contravenciones al orden.

Sin perjuicio del reconocimiento de la trascendencia de las características que se muestran inherentes a los principios aludidos, en un orden axiológico de demarcación de las facultades sancionadoras *lato sensu* del Estado de Derecho, procede además tener presente que otras perspectivas de consideración confluyen en el examen de las respectivas disciplinas jurídicas, configuradoras del Ordenamiento sancionador del Estado, integradas por el Derecho administrativo contravencional, de un lado, y el Derecho penal criminal, de otro.

En este contexto, asume singular significación la función que está llamada a cumplir la Administración pública, en el marco del ejercicio constitucional del Poder ejecutivo del Estado.

La Administración pública es el titular legítimo y ordinario del ejercicio y de la ejecución de la facultad sancionadora estatal, en el marco de un Ordenamiento, cual el administrativo, que no precisa asentarse de modo necesario en los principios esencialmente configuradores del Derecho penal criminal, y que por demás no tiene supeditado su desarrollo a las exigencias propias de la jurisdiccionalización, a diferencia de la estricta sujeción al Poder judicial que es consustancial a la materia criminal.

La Administración pública, al asumir la relevante función del ejercicio de la facultad sancionadora del Estado, debe tratar de fijar con la máxima precisión y exactitud los presupuestos fácticos de las infracciones determinantes de contravenciones al Ordenamiento, acreedoras de una respuesta administrativa sancionadora.

Para ello es básicamente requerida una técnica normativa, que progresivamente tienda a aproximarse a la tipificación que es peculiar de las disposiciones penales, en orden a la determinación de la materia de la prohibición punitiva.

Ahora bien, en todo caso, no deja de ser cierto que la potestad sancionadora del Estado corresponde *per se* a la Administración pública, la cual ha de ejercerla conforme a sus propios criterios de actuación, al amparo de los principios constitucionales de jerarquía y de sometimiento de la actuación administrativa a los fines que la justifican, gozando de autonomía para la gestión de los intereses comunitarios (1).

## II. *Problemas jurídicos*

Los principales problemas jurídicos planteados por la diferenciación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo provienen de la propia dificultad técnica de delimitación de ambos sectores del Ordenamiento jurídico.

En efecto, con frecuencia, no sólo en la realidad empírica de la praxis procedimental, sino aun en el planteamiento doctrinal de la demarcación técnica entre Derecho penal y Derecho administrativo, se incurre en una indebida determinación de los esenciales criterios respectivamente configuradores de ambos sectores del Ordenamiento jurídico.

El problema por demás no es reciente. Antes bien, en el planteamiento teórico doctrinal, acaso uno de los aspectos de mayor relevancia en orden a la determinación de la concepción de los límites del poder sancionador del Estado sea precisamente el constituido por la relación valorativa que media entre el Derecho punitivo y el Derecho sancionador.

El confusionismo y la imprecisión en torno a la presente materia se evidencian ostensiblemente, hasta el extremo de llegarse a decantar, junto al denominado "Derecho penal criminal", en sentido propio, la formulación, en términos quizá un tanto convencionales, de un pretendido "Derecho penal sancionador" puramente administrativo.

Con extendida amplitud y persistente reiteración, se ha designado también al Derecho penal criminal, por antonomasia, "Derecho penal de Justicia", en tanto que se ha reservado para el Derecho sancionador no penal la calificación de "Derecho penal de Policía".

Sobre esta base teórica se ha propugnado, en suma, más o menos directamente, con entusiasmo doctrinal acaso digno de mejor causa, la configuración de una categoría conceptual cual la de "Derecho sancionador administrativo", que, aun con notables matices de diferenciación desde distintas perspectivas, pretende ser

(1) Artículos 97, 103 y 137 de la Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978.

esencialmente comprendida también como "Derecho penal", si se quiere, como parte segregada del Sistema punitivo estatal.

Una breve referencia histórica permitirá aprehender la significación y el alcance que asume el debate desarrollado precisamente en torno a la respectiva naturaleza jurídica del "Derecho penal", inherente a la soberanía del Estado, y del "Derecho sancionador", propio de la Administración pública.

Sobre tan relevante cuestión doctrinal, en el fundamental plano histórico y comparado de su planteamiento teórico-crítico, gracias a la determinante obra de HEINZ MATTES *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten* (2), podemos conocer y valorar con precisión y exactitud la pluralidad de criterios científicos de configuración de la "Teoría de las contravenciones", relevante en el plano sancionador del Ordenamiento administrativo, en relación con la "Teoría del delito", correspondiente a la dogmática del Sistema del Derecho penal.

Prescindiendo de remotos precedentes históricos, verificados en formulaciones doctrinales que se remontan a la Edad Media, se advierte que el Derecho penal de policía, nacido con el Estado absoluto en la Edad Moderna, trató de sustentar básicamente el postulado de que entre el "Derecho penal criminal (judicial)" y el "Derecho penal policial (administrativo)" no existe diferencia jurídica sustancial (3).

En concreto, a este respecto, se puntualiza que sólo a partir de la Ilustración comienza a cuestionarse la pretendida identificación sustancial entre ambos ámbitos sancionadores del Ordenamiento positivo (4).

La inseguridad perceptible en los criterios de configuración básicamente propuestos evidencia una tan notoria ambigüedad, en este ámbito, que pronto la aludida delimitación se torna en una cuestión vidriosa y polémica, por mor de la pluralidad y diversidad de las posibles perspectivas de consideración.

Como oportunamente pone de relieve el atento análisis histórico-crítico de HEINZ MATTES (5), la moderna Ciencia del Derecho

(2) MATTES, Heinz, *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*, 1. Halbband, *Geschichte und Rechtsvergleichung*, nach dem Tode des Verfassers herausgegeben von Dr. Herta Mattes, Duncker & Humblot, Berlin, 1977; 2. Halbband, *Geltendes Recht und Kritik*, nach dem Tode des Verfassers herausgegeben und bearbeitet von Dr. Herta Mattes, Duncker & Humblot, Berlin, 1982.

(3) MATTES, Heinz, o.u.c., 1. Halbband, pp. 110 ss.

(4) MATTES, Heinz, o.u.c., p. 111.

(5) MATTES, Heinz, o.u.c., Heinz, pp. 116 ss.

penal, desde sus orígenes, ha suscitado, y ocasionalmente sostenido, la permanente cuestión de la pretendida identidad científica entre el "Derecho sancionador no punitivo" y el "Derecho penal criminal".

Precisamente en tal contexto, entre otros precursores de la moderna Ciencia penal, asumieron el desarrollo teórico de un "Derecho de las contravenciones al Ordenamiento", de naturaleza y contenido punitivos, autores como PAUL JOHANN ANSELM VON FEUERBACH <sup>(6)</sup>, JOHANN MICHAEL FRANZ BIRNBAUM <sup>(7)</sup>, KARL BINDING <sup>(8)</sup> y FRANZ VON LISZT <sup>(9)</sup>.

Por el contrario, coinciden en el intento de delimitar nítidamente entre sí, en lo sustancial, el "Derecho penal" respecto del "Derecho sancionador", en atención, de una parte, al desvalor del injusto y, de otra, a la desaprobación de la mera posibilidad de peligro de la ejecución del mismo, diversos seguidores del pensamiento jurídico-penal hegeliano, como JULIUS FRIEDRICH ABBEG <sup>(10)</sup>, CHRISTIAN REINHOLD KÖSTLIN <sup>(11)</sup>, HEINRICH LUDEN <sup>(12)</sup>, ALBERT FRIEDRICH BERNER <sup>(13)</sup> y HUGO HALSCHNER <sup>(14)</sup>.

Particularmente significativa fue, en el marco de las vicisitudes experimentadas por el proceso histórico-dogmático delimitador de la noción del Derecho administrativo sancionador, la formulación de REINHARD VON FRANK <sup>(15)</sup>, quien rechaza las concepciones diferenciadoras del injusto de policía, en cuanto injusto por virtud

---

(6) FEUERBACH, Paul Johann Anselm. von, *Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 1. Auflage, Giessen, 1801, especialmente parágrafo 22.

(7) BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Über das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechenens*, "Archiv des Criminalrechts", Neue Folge, 1834, pp. 149 ss., 179.

(8) BINDING, Karl. *Handbuch des Strafrechts*. 1. Band, Leipzig, 1885, p. 276.

(9) LISZT, Franz von, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 4. Auflage, Berlin, 1891, parágrafo 14.

(10) ABBEG, Julius Friedrich Heinrich, *Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft*, Neustadt a.d. Orla, 1836.

(11) KÖSTLIN, Christian Reinhold, *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, Tübingen, 1845, pp. 28 ss.

(12) LUDEN, Heinrich, *Handbuch des Deutschen Gemeinen und Particularen Strafrechts*. Band I, Jena, 1847, pp. 189 ss.

(13) BERNER, Aibert Friedrich, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 3. Auflage, Leipzig, 1866.

(14) HALSCHNER, Hugo. *Das Gemeine Deutsche Strafrecht*, Band I, *Die Allgemeinen Strafrechtlichen Lehren*, Bonn, 1881.

(15) FRANK, Reinhard von, *Studien zum Polizeistrafrechte*, Programm, Sr. Königl. Hoheit dem Grossherzoge von Hessen und bei Rhein, Ernst Ludwig, zum 25. August 1897 gewidmet von Rector und Senat der Landesuniversität, Giessen, 1897, pp. 215 ss.

de la ley, aun moralmente indiferente y de mera desobediencia, que no permite reconocer esencial separación entre el "Derecho penal criminal de Justicia" y el "Derecho penal administrativo de Policía".

En efecto, considera que los "delitos de policía" constituyen un grupo especial dentro de las acciones punibles, que junto a los delitos leves requieren menor solemnidad procesal penal que los delitos graves, y cuyo reconocimiento permitiría aligerar la "sobrecarga del Poder penal del Estado", pero sin precisar ser sustraídos de la competencia de los Tribunales ordinarios de la Justicia penal, en favor de los órganos de la Administración Pública, pues a la debida jurisdiccionalización penal sólo corresponde en este ámbito una simplificación procesal (16).

En cambio, la valoración de la juridicidad material ha sido contemplada por MAX ERNST MAYER (17) desde el punto de vista de las exigencias derivadas de las normas de cultura predominantes en cada contexto social, considerando en concreto que el delito criminal está siempre en contradicción con una norma de cultura y con una norma jurídica, en tanto que el ilícito administrativo se halla en contraste sólo con una norma jurídica.

Conforme a este planteamiento doctrinal, el injusto criminal es considerado injusto, tanto por virtud de la ley que lo prohíbe, como por su intrínseca nocividad cultural, mientras que el injusto policial lo es sólo en virtud de la ley que lo sanciona (18).

En el marco de una formulación diferenciadora, desde otra perspectiva, JAMES GOLDSCHMIDT (19) ha pretendido conferir un distinto contenido material de injusto, en relación con el fin de la norma jurídica, a los respectivos comportamientos sancionados, tanto en el orden penal como en el orden administrativo.

Estima efectivamente que, si bien el delito representa la rebelión de conducta contra el orden jurídico, la infracción administrativa integra la mera dejación de promover una actitud positiva, jurídicamente exigida, encaminada a conseguir el bien común, generándose con ello la causación de un perjuicio al bienestar normativamente pretendido: en tanto el "Derecho penal" aspira a la protección de bienes jurídicos, la "Administración pública"

(16) FRANK, Reinhard von, *l.u.c.*

(17) MAYER, Max Ernst, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, en "Strafrechtliche Abhandlungen", Heft 50, Breslau, 1903, pp. 115 s.; *Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, Lehrbuch*, 2. Auflage, Heidelberg, 1923, pp. 45 ss

(18) MAYER, Max Ernst, *l.u.c.*

(19) GOLDSCHMIDT, James, *Das Verwaltungsstrafrecht. Eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf Rechtsgeschichtlicher und Rechtsvergleichender Grundlage*, Berlin, 1902, p. 531.



persigue la promoción del bien estatal, a través de la aspiración al bienestar social (20).

Sobre la base de tales consideraciones axiológico-teleológicas, entiende que el "Derecho penal constitucional de Justicia" viene a contraponerse al "Derecho sancionador administrativo", que regula las manifestaciones de la actitud del ciudadano en relación con el concepto de un Estado administrador, que como tal encarna la voluntad de bienestar colectivo (21).

En su virtud, estima que la pretendida inserción unificadora del llamado "Derecho penal administrativo", en el general "Derecho penal constitucional de Justicia", integra una aspiración que no representa sino un "fanatismo jurídico", referido al Ordenamiento peculiar del Estado administrador (22).

En congruencia fundamental con el planteamiento doctrinal últimamente aludido, incidió asimismo substancialmente ERIK WOLF (23) en la tarea de configurar la diferenciada noción del denominado Derecho penal administrativo (24), bien que no procediendo a delimitarle conforme a características conceptuales u ontológicas, sino antes bien según criterios de referencia valorativa (25).

Tal entendimiento, en efecto, preconiza el postulado fundamental de que el autor de una infracción administrativa se comporta de un modo que muestra relevancia, no en el ámbito de tipicidad del Derecho penal, sino frente al bienestar general y, con ello, frente a los intereses de la Administración del Estado (26).

Considera que la contravención al Ordenamiento constituye un actuar, no propiamente contrario a Derecho, materialmente injusto, sino sólo socialmente descuidado, formalmente perturbador (27).

(20) GOLDSCHMIDT, James, *Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts*, en "GA", Band 49, 1903, pp. 82 ss.

(21) GOLDSCHMIDT, James, *l.u.c.* Cfr. Heinz MATTES, *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*, 1. Halbband, *Geschichte und Rechtsvergleichung*, nach dem Tode des Verfassers herausgegeben und fortgeführt von Dr. Herta Mattes, Duncker & Humboldt, Berlin, 1977, pp. 149 ss.

(22) GOLDSCHMIDT, James, *l.u.c.*

(23) WOLF, Erik, *Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem*, en "Festgabe für Reinhard von Frank", II. Band, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1930, pp. 525 ss.

(24) *Vid.* Heinz MATTES, *o.u.c.*, pp. 158 ss.

(25) *Vid.* Heinz MATTES, *l.u.c.*

(26) WOLF, Erik, *o.u.c.*, pp. 525 s., 561, 566.

(27) WOLF, Erick, *o.u.c.*, pp. 525 ss.

En los ilícitos administrativos reconoce también ciertamente un bien jurídico, pero estimado sólo como un bien de la Administración revestido de forma jurídica, no como un bien en el sentido material que corresponde a la valoración del Derecho penal criminal de Justicia, frente a la cual la Administración se limita a tratar de garantizar las condiciones de oportunidad y de utilidad, en orden al logro del bienestar social (28).

Ahora bien, estima que la diferencia esencial del hecho punible, apreciada en los dos ámbitos jurídicos de referencia, estriba, no propiamente en la tipicidad ni en el injusto, sino en parte en la culpabilidad y por completo en la índole de la autoría (29).

Y, en este sentido, por su parte, JOHANNES NAGLER (30) configura al Derecho penal administrativo como un "Derecho penal de orden", en el que la "Tercía de las contravenciones al Ordenamiento" es entendida propiamente como una teoría del injusto no criminal, de suerte que tales contravenciones debían ser eliminadas del Derecho penal (31).

A su vez, RICHARD LANGE (32) acentúa la necesidad del reconocimiento de un profundo contraste conceptual, entre los delitos y las meras contravenciones al Ordenamiento, que resulta derivado de la propia naturaleza de las cosas, y en cuanto tal se muestra condicionante de las pretensiones del legislador (33).

No obstante, estima que las contravenciones al Ordenamiento no se pueden compendiar en una unidad de sentido según su "naturaleza", sino exclusivamente en cuanto "valoradas" en un plano jurídico-positivo (34).

En suma, considera que ha de tenerse presente la diversidad de "ser" y de "valor" entre ambas categorías delictivas propuestas, toda vez que no puede desconocerse que al desvalor ético-socialmente pretendido por un grupo se contrapone la conciencia de la neutralidad de valor sustentada por otro (35).

(28) WOLF, Erik, *o.u.c.*, pp. 561 ss.

(29) WOLF, Erik, *Vom Wesen des Täters*, Tübingen, 1933, pp. 30 ss.

(30) NAGLER, Johannes, *Leipziger Kommentar, Vorbemerkung vor § 13*, Band 7, 6. Auflage, herausgegeben von Johannes Nagler in Gemeinschaft mit anderen, Berlin, 1944, pp. 138 ss.

(31) NAGLER, Johannes, *l.u.c.*

(32) LANGE, Richard, *Ordnungswidrigkeiten als Vergehen*, en "GA", 1953, pp. 3 ss.

(33) LANGE, Richard, *Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre; zugleich ein Beitrag zum Unrechtsbegriff bei den Zuwiderhandlung*, en "JZ", 1956, pp. 73 ss., 79.

(34) LANGE, Richard, *l.u.c.*

(35) LANGE, Richard, *l.u.c.*

A partir de este desarrollo básico, el discurso dialéctico de la "Teoría de las contravenciones al Ordenamiento", como fundamentación del "Derecho sancionador administrativo", ha permitido la invocación, por parte de distintos sectores de doctrina, de una amplia diversidad de criterios de formulación de la indicada propuesta teórica <sup>(36)</sup>.

Entre tales criterios de configuración, cabe resaltar el reconocimiento del contraste de individuo (ser personal) y sociedad (naturaleza social) como base de la Teoría de las contravenciones administrativas o contravenciones al Ordenamiento <sup>(37)</sup>; la consideración de las contravenciones al Ordenamiento como contraposiciones a los intereses administrativos <sup>(38)</sup>; la evaluación de las contravenciones al Ordenamiento como meras contrariedades al orden <sup>(39)</sup>; la caracterización de las contravenciones al Ordenamiento como injustos moralmente indiferentes <sup>(40)</sup>; y la estimación de una pretendida fundamentación jurídico-natural de la Teoría de las contravenciones al Ordenamiento <sup>(41)</sup>.

Ante la ausencia de nitidez en la delimitación teórica entre el injusto penal y el ilícito administrativo, en definitiva, unos sectores de la doctrina postulan la exigencia de una delimitación mixta de índole cualitativo-cuantitativa, en tanto otros sectores asumen una diferenciación meramente cuantitativa en orden a la fundamentación de un contraste puramente gradual entre el delito y la contravención <sup>(42)</sup>.

Y, en conclusión, se ha propugnado, por mor de imperativos de naturaleza jurídico-constitucional, la consideración de la procedencia de criminalización de aquellas infracciones que conllevan sanciones administrativas de contenido económico, tan desproporcionadas en relación con las establecidas por la legislación penal que, en su virtud, merecen quedar bajo la garantía del conocimiento jurisdiccional <sup>(43)</sup>.

---

(36) MATTES, Heinz, *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*, 2. Halbband, *Geltendes Recht und Kritik*, nach dem Tode des Verfassers herausgegeben und bearbeitet von Dr. Herta Mattes, Duncker & Humblot, Berlin, 1982, pp. 93 ss.

(37) *Vid.* Heinz MATTES, *o.u.c.*, pp. 93 ss.

(38) *Vid.* Heinz MATTES, *o.u.c.*, pp. 126 ss.

(39) *Vid.* Heinz MATTES, *o.u.c.*, pp. 154 ss.

(40) *Vid.* Heinz MATTES, *o.u.c.*, pp. 199 ss.

(41) *Vid.* Heinz MATTES, *o.u.c.*, pp. 247 ss.

(42) *Vid.* Heinz MATTES, *o.u.c.*, pp. 436 ss.

(43) MATTES, Heinz, *o.u.c.*, pp. 470 ss.

### III — Problemas prácticos

Las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, no sólo plantean dificultades de delimitación de carácter teórico, que inciden sobre la configuración técnica de ambos sectores del Ordenamiento positivo, sino que también suscitan graves problemas prácticos, de incalculable trascendencia en el ámbito de las consecuencias jurídicas de contenido sancionador.

La relevancia de la suerte de problemas a que ahora se hace referencia es perceptible a cada paso, a lo largo del dilatado proceso de ejecución de las normas administrativas, en el marco de la puesta en ejecución práctica del Ordenamiento sancionador por parte de la Administración pública.

En efecto, la gravedad de los problemas prácticos, suscitados por los términos de delimitación establecidos en el Ordenamiento positivo entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, se aprecia acaso de un modo particular en dos grandes órdenes de cuestiones, a las que se va a hacer referencia seguidamente por separado.

Se alude, en concreto, en primer lugar, a la excesiva cuantía de las sanciones administrativas pecuniarias (1), establecidas con harta frecuencia en innumerables disposiciones del vigente Ordenamiento administrativo; y, en segundo término, a la propia suprestimación de ciertos ámbitos de competencia legalmente atribuidos a la Administración Pública (2), que llegan incluso a comprometer, en determinados supuestos, los fundamentales principios de atribución constitucional de competencias a los distintos Poderes del Estado, como tales sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico (44), y en particular al Poder Judicial (45), en relación con el Gobierno y la Administración Pública.

1) Extralimitación de la cuantía de las sanciones administrativas pecuniarias.

Abarcan un ámbito regulativo tan dilatado estas hipótesis básicas de supradeterminación de las sanciones administrativas pecuniarias que, sin duda, no sería posible ni siquiera enunciar los supuestos de disposiciones de nuestro Ordenamiento jurídico que adolecen de una tan grave deficiencia valorativa.

En su virtud, nos limitaremos a hacer alusión, a título meramente ejemplificativo, a algunos de los supuestos en los que la

(44) Art.º 9.1 de la Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978 dispone:

“Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la constitución y al resto del Ordenamiento jurídico.”

(45) Artículos 97 y siguientes de la Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978.

magnitud de la sanción administrativa de contenido económico se muestra inconmensurablemente superior a la cuantía de las penas de multa que mantiene en vigor el Código penal español, no ya para la totalidad de las faltas sancionadas con esta índole de pena, en el Libro III (De las faltas y sus penas) del citado cuerpo legal, sino incluso para la virtual generalidad de las infracciones constitutivas de delito que, dentro del articulado del Libro II (De los delitos y sus penas), son conminadas con la aludida pena pecuniaria.

Es de recordar, a este respecto, que la cuantía de la pena de multa como criterio de delimitación entre delitos y faltas, conforme al sistema bipartito de clasificación de las infracciones penales, sustentado por el vigente Código penal español, está legalmente fijada en el importe de 30.000 pesetas.

Así, el artículo 28 del Código penal establece que la multa, cuando se impusiere como pena principal única, se reputará grave cuando fuere de 30.000 pesetas o más, y leve cuando no llegare a la suma señalada anteriormente <sup>(46)</sup>.

Por su parte, el artículo 6 del Código penal dispone que son delitos las infracciones que la ley castiga con penas graves, y son faltas las infracciones a que la ley señala penas leves <sup>(47)</sup>.

De esta suerte, en efecto, la totalidad de las faltas que son penalmente conminadas, en el Libro III del Código penal, con la sanción pecuniaria de multa, en su respectiva cuantía, no rebasarán en todo caso el importe máximo, legalmente fijado, de 30.000 pesetas, que constituye la línea fronteriza de las penas pecuniarias correspondientes a las infracciones penales más graves representadas por los delitos, respecto de las de menor gravedad, integradas por las faltas.

Por lo que a los delitos respecta, baste señalar como botón de muestra, entre los comportamientos delictivos a los que se establece la pena de multa, en orden a una estimación del nivel de la respectiva cuantía penal pecuniaria, los siguientes tipos legales:

---

(46) Art.º 28 del Código penal:

“La multa, cuando se impusiere como pena principal única, y la privación del permiso de conducción se reputarán:

1.º — Graves, cuando la multa fuere de 30.000 pesetas o más y la privación del permiso de conducción fuera por tiempo superior a tres meses.

2.º — Leves, cuando la multa no llegare a la suma señalada en el párrafo anterior y la privación del permiso de conducción no sea superior a tres meses.”

(47) Art.º 6 del Código penal:

“Son delitos las infracciones que la ley castiga con penas graves.

Son faltas las infracciones a que la ley señala penas leves.”

El delito de injurias graves por escrito y con publicidad es sancionado, junto a la pena alternativa de arresto mayor o destierro, con la acumulativa de multa de 30.000 a 300.000 pesetas <sup>(48)</sup>, y, no concurriendo aquellas circunstancias, con las penas de destierro y multa de 30.000 a 150.000 pesetas <sup>(49)</sup>, en tanto que las injurias leves por escrito y con publicidad serán exclusivamente castigadas con penas de multa de 30.000 a 600.000 pesetas <sup>(50)</sup>; la conducta de allanamiento de morada del particular que entrare en morada ajena o, sin habitar en ella, se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, será castigado con arresto mayor y multa de 30.000 a 150.000 pesetas <sup>(51)</sup>; el delito de amenazas no condicionales es sancionado con la pena de arresto mayor y multa de 30.000 a 150.000 pesetas <sup>(52)</sup>; la utilización ilegítima de vehículos de motor ajenos, cualquiera que fuere su clase, potencia o cilindrada, será castigada, alternativamente, con la pena de arresto mayor o con la de multa de 30.000 a 300.000 pesetas <sup>(53)</sup>; los daños, no comprendidos en los tipos legales específicamente cualificados, cuyo importe pase de 30.000 pesetas, serán castigados con la multa de 30.000 a 200.000 pesetas <sup>(54)</sup>; el libramiento de cheque en descubierto es castigado con la pena de arresto mayor o, alternativamente, con la de multa de 30.000 a 300.000 pesetas <sup>(55)</sup> ...

En contraste con el criterio valorativo predominante en el articulado del Código penal, la Legislación administrativa sancionadora alcanza, en el marco del vigente Ordenamiento jurídico español, unas cotas de tal magnitud económica que hacen pensar al observador imparcial que debe haberse padecido un craso error axiológico de apreciación.

En efecto, a juzgar por el alcance de las respectivas sanciones pecuniarias, determinadas infracciones administrativas son desvaloradas como delitos graves, mientras la mayoría de los delitos y, por supuesto, todas las faltas, estimados acreedores de una acción penal pecuniaria, son degradados por debajo de la categoría de las contravenciones administrativas incuridas en una sanción de esta índole.

(48) Art.º 459, párrafo primero, del Código penal.

(49) Art.º 459, párrafo segundo, del Código penal.

(50) Art.º 460 del Código penal.

(51) Art.º 490, párrafo primero del Código penal.

(52) Art.º 493, 2.º, del Código penal.

(53) Art.º 516 bis del Código penal.

(54) Art.º 563 del Código penal.

(55) Art.º 563 bis b) del Código penal.

El pintoresco fenómeno denunciado, ciertamente tan anómalo como paradójico en un Orden de Derecho, puede advertirse en numerosos supuestos de infracciones administrativas, de los que son una muestra las siguientes hipótesis:

A) Un variado conjunto de infracciones administrativas atentatorias contra los recursos naturales y régimen de viviendas incorporan cuantías, más o menos dispares entre sí, aunque todas ellas desorbitadamente elevadas, de sanciones administrativas de contenido pecuniario.

a) El art. 108 de la Ley de Aguas describe entre las infracciones administrativas, sancionadas con una multa que puede ascender hasta 50.000.000 de pesetas, la conducta de la derivación de agua de sus cauces y el alumbramiento de aguas subterráneas sin la correspondiente concesión o autorización, <sup>(56)</sup> incidiendo con el ámbito típico de la falta de sustracción de aguas de ajena pertenencia o distracción de su curso, descrita en el art. 599 del Código penal, cuya penalidad en ningún caso puede llegar a 30.000 pesetas <sup>(57)</sup> o en la modalidad delictiva de usurpación del art. 518 del Código penal, que prevé una multa del 50 al 100 por ciento de la utilidad reportada <sup>(58)</sup>.

b) El art. 12, en relación con el art. 13 de la Ley de Protección del ambiente atmosférico, prevé el establecimiento de hasta 1.500.000 pesetas por la contaminación atmosférica o el suministro ilegal de combustibles o carburantes <sup>(59)</sup>, que incide con el ámbito de descripción contenida en el tipo de delito ecológico del art. 347 bis del Código penal <sup>(60)</sup>, matizándose que la disposición administrativa establece la indicada sanción pecuniaria "sin perjuicio de la exigencia, en su caso, de las correspondientes responsabilidades civiles y penales" <sup>(61)</sup>.

c) El art. 8 del Real Decreto-Ley 31/1978, sobre viviendas de protección oficial, establece para las infracciones a las normas de este régimen legal de viviendas la sanción de multas de hasta 1.000.000 de pesetas, puntualizando que, si en un solo expediente se estimaren faltas de distinta naturaleza, cada una de ellas podrá

(56) Art.º 108 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas.

(57) Art.º 599 del Código penal.

(58) Art.º 518 del Código penal.

(59) Artículos 12 y 13 de la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, sobre Protección del Ambiente Atmosférico.

(60) Art.º 347 bis del Código penal.

(61) Art.º 12, 1, párrafo primero, de la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, sobre Protección del Ambiente Atmosférico.

ser objeto de la correspondiente sanción, y cuando la falta o faltas afecten a varias viviendas podrán imponerse tantas sanciones como faltas se hallan cometido en cada vivienda (62). Este criterio sancionador, no solamente interfiere en la esfera típica de diversos supuestos delictivos como estafa, apropiación indebida, defraudaciones, alzamiento de bienes... , sino que instaura un nuevo régimen de concurrencia acumulativa puramente aritmética, frente a la acumulación jurídica prevista para el concurso de delitos (63).

d) El art. 6 de la Ley 57/1968, reguladora de percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, al disponer que el incumplimiento para el promotor de lo dispuesto en esta ley será sancionado con una multa por cada infracción, sin perjuicio de la competencia de los tribunales de justicia (64), incurre en flagrante vulneración del principio de prohibición de la doble incriminación, al tiempo que no se muestra congruente ni con las exigencias del delito masa (65) ni con la de la responsabilidad del actuar en nombre de otro (66).

B) Las materias de orden público, de patrimonio histórico y de sanidad, por su parte, como no podía ser menos, no quedan en el olvido legislativo, ni por consiguiente privadas del rigor sancionatorio en el orden pecuniario de que hace tan espléndida gala el Ordenamiento regulador de la actuación de la Administración Pública española.

a) La Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959 dispone, en su art. 18, que las autoridades gubernativas podrán sancionar los actos contra el orden público sin perjuicio de la competencia de los tribunales o autoridades de otra jurisdicción (67), si bien el art. 2 del Real Decreto-Ley 6/1977, de 25 enero, por el que se modifica la presente Ley, establece que no se impondrán conjuntamente sanciones gubernativas y sanciones penales por unos mismos hechos. Es en todo caso altamente inquietante la complementación de este precepto, al disponer que "cuando los actos contrarios al orden público puedan revestir caracteres de delito, las autoridades gubernativas enviarán a la judicial competente los antecedentes gubernativos y las actuaciones practicadas para que

---

(62) Art.º 8 del Real Decreto-Ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre Política de Viviendas de Protección Oficial. Art.º 58 del Real Decreto 3.148/1978, de 10 de noviembre.

(63) Art.º 70 del Código penal.

(64) Art.º 6 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, reguladora de la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

(65) Art.º 69 bis del Código penal.

(66) Art.º 15 bis del Código penal.

(67) Art.º 18 de la Ley 49/1959, de 30 de julio, de Orden Público.



ésta proceda a su enjuiciamiento" (68), pues de tal suerte en último extremo aquélla decidirá sobre el conocimiento o no de la judicial.

El art. 2 de la citada Ley de Orden Público, en sus apartados a), b), c), d), e), f), g), h), describe como actos contrarios al orden público una serie de comportamientos que todos ellos tienen relevancia típica y son objeto de conminación penal, en tanto que el art. 2, i), al aludir a los que de cualquier otro modo no previsto en los párrafos anteriores faltaren a lo dispuesto en la presente ley o alterasen la paz pública o la convivencia social, configura un tipo de infracción administrativa completamente abierto e indeterminado, que al igual que las restantes infracciones de orden público pueden ser sancionadas administrativamente con multas de hasta 5.000.000 de pesetas (69).

b) Los arts. 75 y 76, en relación con el art. 26 de la Ley del Patrimonio Histórico Español prevé como infracción administrativa la exportación ilegal de bienes del patrimonio histórico español, que puede ser sancionada con una multa administrativa de hasta 100.000.000 de pesetas (70), en una configuración que entra en colisión, de una parte, con el delito de contrabando descrito en el art. 1 de la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, que modifica la legislación vigente en materia de contrabando y regula los delitos e infracciones administrativas en la materia (71), así como, de otro lado, eventualmente con los tipos legales de delito de robo (72) y hurto (73) y daños (74) conminados en el Código penal.

c) Con mayor precisión que las anteriores disposiciones administrativas, la Ley General de Sanidad prevé que, en los supuestos en que las infracciones en materia de sanidad pudieran ser constitutivas de delito, la Administración pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente y se abstendrá de seguir procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme (75), disponiendo que en ningún caso se impondrá una doble sanción por los mismos hechos y en función de los mismos intereses públicos protegidos (76). No obstante, es de resaltar la notoria

(68) Art.º 2 del Real Decreto-Ley 6/1977, de 25 de enero, por el que se modifica la Ley de Orden Público.

(69) Art.º 19 de la Ley 49/1959, de 30 de julio, de Orden Público.

(70) Artículos 75, 76 y 26, Disposición adicional 1.ª y Disposición final de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

(71) Artículos 1 y 2 de la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, que modifica la legislación vigente en materia de contrabando y regula los delitos e infracciones administrativas en la materia.

(72) Art.º 506, 7.º del Código penal.

(73) Art.º 516, 2.ª del Código penal.

(74) Art.º 558, 5.º y art.º 563 bis a) del Código penal.

(75) Art.º 32 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

(76) Art.º 33 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

indeterminación de las infracciones sanitarias en diversos supuestos (77), la duplicidad de descripción normativa de infracciones que tienen relevancia típica en otros casos (78), y la incorporación en el art. 13 de una disposición un tanto utópica e indeterminada al disponer que "el Gobierno aprobará las normas precisas para evitar el intrusismo profesional y la mala práctica" (79).

C) Diversos ámbitos de infracciones administrativas son tan severamente sancionadas que parecen hacer evidente la exigencia de incriminación penal de determinadas materias, entre las que cabe resaltar:

a) La Ley de Protección Civil prevé el establecimiento de sanción administrativa de multa de hasta 100.000.000 de pesetas (80) a infracciones de la presente Ley, entre las que figura el incumplimiento de las obligaciones de colaboración personal y material con la protección civil (81), que tanto por la gravedad de la sanción administrativa impuesta como por la entidad sustancial de injusto merecería ser incorporada en un tipo delictivo de omisión.

b) La Ley del Suelo prevé determinadas infracciones urbanísticas, que constituyan incumplimiento a las normas relativas a parcelaciones, uso del suelo, altura, volumen y situación de las edificaciones y ocupación permitida de la superficie de las parcelas, a las que podrá imponerse la sanción administrativa de la multa de hasta 100.000.000 de pesetas (82), a nuestro juicio, merece ser incorporada en el texto del Código penal, en un sentido similar al contenido en el art. 307 de la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal (83).

c) En materia de delitos e infracciones monetarias, respectivamente descritos en los arts. 8 y 10 de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, modificada en su aspecto penal por la Ley Orgánica 10/1983, de 16 de agosto, sobre régimen jurídico de control de cambios (84), estimamos procedente *de lege ferenda* la incorporación de una infracción penal de gravedad intermedia constitutiva de falta.

d) De manera análoga, entre los tipos de delitos de contrabando descritos en el art. 1 de la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de

(77) Art.º 35, c), 1.ª y 2.ª, de la Ley 15/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

(78) Art.º 35, c) 4.ª, 5.ª y 6.ª de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

(79) Art.º 13 de la Ley 14/1986, General de Sanidad.

(80) Art.º 19, 5 de la Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre Protección Civil.

(81) Art.º 19, 2, a), inciso primero, de la Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre Protección Civil.

(82) Artículos 226, 227 y 228 de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, Texto refundido aprobado por Real Decreto 1.346/1976, de 9 de abril.

(83) Art.º 307 de la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal.

(84) Artículos 6 y 10 de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, modificada en su aspecto penal por la Ley Orgánica 10/1983, de 16 de agosto, sobre Régimen jurídico de control de cambios.

julio <sup>(85)</sup>, y las infracciones administrativas de contrabando previstas en el art. 12 de la citada ley, en función de valor de los géneros o efectos objeto de las mismas en cuantía inferior a 1.000.000 de pesetas <sup>(86)</sup>, estimamos procedente la configuración de *iure condendo* de una infracción penal intermedia constitutiva de falta criminal.

e) La configuración por la Ley de Montes de la infracción administrativa de la invasión, ocupación y roturación de montes incluidos en el catálogo de los de utilidad pública, o de superficies forestales de dominio privado incluidas en el inventario de montes protectores o que estuvieren vedados al pastoreo en los montes no catalogados que se hallaren en régimen de repoblación o en consorcio con el Estado, merece, cuando menos, una equiparación sancionadora a las faltas de pastoreo abusivo con causación de daños y de quema de rastrojos u otros productos forestales, así como otras faltas contra la propiedad que comporten entrada en heredad ajena o daños en predios rurales <sup>(87)</sup>, en el sentido de que todas ellas deben ser objeto de una estricta simplificación en su configuración típica como modalidades de faltas de daño contra el patrimonio ajeno, en sentido similar al previsto por el art. 597 de la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal.

## 2) Exasperación legal de la atribución de competencias a la Administración Pública.

Como queda anteriormente consignado, no sólo la Administración Pública asume legalmente, en el ámbito sancionador pecuniario, determinadas atribuciones jurídicas que resultan abiertamente *excesivas*, sino que incluso, en algunos supuestos, el alcance de sus competencias incide en el marco jurídico propio de la materia de incriminación cuya descripción compete al Código penal.

En efecto, si bien como principio básico, en el plano de sus relaciones con la esfera de la tipicidad, la Administración Pública se halla sometida a la jurisdiccionalización inherente a la materia criminal, habiendo de colaborar directamente con la Justicia penal en la medida requerida para el exacto cumplimiento de las resolu-

(85) Art.º 1 de la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, que modifica la Legislación vigente en materia de contrabando y regula los delitos e infracciones administrativas en la materia.

(86) Art.º 12 de la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, que modifica la Legislación vigente en materia de contrabando y regula los delitos e infracciones administrativas en la materia.

(87) Artículos 587, 2.º, 588, 1.º, 2.º, 3.º, 589, 1.º, 2.º, 590, 591, 1.º, 2.º, 3.º, 592, 593, 594, 596 y 598 del Código penal.

ciones judiciales, en ocasiones, por imperativo de la propia Legislación penal, se confieren a la Administración Pública ciertos márgenes de competencia, que pueden en alguna manera interferir o condicionar por parte de ésta el normal ejercicio del *ius puniendi* estatal.

Tales asignaciones normativas de competencia administrativa no implican, desde luego, dejación de funciones jurisdiccionales ni mandato delegado de las mismas. Ahora bien, en el marco de las previsiones típicas de ciertas figuras legales de delito, vienen a comportar sólo determinadas facultades que, en todo caso, implican auténtica incidencia, por parte de la Administración Pública, en la materia de la prohibición de las leyes penales.

Acaso uno de los ejemplos más significativos que los sistemas legislativos penales a este respecto mantienen en vigor se halle representado por la inclusión, en determinados tipos de delito, de ciertas condiciones objetivas de perseguibilidad, que condicionan la efectiva penalidad de determinados comportamientos delictivos a una previa actuación de la Administración Pública.

Entre las condiciones objetivas de perseguibilidad que sustentan vigencia positiva en el Ordenamiento penal español, aparece consignada la que se contiene en el tipo de delito de acusación y denuncia falsa, descrito y sancionado en el art. 325 del Código penal, en los términos de una configuración típica subjetiva, portadora de un elemento subjetivo del injusto <sup>(88)</sup>.

a) El art. 325, párrafo primero, del Código penal español dispone que los que imputaren falsamente a alguna persona hechos que, si fueran ciertos, constituirían delito o falta de los que dan lugar a procedimiento de oficio, si esta imputación se hiciera ante funcionario administrativo o judicial que por razón de su cargo delibera proceder a su averiguación y castigo, serán castigados con

(88) Art.º 325 del Código penal dispone:

“Los que imputaren falsamente a alguna persona hechos que, si fueran ciertos, constituirían delito o falta de los que dan lugar a procedimiento de oficio, si esta imputación se hiciera ante funcionario administrativo o judicial que por razón de su cargo debiera proceder a su averiguación y castigo, serán sancionados:

1.º Con las penas de prisión menor y multa de 30.000 a 150.000 pesetas, si se imputare un delito.

2.º Con la de arresto mayor y la misma multa, si la imputación hubiere sido de una falta.

No se procederá, sin embargo, contra el denunciador o acusador sino en virtud de sentencia firme o auto, también firme, de sobreseimiento del Tribunal que hubiere conocido del delito imputado.

Este mandará proceder de oficio contra el denunciador o acusador, siempre que de la causa principal resultaren méritos bastantes para abrir el nuevo proceso”.

la pena de prisión menor y multa, si se imputare un delito, y con la de arresto mayor y multa, si la imputación hubiere sido de una falta.

La delimitación típica de este delito incorpora en su contenido valorativo la ponderación de una diversidad de "bienes jurídicos", de dispar naturaleza, entre los que resalta uno de carácter transpersonalista, cual es el interés legítimo de la correcta Administración de Justicia, y otro de naturaleza individual, cual es el concepto penal de honor de la persona singularmente aludida por la acusación o denuncia falsa.

En la ponderación normativa de ambos bienes jurídicos tutelados en esta disposición, la sistemática del Código penal español ha dado "prioridad valorativa" al bien jurídico supraindividual representado por el interés de una correcta Administración de Justicia, que requiere una exigencia de veracidad en la manifestación de voluntad del particular, respecto a la Administración de Justicia, proferida ante funcionario administrativo o judicial que, precisamente por razón de su cargo, debiera proceder a la averiguación y castigo de la imputación de delito o falta perseguible de oficio.

La estructura típica de este delito corresponde a la configuración de un "delito pluriofensivo" que, a través de una manifestación unitaria de comportamiento, implica incidencia típica sobre una dualidad de bienes jurídicos, nítidamente diferenciables entre sí y requeridos ambos, separadamente, de tutela penal.

La garantía jurídico-penal del honor personal, respecto de la conducta de falsa imputación de la comisión de un delito, es provista por el legislador penal en el marco de los delitos contra el honor, al determinar la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio como contenido sustancial del delito de calumnia, en el art. 453 del Código penal español<sup>(89)</sup>, y, en su caso, de injuria grave, en el marco de la delimitación del tipo de delito de injurias graves que describe y sanciona el art. 458, 1.º, del Código penal<sup>(90)</sup>.

De esta suerte, idéntica manifestación de voluntad falsaria de conducta, constituida por la falsa imputación de la comisión de

(89) Art.º 453 del Código penal establece:

"Es calumnia la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio".

(90) Art.º 458, 1.º, del Código prescribe:

"Son injurias graves:

1.º La imputación de un delito de los que no dan lugar a procedimiento de oficio".

un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio, sería constitutiva de calumnia del art. 453 del Código penal, si la manifestación es realizada ante persona no cualificada funcionalmente, y, por el contrario, sería constitutiva del delito de acusación y denuncia falsa si tal imputación fuere realizada ante funcionario administrativo o judicial que por razón de su cargo debiera proceder a su averiguación y castigo.

La ponderación jurídico-penal de la competencia funcional, que legalmente corresponde al funcionario público administrativo o judicial, es tenida en cuenta en orden a la determinación del contenido material de injusto propio del tipo de acusación y denuncia falsa, de conformidad con la configuración peculiar de un delito pluriofensivo, que simultáneamente atenta a un bien jurídico individual, cual es el honor, y a un bien jurídico transpersonalista, como es el interés de veracidad para con la Administración de Justicia y, en definitiva, la propia corrección del ejercicio del Poder Judicial.

Ahora bien, interesa resaltar críticamente, de un lado, la excesiva gravedad con que se ponderan algunos elementos circunstanciales de cualificación del tipo básico de calumnia, cuales son los constituidos por la propagación de la misma por escrito y con publicidad, por cuanto en virtud de la concurrencia de tales elementos típicos de índole circunstancial la gravedad de la sanción penal *in totum* aplicable excedería incluso de la asignada para el delito pluriofensivo de acusación y denuncia falsa proferida ante el funcionario público, por la falsa atribución de la comisión de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio.

En efecto, en el tipo uniofensivo de calumnia con publicidad se prevé, para la hipótesis descrita, junto a idéntica penalidad privativa de libertad de prisión menor que la asignada al delito de acusación y denuncia falsa, una sanción pecuniaria que justamente duplica el alcance máximo de la cuantía de la multa que se determina para el tipo de acusación y denuncia falsa.

Junto a la referencia cuantitativa, reveladora de tan desmesurada intensidad punitiva de la calumnia con publicidad, es perceptible otra deficiencia técnica, acaso aún de mayor gravedad, en la dimensión cualitativa de la configuración del tipo pluriofensivo de acusación y denuncia falsa, que como tal implica además una incidencia en el mecanismo de correcto funcionamiento de la Administración de Justicia de la que pueden derivar trascendentes consecuencias jurídicas.

A tal respecto, merece especial consideración crítica la "ponderación uniforme", que la norma penal efectúa al configurar el tipo de acusación y denuncia falsa, de las atribuciones que corres-

ponden al funcionario público administrativo o judicial, en orden a la actuación procedente en el ejercicio de sus respectivas funciones públicas, en relación con la verificación de la atribución de pretendida comisión de la conducta delictiva objeto de la falsa imputación.

La norma penal efectúa una "equiparación funcional" de funciones diversas entre sí, que valorativamente no resulta adecuada al propio contenido de las funciones, por la dispar relevancia de las eventuales consecuencias oficialmente dimanantes de los cometidos propios ya del funcionario administrativo ya de la autoridad judicial, respecto al interés jurisdiccional de veracidad para con la Administración de Justicia, que la norma penal trata de garantizar en el tipo legal de referencia.

Más aún, prescindiendo de la generalizadora "asimilación valorativa" de ambas titularidades de la función pública y de las respectivas delimitaciones de sus singulares cometidos, ante la falsa imputación de la comisión de un delito perseguible de oficio, mayor gravedad sustenta la inclusión de la condición objetiva de perseguibilidad en el tipo legal de acusación y denuncia falsa.

b) El art. 325, párrafo segundo, del Código penal (91) establece, como "condición objetiva de perseguibilidad", la exigencia de que no se procederá, sin embargo, contra el denunciador o acusador sino en virtud de sentencia firme o auto también firme de sobreseimiento del Tribunal que hubiere conocido del delito imputado.

La relevancia de las funciones públicas valoradas en el contexto típico de la acusación y denuncia falsa, de este modo, viene a adquirir un tratamiento diversificador en el plano típico de la condición objetiva de perseguibilidad, según se trate de funcionario público administrativo o bien judicial.

Así pues, la significación típica de la condición objetiva de perseguibilidad queda circunscrita a la esfera de competencia propia del "órgano jurisdiccional", único legalmente competente para pronunciar sentencia o auto firmes de sobreseimiento del delito falsamente imputado.

De esta suerte, el reconocimiento de relevancia funcional entre ambas titularidades de la función pública evidencia una garantía del bien jurídico protegido, que típicamente viene a resultar supeditada a la verificación del ejercicio funcional de

(91) Art.º 325, párrafo segundo, del Código penal, dispone:

"No se procederá, sin embargo, contra el denunciador o acusador sino en virtud de sentencia firme o auto, también firme, de sobreseimiento del Tribunal que hubiere conocido del delito imputado".

competencia judicial constatada en el sobreseimiento del delito objeto de la falsa imputación.

El reconocimiento de la exclusiva competencia jurisdiccional a los Tribunales de Justicia, que han de proceder al sobreseimiento del delito objeto de la falsa imputación, permite una dual interpretación del "rol" desempeñado por la Administración Pública no jurisdiccional, aunque desde luego también vinculada asimismo a las exigencias de la debida practicabilidad de las respectivas diligencias de averiguación del presunto comportamiento delictivo, objeto de imputación, en el siguiente doble sentido.

De un lado, cabría entender que, ante la ausencia de verificación de indicios de criminalidad apreciable en la conducta del falsamente acusado o denunciado, procedería una "automática puesta en conocimiento" de la Autoridad Judicial competente, en orden a la correspondiente resolución firme de sentencia o auto de sobreseimiento del delito falsamente imputado.

En este contexto interpretativo, la Administración Pública efectivamente colaboraría, de un modo indirecto pero lógicamente coherente, a la correcta Administración de Justicia, que como cometido constitucional incumbe al Poder Jurisdiccional, por cuanto, practicadas las diligencias propias de su competencia administrativa, habría de poner en conocimiento de la Autoridad Judicial el exacto resultado obtenido en las mismas, a los pertinentes efectos de la aplicación por ésta de la legislación penal y de enjuiciamiento criminal.

Ahora bien, una tal exigencia de automática puesta en conocimiento judicial del resultado de las diligencias administrativas practicadas por los funcionarios del Ejecutivo, ante cualesquiera acusaciones o denuncias falsas de comisión de delito perseguible de oficio, en verdad, en el Ordenamiento positivo, "no es requerida" expresa ni taxativamente, a tenor de la disposición legal vigente.

De otro lado, en torno a la procedencia de una exigencia de inmediato traslado de las actuaciones administrativas a la Autoridad Judicial penal, es representable el supuesto de que la práctica de tales diligencias no haya sido efectuada por parte de los funcionarios administrativos que, aun debiendo teóricamente coadyuvar directa e inmediatamente a la Administración de Justicia criminal, ostenten el desempeño de funciones que no asuman carácter cautelar ni preventivo en materia penal, ni mantengan relación objetiva alguna con la misma, en el marco de titularidad de unas competencias, distanciadas *ratione naturae* de las genuinas funciones sancionadora y preventiva de los delitos y las faltas.

Ante la extraordinaria amplitud y diversidad de las funciones que incumben a la Administración Pública, sería de todo punto



necesario incorporar, en la tipificación del delito de acusación y denuncia falsa, la exigencia normativa de una inmediata y directa puesta en conocimiento de la Autoridad Judicial de "todas las imputaciones de comisión de delitos", de que tuvieran noticia cualesquiera órganos de la Administración Pública.

La actual imprevisión normativa de tan dispares situaciones funcionariales, así como de la eventual ausencia de la colaboración administrativa en la persecución y prevención de delitos y faltas, constituye una grave deficiencia típica, de que adolece la incriminación positiva del comportamiento de acusación y denuncia falsa, que incide directamente en el particular que resulta afectado, en su honor personal, por la falsa imputación de la comisión de delito perseguible de oficio.

Ante tales supuestos de "ausencia de ejercicio de actividad administrativa" investigadora, se genera una evidente "situación de indefensión" del titular de uno de los bienes jurídicos esencialmente protegidos en el tipo *pluriofensivo de acusación y denuncia falsa*, el honor, en contraste por demás con la garantía provista por la norma penal al mismo bien jurídico del honor personal, frente a idéntica imputación falsa de comisión de delito perseguible de oficio, en el tipo de calumnia del art. 453 del Código penal.

De esta suerte, se abre una paradójica situación de eventual "prevalencia prepotente de la Administración Pública", respecto de la debida garantía de los derechos fundamentales de la persona, que no admite resolverse *de lege lata* en sede normativa de la legislación penal vigente, diversificadamente tipificadora de los delitos de acusación y denuncia falsa y de calumnia, en relación con la tutela penal de idéntico bien jurídico del honor personal.

En efecto, puesto que el delito de acusación y denuncia falsa incorpora un singular elemento típico esencial, cual es la exigencia de que la falsa imputación haya sido realizada "ante funcionario administrativo o judicial", en virtud del principio de especialidad, procederá subsumir la conducta realizada ante tal funcionario público precisamente en el tipo de acusación y denuncia falsa, en lugar de calificarla conforme al tipo de calumnia, toda vez que la norma penal especial tiene prioritaria aplicación frente a la norma penal general.

Eu su virtud, en la eventual hipótesis de que la Administración Pública, en innumerables esferas de su cometido oficial, "no provea a la averiguación por sí ni a la puesta en conocimiento" de la Autoridad Judicial de las actuaciones relativas a la falsa imputación de delito, indefectiblemente, colocará al titular afectado en el bien jurídico del honor en clara e inevitable "situación de indefensión".

Con tan verosímil proceder administrativo se veta legalmente la perseguibilidad de la acusación y denuncia falsa. Y, al propio tiempo, con tal hipotética actitud administrativa, se obsta asimismo recurrir al amparo de la garantía provista en el tipo legal de calumnia, puesto que, en el concurso de leyes suscitado entre las normas incriminadoras de la calumnia y de la acusación y denuncia falsa, prevalecerá la prioritaria aplicación de esta disposición legal sobre aquélla, por exigencias del principio de especialidad.

La situación de indefensión generada, no sólo conculca el principio constitucional de igualdad, cuya garantía es exigible en el Ordenamiento jurídico conjunto, sino que además revela un sensible vacío normativo, en el ámbito específico de la disposición legal incriminadora del delito de acusación y denuncia falsa.

A este respecto, es de consignar que la última previsión contenida en la determinación positiva de la exigencia de la condición objetiva de perseguibilidad del tipo de acusación y denuncia falsa, en el párrafo tercero del artº 325 del Código penal (92), no permite cubrir satisfactoriamente las exigencias de Política criminal ni de Justicia penal material enunciadas.

c) El artº 325, párrafo tercero, del Código penal dispone que el Tribunal que hubiere conocido del delito imputado mandará proceder de oficio contra el denunciador o acusador siempre que de la causa principal resultaren méritos bastantes para abrir el nuevo proceso.

Esta disposición no supe correctamente la deficiencia de contenido representada por el vacío legal, perceptible ante la eventual inhibición de la puesta en conocimiento, por parte de la Administración Pública al Poder Jurisdiccional, de las diligencias practicadas, o que deberían haberse practicado, en relación con toda imputación de la comisión de un delito perseguible de oficio.

Constituye una garantía positiva, ciertamente, el preceptivo mandato que incumbe pronunciar al Tribunal que determinó el sobreesamiento de la causa por falsa imputación de delito perseguible de oficio, en el sentido de proceder contra el denunciador o acusador, siempre que de la causa principal resultaren méritos bastantes para abrir el nuevo proceso.

Ahora bien, la propia virtualidad del ejercicio de esta facultad jurisdiccional, por mor de la cual se mandará proceder de oficio en el sentido indicado, queda sustancialmente comprometida, desde el momento en que "falta la exigencia normativa" de una automá-

(92) Art. 325, párrafo terceiro, del Código penal establece:

"Este mandará proceder de oficio contra el denunciador o acusador, siempre que de la causa principal resultaren méritos bastantes para abrir el nuevo proceso".

tica e inaplazable "puesta en conocimiento", por parte de la Administración Pública a la Autoridad Jurisdiccional penal, de toda imputación de la comisión de delito perseguible de oficio de que aquélla tuviere conocimiento.

La Administración Pública, de este modo, por disposición de la propia norma penal, queda erigida en una situación de prepotencia, no sólo frente al administrado, sino en cierto sentido también respecto del Poder Jurisdiccional.

En efecto, de una parte, la Administración Pública puede colocar en una situación, aun aparentemente revestida de licitud formal, en realidad de "absoluta indefensión material", al particular afectado por un comportamiento delictivo, de carácter pluriofensivo, que junto a la Administración de Justicia incide sobre el honor personal.

Y, de otro lado, en el caso descrito, en la práctica puede asimismo, bajo cobertura de una formal legalidad, llevar al Poder Judicial a una "efectiva situación de ignorancia", a través de la omisiva substracción de la puesta en conocimiento de la imputación de delito perseguible de oficio.

Una tal "conculcación material" de los principios constitucionales que, en orden a la garantía de los derechos fundamentales de la persona, reclaman de modo particular la colaboración de la Administración Pública con el Poder Judicial, no es ya más sostenible, en el marco regulativo de una delimitación típica que resulte ser sustancialmente expresiva del "Principio de Legalidad", revelador de la única fuente de Derecho creadora del Ordenamiento punitivo, de conformidad con la configuración constitucional de un Estado social y democrático de Derecho.

#### IV — *Criterios delimitadores*

Como punto de partida, debe consignarse que la Constitución Española, en su art. 25.1, establece, de manera unitaria, el principio de irretroactividad de las leyes penales y sancionadoras para las acciones y omisiones constitutivas de delito, falta o infracción administrativa, disponiendo que nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento<sup>(93)</sup>.

Sin perjuicio de la unitaria regulación del fundamental principio de irretroactividad, tanto de las leyes penales como de las

(93) Art.º 25.1 de la Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978:

"Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento".

leyes sancionadoras, por parte del texto de la Ley Fundamental, es de tener presente que las leyes penales y las leyes administrativas sancionadoras no participan de una misma estructura esencial.

Antes bien, es preciso determinar la específica estructura jurídica de las normas penales y sancionadoras, en relación con las correlativas exigencias concernientes a las fuentes de creación normativa de tales disposiciones.

a) Es de resaltar, entre los básicos criterios delimitadores, que la ley penal se inspira taxativamente en el "principio de legalidad" penal, que reconoce como única fuente creadora del Ordenamiento punitivo a la "ley orgánica".

En efecto, el Ordenamiento penal se inspira en el "principio de reserva de ley", que además por expresa disposición constitucional ha de ser precisamente "ley orgánica", por cuanto las leyes penales son disposiciones que afectan al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas.

El art.º 81.1 de la Constitución Española preconiza el carácter de "reserva de ley orgánica" para las leyes penales, al disponer que son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución (94).

En cuanto tales leyes orgánicas, las leyes penales exigirán, para su aprobación, modificación o derogación, la mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto (95).

En relación con el carácter de la "ley penal" como "ley orgánica", es de tener presente que la Constitución Española proclama que los derechos fundamentales y las libertades públicas, reconocidos en el capítulo 2 del Título I (De los derechos y deberes fundamentales) de la Constitución vinculan a todos los poderes públicos (96).

(94) Art.º 81.1 de la Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978:

"Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución".

(95) Art.º 81.2 de la Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978:

"La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto".

(96) Art.º 53.1 de la Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978:

"Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título (De los derechos y deberes fundamentales) vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

La propia Constitución garantiza expresamente el “principio de legalidad”, conjuntamente con otros distintos principios jurídicos, entre los que cabe destacar, por lo que se refiere a la materia penal, el de la “jerarquía normativa” y el de la “irretroactividad” de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (97).

La “irretroactividad” de las leyes penales y sancionadoras desfavorables (98) se compagina y complementa con el principio de “legalidad”, con reserva de ley orgánica, de la ley penal, establecido en los citados artículos 81.1, 53.1, 9.3 de la Constitución Española.

Desde esta perspectiva, cabe estimar que el principio de legalidad penal, con exigencia de “ley orgánica”, constituye uno de los criterios básicamente diferenciadores entre el Derecho penal y el Derecho sancionador administrativo.

En efecto, es consustancial a la esencia del Derecho penal la exigencia de ley orgánica, por cuanto la norma penal afecta a derechos fundamentales y libertades públicas, constitucionalmente valorados como materia reservada a la ley orgánica.

Por el contrario, la eventual naturaleza de ley orgánica de las disposiciones administrativas no es, en absoluto, un dato esencialmente característico de la estructura propia de éstas, sino un mero carácter eventualmente adicional a la configuración de las mismas.

Es cierto que, desde esta perspectiva, referente a la estructura nomológica de las disposiciones penales y administrativas, puede concurrir en ambas el carácter de ley orgánica, por lo que, desde el punto de vista formal, cabría entender que no hay diferencia delimitadora entre ambos órdenes del Derecho positivo.

Sin embargo, es de consignar que la esencial diferencia aludida estriba en que, en tanto es consustancial a la norma penal la exigencia del carácter de ley orgánica de la misma, no es en absoluto requerida como dato esencial tal naturaleza normativa para las disposiciones administrativas.

(97) Art.º 9.3 de la Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978:

“La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

(98) Art.º 25.1 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.

b) La posibilidad jurídica de incidencia sobre la esfera de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, constitucionalmente reservada para las leyes penales, no puede sin más transferirse al ámbito de las disposiciones administrativas, por cuanto el "principio de legalidad penal" ha de complementarse con el "principio de tipicidad".

De esta suerte, el axioma *nullum crimen, nulla poena sine lege* constituye la máxima garantía en orden a la creación de los tipos legales de delito y a la determinación positiva de las correspondientes sanciones penales.

Por el contrario, de una parte, el Ordenamiento sancionador administrativo no requiere, conforme a su naturaleza, que la delimitación de la materia de la prohibición tenga lugar a través de la descripción positiva de los tipos de delito.

Y, de otra parte, no exige que la determinación de las consecuencias sancionadoras, que afectan a los derechos y libertades fundamentales, se fundamente en la responsabilidad jurídica derivada de la culpabilidad personal, por la realización de una acción típicamente antijurídica.

La respectiva configuración de las normas penales y de las disposiciones administrativas sancionadoras responde a estructuras y concepciones distintas del Derecho positivo.

El Derecho punitivo conmina penalmente las acciones típicamente antijurídicas realizadas por el autor culpable, en tanto el Derecho sancionador administrativo conmina al individuo con la correspondiente sanción como miembro de una sociedad portadora de voluntad subordinada a los fines de la mejora social, de la que deriva la exigencia jurídica de un deber para con la Administración, orientado al fomento del bienestar público.

El Derecho penal se fundamenta en la responsabilidad jurídica derivada de la realización culpable del injusto típico, y se orienta a la consecución de los fines político-criminales de prevención general y prevención especial, en orden a la garantía de los bienes jurídicos que constituyen la materia de la protección de las normas penales.

El Derecho penal y el Derecho administrativo, que integran disciplinas jurídicas autónomas, poseen un objeto de regulación propio, y asumen singulares cometidos de garantía que son diversos en sus fines y que se inspiran en principios informadores distintos.

Desde el punto de vista axiológico y desde la perspectiva de la configuración estructural, la determinación por las normas administrativas de sanciones jurídicas que, en numerosos supuestos,

rebasan en su contenido sustancial a las sanciones penales y, por el contrario, el mantenimiento en la legislación penal de hipótesis de tipos de bagatela, en relación con el objeto de regulación positiva de las normas penales, no implican en modo alguno una identificación y, menos aún, una confusión de ambas disciplinas jurídicas.

No obstante, renunciándose de propósito en este lugar a plantear la cuestión de una pretendida diferenciación dogmática entre injusto penal e ilícito administrativo, acaso porque una distinción ontológica no existe, se pretende consignar, en los márgenes de confluencia del Derecho penal y del Derecho administrativo, la diversidad de tratamiento jurídico que merecen acciones injustas, de desigual entidad y discrepante trascendencia tanto cualitativa como cuantitativa, ante los respectivos esquemas axiológicos propios del Ordenamiento positivo.

c) En orden a la delimitación suscitada entre los Ordenamientos penal y administrativo, es de tener presente que el Derecho penal posee, conforme a su naturaleza, un "carácter fragmentario", por cuanto se someten a la garantía jurídica propia del mismo sólo aquellos bienes y valores, de la máxima relevancia social, cuya protección en otros sectores del Derecho positivo resulta insuficiente o inadecuada.

La fragmentariedad del Derecho penal se asienta en el reconocimiento de que la incriminación positiva de conductas típicas, y la correspondiente conminación de las mismas con una pena, resultan de todo punto indispensables en orden a la protección de determinados bienes jurídicos positivamente reconocidos.

A su vez, la estimación de lo que a la sociedad conviene sancionar penalmente no puede efectuarse sino por la vía de la aceptación de los bienes y valores susceptibles y requeridos de la tutela jurídico-penal.

La protección penal de los bienes jurídicos se dispensará frente a los más graves atentados típicos contra los mismos, representados por la lesión o puesta en peligro de los bienes y valores fundadores de la convivencia social y merecedores de la garantía propia del Ordenamiento punitivo.

d) En íntima conexión con el carácter fragmentario, procede reconocer el "carácter subsidiario" del Derecho penal.

La delimitación técnica del carácter fragmentario del Ordenamiento punitivo aparece básicamente condicionada por la vigencia del principio de protección penal, la cual sólo se dispensará a los bienes de mayor relevancia social, típicamente trascendentes, en la medida en que los mismos son afectados por un comporta-

miento particularmente grave, fundamentador del contenido material de injusto.

El "carácter subsidiario" del Derecho penal hace directa referencia a la propia gravedad de la reacción jurídico-penal, frente a la incidencia típica de los respectivos objetos de tutela del Ordenamiento punitivo.

Presupuestas básicamente la relatividad y la fragmentariedad de la norma penal, el carácter subsidiario del Derecho penal va más allá, y se muestra como un carácter a un tiempo autónomo y complementario respecto del anterior, que proclama la conveniencia o utilidad de la garantía punitiva, y se inspira en la significación del principio de oportunidad, configurador del Derecho penal, en este contexto, precisamente como última *ratio* del Ordenamiento jurídico.

El carácter subsidiario, que representa un fundamental límite al Poder punitivo del Estado en el marco de la total estructura del Ordenamiento jurídico, comporta la inequívoca apreciación de la mayor gravedad material, no sólo puramente formal, del Derecho penal respecto del Derecho sancionador en general.

e) El "carácter tutelar" del Derecho penal permite asimismo fundamentar la delimitación entre el Derecho punitivo y el Derecho sancionador administrativo.

Los bienes jurídicos, en sentido propio, constituyen el objeto típico de protección de las normas penales. En esencia, el Derecho penal integra un Ordenamiento garantizador o tutelar de determinados bienes y valores, consustanciales a la convivencia humana en sociedad.

El Derecho penal interviene, efectivamente, en la garantía de tales bienes y valores, en la medida en que describe las modalidades típicas de conducta de lesión o de peligro que inciden sobre los mismos.

Todo Derecho penal se fundamenta en la incidencia de lesión o de peligro sobre los bienes jurídicos que constituyen su objeto de garantía, tanto para el establecimiento de las penas como de las medidas de seguridad.

En efecto, ambas consecuencias jurídicas requieren la previa realización de un actuar típicamente antijurídico, que expresa la lesión o la puesta en peligro de los bienes jurídicos.

El juicio de reproche de culpabilidad y las exigencias preventivo-generales y preventivo-especiales de punibilidad determinarán el establecimiento de la consecuencia jurídica de la pena.



La peligrosidad criminal del autor, sobre la base de la previa realización de un injusto típico, que lesiona o pone en peligro los bienes jurídicos, fundamentará la consecuencia jurídico-penal representada por la medida de seguridad.

De este modo, resulta excesivo e improcedente exigir siempre la previa realización, en todo caso, de un hecho "punible" para la intervención del Ordenamiento punitivo.

Es suficiente la concreción únicamente de un injusto típico para el establecimiento de una medida de seguridad jurídico-penal, en virtud de un juicio de peligrosidad criminal genéricamente denominado "postdelictual".

Esta expresión, empleada en sentido metafórico, ha de entenderse, en este contexto, en una acepción amplia, que no exige la constancia de la totalidad de los elementos constitutivos del delito, sino sólo la del precedente comportamiento típicamente injusto, conforme a una correcta significación equivalente al actuar "postillicitum" penalmente relevante.

De este modo, a diferencia de las sanciones administrativas, las penas se fundamentan en la responsabilidad jurídica derivada del principio de culpabilidad y están llamadas a cumplir exigencias de prevención general y especial, en tanto las medidas de seguridad establecidas por el Ordenamiento punitivo se inspiran en el principio de peligrosidad criminal, asentada en la previa realización de un comportamiento antijurídico, y están primordialmente orientadas a la evitación de ulteriores injustos típicos.

En suma, la utilización de ambos medios de respuesta jurídico-penal, penas y medidas de seguridad, permite al Ordenamiento punitivo la realización de las funciones de garantía de los objetos de protección cuyo aseguramiento incumbe a este sector del Ordenamiento positivo, de conformidad con los aludidos principios básicos de fragmentariedad, subsidiariedad y reserva de ley orgánica.

Conforme a tales postulados jurídicos fundamentales, el Derecho penal se configura como la última *ratio* del Ordenamiento jurídico conjunto, al que ha de quedar reservada la posibilidad de aplicación de las más graves consecuencias jurídicas, de acuerdo con el principio de intervención mínima, supeditada a la reserva de ley orgánica.

Junto a la inevitable dimensión normativa de castigo, corresponde a la pena el cumplimiento de las primordiales funciones teleológicas de prevención general y de prevención especial, a fin

de que la sociedad en general se abstenga de la comisión de delitos, y el delincuente en particular logre alcanzar la reinserción social.

Por su parte, las medidas de seguridad unen a las primarias tareas preventivo-generales y preventivo-especiales las exigencias del tratamiento técnico asistencial, educativo o resocializador, que resulte adecuado a la defectuosa personalidad del sujeto.

Ambos medios de respuesta del Ordenamiento penal podrían ser compatibles entre sí, si bien sería preciso que concurran en cada uno de ellos los respectivos presupuestos y fundamentos de su determinación jurídica, en la seguridad de que ningún sector del Ordenamiento positivo puede trascender, en la gravedad de sus consecuencias sancionadoras, a las previstas en la legislación penal, única a la que se confiere constitucionalmente la facultad de incidir en los derechos fundamentales y las libertades públicas garantizados por la Constitución.

Desde esta perspectiva, es de entender que toda actividad oficial ajena a la jurisdiccionalización inherente al Derecho penal quedaría incurso en la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes públicos, establecida en la propia Constitución <sup>(99)</sup>.

#### V — *Proposiciones conclusivas*

Como abreviada síntesis de las ponderaciones efectuadas en torno a los criterios de previsión normativa establecidos en el vigente Ordenamiento punitivo, tanto en el ámbito del Derecho administrativo sancionador como en la genuina esfera del Derecho penal, cabe formular las siguientes proposiciones conclusivas:

I) Procede básicamente tomar conciencia de la grave incoherencia normativa, que constituyen las contradicciones valorativas apreciables entre el Derecho penal y el Derecho sancionador, por cuanto con harta frecuencia las sanciones de carácter administrativo, imponibles con arreglo a procedimiento administrativo y asignadas a la competencia de muy dispares órganos de la Administración Pública, exceden notoriamente en su alcance a las propias sanciones jurídico-penales.

II) El necesario tratamiento punitivo, rectificador de tan anómala situación jurídico-positiva, habrá de partir del reconocimiento básico de la estricta exigencia de observancia de los caracteres esencialmente configuradores del Derecho penal, sustanciados en los principios de intervención mínima legalizada, con reserva de ley orgánica, de fragmentariedad y de subsidiariedad, que legitiman de modo exclusivo al Derecho penal, en cuanto última *ratio*

(99) Art.º 9.3 de la Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978.

del Ordenamiento jurídico, para incidir, conforme a la Constitución, en la esfera de los derechos fundamentales y de las libertades públicas de las personas.

III) Es imperiosa la urgente exigencia nomológica de revisión normativa, en el marco del Ordenamiento jurídico propio de un Estado de Derecho, de la improcedente situación positiva de inversión valorativa, que evidencian amplios ámbitos del Derecho administrativo sancionador, frente al Derecho penal, con particular referencia al círculo de las sanciones administrativas pecuniarias que, excediendo en su contenido a las penas de multa del Ordenamiento punitivo, incorporan un sentido axiológico que se revela a todas luces insostenible conforme a los principios de proporcionalidad, de jerarquía normativa y de Justicia material.

IV) Como criterio fundamental, de específica aplicación a la exigencia de revisión normativa de la aludida inversión valorativa, perceptible en amplios sectores del Ordenamiento positivo, se requiere la implantación de un criterio de graduación cuantitativa en las respuestas penal y administrativa de contenido pecuniario, en cuya virtud quede instaurado el principio de que la más grave de las sanciones administrativas pecuniarias, contra infracciones de esta naturaleza jurídica, no deberá rebasar el alcance de las penas de multa asignadas, no ya a los delitos, sino a ninguno de los tipos de faltas conminados en el Código penal.

V) En orden a la aplicación del Ordenamiento penal *stricto sensu* de contenido pecuniario, que habrá de sustituir a las sanciones administrativas que en la actualidad rebasan el alcance pecuniario de las penas de multa, tal sector del Ordenamiento positivo quedará en lo sucesivo plenamente sujeto a la garantía jurisdiccional criminal, pues tal índole de sanciones, de tan elevada intensidad, han de corresponder exclusivamente al ámbito del Derecho penal, bien alternativamente bien de forma acumulativa con otras sanciones punitivas.

VI) En suma, tanto en el orden sustantivo penal como en el correspondiente orgánico y procesal, todas las infracciones administrativas, merecedoras de sanción cuya intensidad de contenido sea superior a la respuesta penal de las infracciones constitutivas de falta, han de ser objeto de urgente criminalización. Y, por el contrario los tipos de bagatela, por su escasa significación social, no merecen alcanzar relevancia típica, y han de ser degradados a la mera condición de contravenciones administrativas sujetas a una sanción que en ningún caso puede equipararse, ni en su contenido ni en la forma de su determinación, a la de carácter jurídico-penal.

# Asistencia religiosa

## Derechos religiosos de los sancionados a penas privativas de libertad

ANTONIO BERISTAIN

Catedrático de Derecho Penal  
Director del "Instituto Vasco de Criminología"

"Artículo 54 -- La Administración garantizará la libertad religiosa de los internos y facilitará los medios para que dicha libertad pueda ejercitarse." (Ley Orgánica General Penitenciaria -- España)

### SUMARIO

- I. Objeto y método interpretativo del artículo 54
- II. Normas supranacionales
- III. Normas de Derecho español
- IV. Evolución histórica de la asistencia espiritual en las cárceles
- V. Normativa actual: 1. Derecho a la libertad religiosa; 2. Derecho a ser atendido por un ministro de su religión: A) Derecho a actos de culto; B) Comunicación con los ministros religiosos y otras actividades; 3. Derecho a la asistencia espiritual global: A) Dimensión "cordial", agápica, maternal de la asistencia espiritual; B) Derecho a vivir como pueblo de Dios en la cárcel; C) Derecho a relacionarse con Comunidades externas.
- VI. De lege ferenda

### Bibliografía

#### I — Objeto y método interpretativo del artículo 54

El hecho religioso o la asistencia religiosa es un concepto equívoco aunque, a veces, suele considerarse unívoco. Bajo las palabras "el

hecho religioso” subyacen realidades diversas: a veces lo fascinante, lo tremendo, a veces lo misterioso, otras veces lo ritual, lo violento y/o sacrificial. Algunos destacan el síndrome de Abraham sacrificando a su hijo Isaac, otros ponen en primer plano lo recreativo, lo escatológico o lo trascendente. Pero, siempre se encuentra algo que realmente acompaña al hombre, como su sombra, a lo largo de toda la historia y la geografía. Le acompaña cuando vive en libertad y le acompaña (no menos) cuando está privado de libertad, en la cárcel. Los juristas vemos la asistencia religiosa (mejor diríamos, espiritual) al interno como un derecho fundamental, de notable importancia y complejidad, y también (aunque en segundo plano) como ayuda para su repersonalización. Atinadamente escribió hace casi un siglo Concepción Arenal:

“Todos los que tratan seria y razonablemente de la reforma de los criminales penados, miran la religión como un medio poderoso de corregirlos; todo el que los ha estudiado en la prisión, no sólo en los libros, ha visto cuánto consuela y eleva, y fortifica y calma al desgraciado recluso, a quien su desgracia exaspera o abate, la idea de un Dios que perdona, que juzga en lo escondido... y da recompensa segura...”

Ciertamente que ni las verdades ni los consuelos de la religión hallan eco en todos los criminales reclusos: muchos hay sordos a su voz; mas para los que escuchan es preciosísimo este auxiliar, cuya influencia llega donde no puede penetrar la del hombre, y que en vez de simuladas enmiendas, hijas del cálculo, produce propósitos firmes y arrepentimiento sincero.”<sup>(1)</sup>

Para estudiar este derecho a la asistencia espiritual, tal como lo reconoce el artículo 54 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, comenzaremos indicando las normas jurídicas supranacionales que tratan el tema, para pasar después a comentar las normas hispanas (con algunas referencias al Derecho comparado) en tiempos pretéritos y en la actualidad. Terminaremos con algunas conclusiones *de lege ferenda* mirando al futuro.

El artículo 54 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, a tenor de su contenido, debe ser interpretado con metodología dual: jurídico-estatal por una parte, y jurídico-teológica por otra. Esta última brota de sus propias y peculiares fuentes históricas, jurídicas, literarias,

---

(1) Concepción Arenal. *Las Colonias Penales de la Australia y la Pena de Deportación*. Obras completas. Tomo décimo, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1895, pp. 93 y s.

simbólicas y fácticas que deberemos tomar en consideración y comentar.

La neutralidad religiosa del Estado español, reconocida en la Constitución de 1978, obliga a la autoridad estatal a respetar — y colaborar con — las doctrinas, normas y costumbres de las diversas religiones (y de las diversas teologías) en tanto en cuanto no se opongan al orden público y cooperen al desarrollo de los derechos humanos, como lo explican autorizados comentaristas. En el Acuerdo básico firmado en Roma, el 28 de agosto de 1976, entre la Santa Sede y el Gobierno Español, se reconoce la necesidad de “una sana colaboración entre ellas” (la comunidad política y la Iglesia).

El Estado debe poner a disposición de los internos la asistencia espiritual o religiosa<sup>(2)</sup>. Si no lo hiciere, estaría imposibilitando (por omisión) la libertad de conciencia de los presos y la libertad de ejercicio de los cultos religiosos. El Estado tiene la obligación de respetar la libertad de conciencia, y no basta por lo tanto que no prohíba el ejercicio de la religión; es necesario que a las personas que priva de libertad les facilite el ejercicio de su vida religiosa dentro de las instituciones penitenciarias de las cuales les impide salir.

Como explica el catedrático Karl Peters<sup>(3)</sup>, la Constitución garantiza al ciudadano el ejercicio de la libertad religiosa; pero el ciudadano solo puede ejercer este derecho en (a través de) la Iglesia correspondiente; no en (a través de) las instituciones estatales. El Estado, lógicamente, debe llegar a un acuerdo (colaboración) con la(s) Iglesia(s) para que ellas cumplan sus deberes en este campo.

Callies y otros tratadistas<sup>(4)</sup>, después de subrayar la importancia capital que ha tenido y tiene en las Instituciones penitenciarias la asistencia religiosa, reconoce que es competencia de la Iglesia y no del Estado, pues el interno tiene derecho para exigir a las autoridades penitenciarias que permitan la asistencia religiosa por parte de su comunidad religiosa.

---

(2) Armida Bergamini Miotto. *Curso de Direito Penitenciário*. 2.º vol. São Paulo, Saraiva, 1975, p. 472. Evaristo Martín Nieto. “Los capellanes penitenciarios ayer y hoy”, en *Rev. Estudios Penitenciarios*. Núms. 224-227 (enero-diciem. 1979), pp. 131 ss. Casuscelli, *Concordati, Intese e Pluralismo Confessionale*. Milano, 1974, pp. 150 ss. Vitale. *Ordinamento Giuridico e Interessi Religiosi*, 2.ª ed., Milano, 1981, pp. 27 ss.

(3) Karl Peters. “Seelsorge und Strafvollzug”, en *Juristische Rundschau*, 1975, pp. 402 ss.

(4) Callies. *Strafvollzugsrecht*. München. C. H. Beck, 1981, pp. 121 s. En sentido parecido, Brandt/Huchting, “Religionsausübung”, en *Kommentar zum Stvg*. 2.ª ed., Luchterhand, 1982, pp. 248 ss. Picozza. “Libertà e religione nella chiesa cattolica. La problematica conciliare”, en *Teoria e Prassi delle Libertà di Religione*. Bologna, 1977, pp. 203 ss.

Este derecho fundamental de la persona a vivir la religión aparece hoy coloreado, más fuertemente que en otros tiempos, con **dimensión comunitaria**, distinta y quizás opuesta a la de Iglesia como sociedad perfecta. Cuando hablamos, pues, de asistencia religiosa, actualmente, se entiende más como asistencia sociológico-espiritual que como eclesiástico-sociológica (5).

Por varios motivos, y principalmente por limitación de espacio, me referiré principal y casi únicamente a la **asistencia espiritual** de los cristianos, pero sobra decir que todas las religiones deben ser respetadas, reconocidas y tratadas en plan de igualdad y/o en plan de ecumenismo. Hoy, no menos que en el siglo XIX, lo religioso merece ser estudiado y atendido con especial atención por todos los penitenciaristas, como ya lo reconocieron por ejemplo, Ramón de la Sagra y Concepción Arenal, en su estudio sobre las colonias penales de Australia (6), y más cercanos a nosotros Cuello Calón y C. García Valdés (7).

## II — Normas supranacionales

Ya desde hace muchos años, los penitenciaristas teóricos y prácticos se han apoyado en el derecho fundamental de la persona a la libertad religiosa que las declaraciones y normas supranacionales reconocen a todo hombre y mujer (sin exclusión alguna) para deducir las conclusiones pertinentes en la legislación y la praxis de las instituciones penitenciarias. Recordemos, al menos, los textos de 1789, de 1948 y 1966, en cuanto a orientaciones generales, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa, en cuanto a la normativa supranacional penitenciaria, y, en el ámbito religioso, los documentos del Concilio Vaticano II, así como el Código de Derecho Canónico (8).

---

(5) Trutz Rendtorff. "Zur Säkularisationsproblematik", en *Säkularisierung*, preparado por H. — H. Schey, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1984, pp. 366 ss.

(6) Concepción Arenal. *Las Colonias Penales de la Australia...* pp. 130 ss. Ramón de la SAGRA, *Cinco meses en los Estados Unidos de la América del Norte desde el 20 de abril al 23 de septiembre de 1835*. Diario de viaje de D. Ramón de la Sagra, París... 1836. Cfr. *Revista Est. Penitenciarios* (1979), pp. 209-262, con nota preliminar de F. Buenos Arus, *passim*, espec. pp. 261 ss.

(7) E. Cuello Calón. *La Moderna Penología*. Barcelona: Bosch 1973, pp. 393 ss. Carlos García Valdés. *Informe General*. Madrid, 1979, pp. 174 ss. Dorado Montero. *Los Peritos Médicos y la Justicia Criminal*. Madrid, 1905, p. 238. IDEM, *El Derecho Protector de los Criminales*. Tomo I, Madrid, 1916, pp. 10 ss., Tomo II, Madrid, 1916, pp. 584 ss.

(8) Lamberto de Echeverría y otros. *Nuevo Derecho Canónico*. Manual Universitario, Madrid, BAC, 1983, pp. 594 ss.

El artículo 10 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada en la Asamblea Nacional francesa, en París, el día 26 de agosto de 1789, establece: "Nadie debe ser inquietado por sus opiniones, incluso religiosas, siempre que su manifestación no altere el orden público establecido por la ley".

Según la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, en su artículo 18, "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia".

El artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966, que entró en vigor en España el año 1976 (cfr. BOE. 30 abril 1977), dice: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección".

La Comisión Internacional Penal y Penitenciaria, el año 1933, elaboró el **Ensemble de règles minima** que después aprobó como Resolución la Sociedad de Naciones en su diario oficial, el día 26 de septiembre de 1934 (9).

Las Naciones Unidas, el año de 1955, especificaron estos derechos fundamentales en sus Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos. Concretamente en las Reglas 6, 41, 42, 59, 86.1:

"6.1. Las reglas que siguen deben ser aplicadas imparcialmente. No se debe hacer diferencias de trato fundadas en prejuicios, principalmente de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política o cualquier otra opinión, de origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra situación cualquiera.

2. Por el contrario, importa respetar las creencias religiosas y los preceptos morales del grupo a que pertenezca el recluso."

(9) El texto de "L'Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus", se encuentra en *Traitement des détenus. Règles Minima*, en *Revue de la Commission Internationale de JURISTES*, n.º 4 (décembre 1939), pp. 51 y ss.



(Estas Reglas Mínimas significaron en su día un gran progreso por reconocer la asistencia religiosa al interno como derecho personal de éstos a la libertad religiosa más que como medio para su tratamiento. Algunas legislaciones nacionales no reconocían el derecho a la libertad religiosa de los internos (por ejemplo la española) y muchos países consideraban la asistencia religiosa en la normativa penitenciaria exclusivamente como medio e incluso obligación a los internos para su tratamiento.)

"41.1. Si el establecimiento contiene un número suficiente de reclusos que pertenezcan a una misma religión, se nombrará o admitirá un representante autorizado de ese culto. Cuando el número de reclusos lo justifique, y las circunstancias lo permitan, dicho representante deberá prestar servicio con carácter continuo.

2. El representante autorizado nombrado o admitido conforme al párrafo 1) deberá ser autorizado para organizar periódicamente servicios religiosos y efectuar, cada vez que corresponda, visitas pastorales particulares a los reclusos de su religión.

3. Nunca se negará a un recluso el derecho de comunicarse con el representante autorizado de una religión. Y, a la inversa, cuando un recluso se oponga a ser visitado por el representante de una religión se deberá respetar en absoluto su actitud."

"42. Dentro de lo posible, se autorizará a todo recluso a cumplir los preceptos de su religión, permitiéndole participar en los servicios organizados en el establecimiento y tener en su poder libros piadosos y de instrucción religiosa de su confesión."

"59. El régimen penitenciario debe emplear, tratando de aplicarlos conforme a las necesidades del tratamiento individual de los delincuentes, todos los medios curativos, educativos, morales, espirituales, y de otra naturaleza y todas las formas de asistencia de que puede disponer."

"66.1. Para lograr este fin (el tratamiento que se describe en la Regla Mínima anterior 65) <sup>(10)</sup> se deberá recurrir,

---

(10) Regla Mínima 65: "El tratamiento de los condenados a una pena o medida privativa de libertad debe tener por objeto, en tanto que la duración de la condena lo permita, inculcarles la voluntad de vivir conforme a la Ley, mantenerse con el producto de su trabajo, y crear en ellos la aptitud para hacerlo. Dicho tratamiento estará encaminado a fomentar en ellos el respeto de sí mismos y desarrollar el sentido de responsabilidad". El texto de todas las Reglas, precedido de una introducción, puede verse en L. GARRIDO GUZMAN, *Manual de Ciencia Penitenciaria*, Edersa, Madrid, 1983, p. 65. Ver también F. Bueno Arus, "Los derechos y deberes del recluso en la Ley General Penitenciaria", en *Rev. Est. Penit.* Núms. 224-227 (enero-diciem. 1979), p. 11.

en particular, a la asistencia religiosa, en los países en que esto sea posible, a la instrucción, a la orientación y la formación profesionales, a los métodos de asistencia social individual, al asesoramiento relativo al empleo, al desarrollo físico y a la educación del carácter moral, en conformidad con las necesidades individuales de cada recluso."

Estas Reglas Mínimas de las Naciones Unidas significaron en su día un notable progreso, pues reconocen el derecho del interno a la libertad religiosa cuando todavía la normativa penitenciaria de muchos países reconocía la asistencia religiosa únicamente como medio para el tratamiento de los internos; y, a veces, como obligación de éstos, negándoles el derecho a la libertad religiosa. Esto sucedía, por ejemplo, en España.

Las correspondientes Reglas Mínimas del Consejo de Europa contienen, prácticamente, el mismo contenido en este campo que las de las Naciones Unidas; únicamente introducen algunas modificaciones formales que no afectan al contenido <sup>(11)</sup>.

Contra lo prescrito en las normas internacionales, la legislación penitenciaria soviética no hace referencia a Ministros religiosos, ni a los actos de culto, etc. El Código de trabajo correccional de la URSS (en los arts. 66 al 69 del Capítulo IV) trata de la propaganda político-educativa a cargo de un soviét cultural <sup>(12)</sup>.

En el ámbito religioso internacional han de tomarse en consideración, al menos, dos documentos del Concilio Vaticano II y algunos cánones del Código de Derecho Canónico. Respecto a la libertad religiosa conviene conocer la Constitución pastoral sobre la Iglesia en el mundo actual, promulgada en el Vaticano el 21 de noviembre de 1964, en especial su número 73, y la Declaración sobre la Libertad Religiosa, promulgada en Roma el 7 de diciembre de 1965, especialmente sus números 2 y 3.

El Decreto sobre el Apostolado de los Seglares, promulgado el 18 de noviembre de 1965, ha de tenerse en cuenta para comentar los sujetos activos que deben llevar a cabo la asistencia religiosa en las cárceles.

(11) La totalidad de las Reglas Mínimas Europeas se encuentra en "La version européenne de l'ensemble de Règles Minima pour le traitement des détenus", en *Bulletin de l'Administration Pénitentiaire*, Bruxelles, Ministère de la Justice, enero-febrero 1975, pp. 5 ss. Cfr. Antonio Beristain. "El delincuente en el Estado Social de Derecho", en *Rev. Gen. Legislación y Jurisprudencia*. N.º 6 (1971), pp. 741-837.

(12) Jean Pinatel, *La crise pénitentiaire*, en *L'Année Sociologique*, Vol. 24/1973, pp. 24 s. Armida Bergamini Miotto, *Curso de Direito Penitenciário*, 2.º Vol., p. 470.

Del Código de Derecho Canónico, actualmente vigente, interesan especialmente los cánones 566, 793 y ss., y 1.375.

El canon 566 dice:

“§ 1. El capellán debe estar provisto de todas las facultades que requiere el buen cuidado pastoral. Además de aquellas que se conceden por derecho particular o especial delegación, el capellán, por razón de su cargo, tiene la facultad de oír las confesiones de los fieles encomendados a su atención, predicarles la palabra de Dios, administrarles el Viático y la unción de los enfermos, y también conferir el sacramento de la confirmación a los que se encuentran en peligro de muerte.

§ 2. En hospitales, cárceles y viajes marítimos el capellán tiene además la facultad, que sólo puede ejercer en esos lugares, para absolver de censuras *latae sententiae* no reservadas ni declaradas, permaneciendo firme, sin embargo, lo prescrito en el can. 976.”

Los cánones 793 y ss. se refieren a la educación católica, que también pueden interesar para los jóvenes internos en Instituciones Penitenciarias y también para los hijos de los privados de libertad.

Finalmente, merece recordar aquí el canon 1.375, según el cual: “Pueden ser castigados con una pena justa quienes impiden la libertad del ministerio” . . . .

### III — Normas de Derecho español

La Constitución española de 1978 se refiere a la religión en varios de sus artículos. Aquí interesa recordar, al menos, el derecho a la libertad y a la asistencia religiosa tal como se reconocen en los artículos 14, 16 y 27 (3). Dicen así:

Artículo 14. “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición y circunstancia personal o social.”

Artículo 16. 1. “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de

la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.”

Artículo 27 ... 3. “Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones” (13).

El Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, de 3 de enero de 1979 (BOE 15 diciembre de 1980), en su art. IV, establece:

“1. El Estado reconoce y garantiza el ejercicio del derecho a la asistencia religiosa de los ciudadanos internados en establecimientos penitenciarios, hospitales, sanatorios, orfanatos y centros similares, tanto privados como públicos.

2. El régimen de asistencia religiosa católica y la actividad pastoral de los sacerdotes y de los religiosos en los centros mencionados que sean de carácter público serán regulados de común acuerdo entre las competentes autoridades de la Iglesia y del Estado. En todo caso, quedará salvaguardado el derecho a la libertad religiosa de las personas y el debido respeto a sus principios religiosos y éticos.”

Este Acuerdo fue aprobado por el pleno del Congreso, el 13 de septiembre de 1980, con 293 votos a favor, dos abstenciones y dos en contra; y fue aprobado por el Senado con 186 votos a favor, uno en contra, y una abstención el 30 de octubre.

El Estado español ha reconocido expresamente el derecho a la libertad religiosa fundado en la dignidad de la persona humana (Ley de 19 de julio de 1987).

También merecen recordarse los artículos 205 a 212 del Código penal, así como la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, sobre libertad religiosa, el Real Decreto 142/1981, de 9 de enero, sobre el Registro de entidades religiosas, el Convenio para la protección de los Derechos humanos y Libertades fundamentales (BOE 10 octubre 1979), artículo

---

(13) En las cárceles españolas legalmente en la actualidad, puede haber menores de 18 años y los hay, como consta por las estadísticas oficiales. La Legislación prohíbe que ingresen en prisión los menores de 16 años. Pero de hecho, a veces, ingresan. Por ejemplo el año 1974 ingresaron en la cárcel Modelo de Barcelona dos niños Juan Moreno Cuenca (alias el Vaquilla) que había nacido en Torre Baró e. 19 de julio de 1961, y Angel Fernández Franco (alias el Torote) que tenía entonces 15 años por una decisión judicial fundada en las continuas fugas de los reformatorios en que habían ingresado (El País, 16 de diciembre de 1984, p. 28).

9, la Ley 62/1978, de 26 diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.

Dentro del contexto jurídico constitucional (e internacional), la Ley Orgánica General Penitenciaria, de 26 de septiembre 1979 (casi recién aprobada la Constitución), establece todo lo referente a la asistencia religiosa en un breve artículo, el 54, que dice así: "La Administración garantizará la libertad religiosa de los internos y facilitará los medios para que dicha libertad pueda ejercitarse".

Esta formulación se encuentra idéntica en el Anteproyecto, en el Proyecto, en el Dictamen de la Comisión y el Dictamen del Pleno, aunque el Grupo parlamentario Comunista pidió, en su enmienda 90-30, la supresión de este artículo, porque su contenido se encuentra garantizado en el artículo tercero de la Ley (14).

Este artículo se asemeja en su contenido fundamental — según indica Carlos García Valdés (15) — al que formulan las Reglas Mínimas de Ginebra 6.2 y 42.1, y de Estrasburgo 5.2 y 42.1, el artículo 10.3 del Reglamento canadiense, los artículos 16 y 40 y siguientes del Reglamento belga, los artículos 75 y siguientes de las Instrucciones generales del mismo país, el artículo 15 de la Ley Penitenciaria sueca, los artículos 26 de la italiana y 55 y 103 de su Reglamento, los parágrafos 53 a 55 y 157 de la Ley sobre la Ejecución de la pena privativa de libertad y de las medidas de seguridad y corrección, Ley de Ejecución de penas alemana, y los artículos 89 a 94, 192 y 207.3 de la portuguesa.

En Brasil, el 11 de julio de 1984, se aprobó la Ley de Ejecución Penal nº 7.210. En su Sección VII, de asistencia religiosa, establece:

Artículo 24. "Será prestada asistencia religiosa, con libertad de culto, a los presos y a los internos permitiéndoseles la participación en los servicios organizados en el establecimiento penal, así como la posesión de libros de instrucción religiosa.

§ 1º En el establecimiento habrá un local apropiado para los cultos religiosos.

§ 2º Ningún preso o interno podrá ser obligado a participar en actividad religiosa".

El contenido del artículo 54 de la ley española se desarrolla en varios artículos (180, 181, 292 y 293) del Reglamento aprobado por Real Decreto 1.201/1981, de 9 de mayo (BOE. n.ºs 149, 150 y 151, de 23, 24 y 25 de junio de 1981):

Art. 180. "La Administración garantizará la libertad religiosa de los internos y facilitará los medios para que dicha libertad pueda ejercitarse.

(14) Carlos García Valdés, *La Reforma Penitenciaria Española*. Madrid, 1981, pp. 253 s.

Ningún interno será obligado a asistir a los actos de culto ni de otro tipo de ninguna confesión religiosa ni se limitará su asistencia a los que organice la Iglesia, Confesión o Comunidad religiosa a la que pertenezcan."

Art. 181. "Los internos serán atendidos por ministros de la religión que profesen, lo que corresponderá con carácter general, en el caso de confesionalidad católica, a un miembro del Cuerpo de Capellanes de Instituciones Penitenciarias si lo hubiere en el establecimiento, o, en su defecto, a un sacerdote de la localidad, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo 102 y de lo que se establezca en los Acuerdos que pueda concluir el Estado con las diversas Confesiones religiosas.

2. Se habilitará un local adecuado para la celebración de los actos de culto de asistencia propios de las distintas Iglesias, Confesiones o Comunidades religiosas.

3. Las normas de régimen de los establecimientos Penitenciarios deberán adoptar las medidas que garanticen a los internos el derecho a la asistencia religiosa, así como a la comunicación con los ministros del servicio religioso de las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas.

4. La asistencia religiosa de que se habla en el apartado 2 comprenderá todas las actividades que se consideren necesarias para el adecuado desarrollo religioso de la persona."

Art. 292. "Los funcionarios del Cuerpo de Capellanes de Instituciones Penitenciarias tendrán a su cargo los servicios religiosos en los establecimientos y la asistencia espiritual y enseñanza religiosa de los internos que lo soliciten."

Art. 293. "Los Capellanes ejercen en los establecimientos funciones cuasi parroquiales aunque, por no estar exentos de la jurisdicción ordinaria, dependen del Párroco correspondiente en todo lo que concierne a los llamados derechos parroquiales. Por esta razón, podrán los Párrocos ejercer su sagrado ministerio en los Establecimientos Penitenciarios pertenecientes a su Parroquia, de acuerdo con el Capellán y con sujeción a las disposiciones de este Reglamento.

2. Son funciones específicas de los Capellanes:

1.<sup>a</sup> Celebrar la Santa Misa los domingos y días festivos para facilitar el cumplimiento del precepto dominical a la población reclusa.

2.<sup>a</sup> Organizar y dirigir la Catequesis, explicar el Evangelio en la Misa de los domingos y días de precepto, y dar charlas sobre temas de Dogma, Moral o Formación humana.

3.<sup>a</sup> Administrar los Sacramentos e inscribir en el libro correspondiente los datos relativos a bautismos, matrimonios y defunciones acaecidos en el Establecimiento, sin perjuicio de que, por medio del Director, se dé cuenta al Registro Civil y al Párroco por las inscripciones legales.

4.<sup>a</sup> Visitar a los internos a su ingreso en el Establecimiento y dedicar, al menos, una hora al día para recibir en su despacho a aquéllos que deseen exponerle las dudas y problemas que les afecten.

5.<sup>a</sup> Acudir al Establecimiento cuando fuere requerido por el Director o quien haga sus veces y despachar con él para darle cuenta de la marcha de las actividades que tiene a su cargo.

6.<sup>a</sup> Organizar y dirigir la documentación administrativa de la Capellanía, los inventarios de objetos sagrados y de culto, y remitir al Centro Directivo los partes, informes y estadísticas que éste le ordene.”

Como se verá a lo largo de las páginas siguientes, la Ley y el Reglamento en otros muchos artículos formulan preceptos más o menos directamente relacionados con la religión. Por ejemplo, en la Ley, el artículo 3 prohíbe establecer diferencia alguna por motivo de la religión, el 24 preceptua que se establezca la participación de internos en actividades religiosas, el 25 exige que el horario permita las atenciones espirituales, el 51.3 regula las comunicaciones con sacerdotes o ministros de la religión, el 69.2 faculta la colaboración de ciudadanos y de instituciones públicas y privadas para la recuperación social de los internos.

En el Reglamento, el artículo 3.4 repite lo establecido en el artículo 3 de la Ley, el 5.2 preceptua la libertad religiosa y el desarrollo integral de la personalidad del interno, el 8.c exige la asistencia religiosa en análogas condiciones que las de la vida libre, el 10 exige la existencia de un local destinado a culto religioso (Cfr. el artículo 13 de la Ley), el 20 preceptua que el horario permitirá atender a las necesidades espirituales, el 43 habla del acompañamiento de personas e instituciones públicas o privadas que cooperan en la resocialización del interno, el 45.5.<sup>a</sup> habla de la participación de internos en actividades del establecimiento (posteriormente con más detalle tratan de esta participación de internos en actividades religiosas de los establecimientos los artículos 135, 136 y 137), el 99.2 habla de la comunicación telefónica por asuntos graves, el 102.1 regula la comunicación con ministros de culto, el 220 exige que en la alimentación se respetará en lo posible las convicciones religiosas, y el 222 establece comidas extraordinarias en las fiestas de Navidad, Año Nuevo y Ntra. Sr.<sup>a</sup> de la Merced.

Para mejor comprender el contenido de estos preceptos conviene decir algo acerca de las correspondientes normas legales penitenciarias españolas anteriores, y su aplicación concreta.

Pero, antes de pasar al capítulo siguiente, interesa tomar brevemente en consideración la normativa de algunas Comunidades Autónomas. A tenor del Estatuto de Autonomía del País Vasco — Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre de 1979 (BOE. nº 306, del 22 de diciembre) — en su artículo diez, números 12 y 14, se reconoce competencia exclusiva a la Comunidad Autónoma en materia de “asistencia social”, así como en materia de “organización, régimen y funcionamiento de las Instituciones y establecimientos de Protección y tutela de Menores, penitenciarios y de reinserción social, conforme a la legislación general en materia civil, penal y penitenciaria”. Además, según el artículo doce, corresponde a la Comunidad Autónoma del País Vasco la ejecución de la legislación del Estado en materia de legislación penitenciaria.

Algo similar establecen los Estatutos de otras Comunidades Autónomas (artículo 11.1 de Cataluña; artículo 17.1 de Andalucía). Por ahora, únicamente la Comunidad catalana ha logrado ya las transferencias en este campo penitenciario, en virtud del Real Decreto 3.482/1983, de 20 de diciembre, por el que se acuerda el traspaso de los Servicios del Estado a la Generalitat de Cataluña en materia de administración penitenciaria (16).

#### IV — Evolución histórica de la asistencia espiritual en las cárceles

La evolución histórica de la asistencia espiritual en las cárceles merece estudiarse, en el mundo eclesiástico y fuera de él, para conocer mejor el significado de la normativa actual y para constatar que a lo largo de los años tanto España, como Francia, como otros países, han ido introduciendo cambios notablemente positivos en la legislación y en la práctica.

Como constatan Pinatel y otros autores (17), la historia muestra que la prisión ha surgido de dos fuentes: la policial y la eclesiástica. Esta última ha sufrido una evolución radical en el siglo XVIII, como resultado del proceso general de laicización. De la preocupación que ha tenido la Iglesia en tiempos remotos podemos recordar, por ejemplo, la Encíclica del Papa San Cipriano, publicada el año 253, que se refiere a la obligación de caridad de visitar a los presos. Desde el siglo VI, la visita a los presos ha sido uno de los deberes del clero y

(15) Carlos García Valdés, *Comentarios a la Legislación Penitenciaria*. Madrid, Civitas, 1982, p. 181.

(16) Véase *Memoria Elevada al Gobierno de S.M.*, el día 15 de septiembre de 1984 (Madrid, 1984), pp. 312 ss.



de los obispos. Siempre en la Iglesia ha habido frecuentes obras, organizaciones, entidades y asociaciones, tal como la Compañía de Misericordia de San Juan Degoyado, fundada en 1448 por el Papa Inocencio VIII, para visitar y asistir particularmente a los presos condenados a muerte. El año 1553, el jesuita Pedro de Ribadeneira preguntó a Ignacio de Loyola si era bien poner cárceles en la Compañía de Jesús "atento que alguna vez se tienta el hombre de manera que para vencer la tentación no basta razón, y si se añadiese un poco de fuerza pasaría aquel ímpetu, y aquel frenesí se curaría". Ignacio de Loyola le respondió estas palabras:

"Si se hubiese de tener, Pedro, solamente cuenta con Dios nuestro Señor, y no también con los hombres por el mismo Dios, yo pondría cárceles en la Compañía; mas porque Dios nuestro Señor quiere que tengamos cuenta con los hombres por su amor, juzgo que por ahora no conviene ponerlas."<sup>(17)</sup>

España, a lo largo del siglo XVI, abre caminos nuevos de humanismo y espiritualidad en el mundo penitenciario, especialmente por las obras teóricas y prácticas de tres pioneros: Bernardino de Sandoval, Cerdán de Tallada y Cristobal de Chaves. Bernardino de Sandoval, clérigo y maestrescuela de la catedral de Toledo (nació en esta ciudad el año 1483), el año 1564 publicó su **Tractado del cuydado que se deve tener de los presos pobres**. Cerdán de Tallada, nacido en Játiva (Valencia), además de trabajar como Abogado de pobres, Fiscal y Oidor de la Audiencia de Valencia, escribió varias obras, entre las cuales merece particular atención su **Visita de la cárcel y de los presos**, aparecida el año 1574. Cristobal de Chaves, nace en Sevilla (+ 1602), primero trabajó como Procurador de los tribunales, y después como sacerdote, merece recordemos aquí su **Relación de la cárcel de Sevilla**, editada el año 1585.<sup>(18)</sup>

(17) Jean Pinatel, "La crise pénitentiaire", en *L'Année Sociologique*. Vol. 24/1973, pp. 23 ss.

(18) Pedro de Ribadeneira. **Vida de San Ignacio de Loyola**. Madrid, Apostolado de la Prensa, 1951, p. 519. Ignacio de Loyola estuvo preso en la cárcel de Alcalá de Henares desde el 18 o 19 de abril (jueves o viernes santo), de 1527, hasta el 1.º de junio. En los primeros días de ser arrestado le ofrecieron sacarle por influencias; pero él no las aceptó diciendo "Aquel por cuyo amor entré me sacará, si fuere servido dello". A primeros de julio del mismo año 1527 se trasladó a Salamanca. Allí volvió a estar preso, veintidos días (o alguno más). Durante este tiempo una mañana todos los presos de la cárcel se fugaron, pero él y un par de compañeros suyos no quisieron huir y se quedaron dentro. Alguien le preguntó si le costaba estar preso, a lo cual él respondió: "¿tanto mal os parece que es la prisión? Pues yo os digo que no hay tantos grillos ni cadenas en Salamanca que yo no desee más por amor de Dios". Cfr. Cándido de Dalmases. **El Padre Maestro Ignacio**. Madrid, BAC, 1962, pp. 81 ss.

(19) L. Garrido Guzmán. **Manual de Ciencia Penitenciaria**. Madrid, Edersa, 1983, pp. 104 ss. con bibliografía. Antonio Sanchez Galindo. **El derecho a la readaptación social**. Buenos Aires, Depalma, 1983.

Posteriormente, recordemos el libro del monje benedictino francés Mabillon (1632—1707), **Réflexions sur les prisons des ordres religieux** (1690), el reformatorio para jóvenes fundado por el Romano Pontífice Clemente XI, en Roma, en el hospicio de San Miguel, el año 1703, la prisión de mujeres construída en Roma, el año 1735, por Clemente XII, etc. San Vicente Paul fundó las Damas de la Caridad (con las subsiguientes conferencias de San Vicente de Paul) para visitar a los presos.

Fuera del mundo eclesiástico, muchos teóricos (podemos recordar a Howard, en Inglaterra, y a Concepción Arenal y Dorado Montero, en España) hablan de la religión (cristiana) en (y fuera de) la cárcel concediéndole gran importancia y subrayando principalmente su fuerza moralizadora, dentro de la finalidad general resocializadora de la privación de libertad. Durante varios siglos, tanto la teoría como la legislación y la praxis, en muchos países, consideraban — salvo excepciones — la vida religiosa del interno como un deber de éste y/o como un medio de conseguir su reforma o su reeducación, más que como un derecho fundamental e inalienable de libre ejercicio<sup>(20)</sup>.

J. Howard contempla la asistencia religiosa como un pivote de capital interés, por lo cual deseaba que en todas las cárceles existiera un capellán que atendiese a los cultos religiosos los días festivos y, además, dos días por semana con actos de culto y lectura de la Biblia antes de las comidas.

Concepción Arenal repetidamente se refiere a los efectos positivos de la religión, como ya hemos tenido ocasión de ver, pero también constata que, a veces, actúa equivocadamente por varios motivos. Por ejemplo, si los capellanes ejercen funciones judiciales, o si establecen un horario inhumano, etc. Acerca del horario interesa citar una página de su libro **El visitador**<sup>(21)</sup>, cuando dice:

“Véase cómo se dispone el empleo del domingo en las prisiones de uno de los pueblos que marchan a la cabeza de la civilización:

- 6 h  $\frac{1}{2}$  Levantarse.
- 7 h Bajar del dormitorio a la capilla.
- 7 h  $\frac{1}{2}$  Misa mayor.
- 9 h Refectorio, desayuno.

---

(20) Francisco Bueno Arus, “Las prisiones españolas desde la guerra civil hasta nuestros días”, en *Historia 16. Cárceles en España*, octu. 1978. Carlos García Valdés, *Régimen Penitenciario en España* (Investigación histórica y sistemática). Madrid, Instituto Criminología, 1975, pp. 77, 94 s., 120, 196 ss. Garrido Guzman, L. “La reciente reforma del Reglamento de los Servicios de Instituciones penitenciarias”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 5, 1978.

(21) Concepción Arenal, *El Visitador*, T. XIII, p. 113.

- 9 h ½ Aseo, paseo.
- 10 h Paso a la capilla.
- 10 h ½ Instrucción religiosa por el capellán.
- 11 h Lectura individual paseando.
- 12 h Almuerzo.
- 12 h ½ Lección de canto.
- 1 h ½ Lectura paseando.
- 2 h ¼ Ir a vísperas.
- 2 h ½ Vísperas solemnes.
- 3 h ½ Refectorio, comida.
- 4 h Paseo.
- 4 h ½ Ejercicios de bombas de incendios; para las mujeres, lectura.
- 5 h ¼ Paseo.
- 6 h ¼ Catecismo.
- 6 h ½ Paseo.
- 7 h Paso a los dormitorios.
- 7 h ½ Acostarse.
- 8 h Silencio."

Más criticable resulta la postura de ciertos sectores eclesiásticos que buscan en el mundo penitenciario aumento de poder institucional. Algo de lo que Karl Rahner, hablando de otro tema, denomina "idolatría y participación en el tremendo egoísmo de un sistema que busca su razón de ser en sí mismo... lindante con el fanatismo ideológico"... (22)

A pesar de las críticas que pueden y deben formularse contra algunos representantes de las iglesias, sin embargo, en general han cumplido bien sus deberes que, como indica Callies (23), consisten en preocuparse de los problemas humanos y de los intereses de los presos en amplio sentido, y también en ayudarles a descubrir y superar los abusos en la cárcel "Der Anstaltsselsorgen kann und muss sich daher der menschlichen Probleme und Interessen der Gefangenen in weitem

(22) Karl Rahner, "Rede des Ignatius von Loyola an einen Jesuiten von Heute", en Idem. *Schriften zur Theologie*, T. XV, Zürich/Benziger, 1963, p. 393.

(23) Callies, *Strafvollzugsrecht*, 1981, pp. 250 ss.

Umfang annehmen, wozu es auch gehört, Misstände im Strafvollzug aufzudecken und auf ihre Beseitigung zu drängen”.

Si nos fijamos particularmente en España, vemos que desde hace siglos la asistencia espiritual a los internos va íntimamente (y quizás excesivamente) ligada a los capellanes de instituciones penitenciarias. De su evolución histórica se han ocupado algunos especialistas (24). Aquí, nos limitamos a ofrecer un breve resumen de los últimos tiempos.

En la Ordenanza de Presidios de 1834 se crea el Cuerpo de Capellanes de prisiones, que dependen del obispo de cada diócesis, para que presten la ayuda religiosa y moral en las cárceles. Según esta Ordenanza, la asistencia espiritual de los presidiarios, confiada al capellán, comprendía el cumplimiento de los deberes religiosos (artículos 98, 4<sup>o</sup>; 165, 1<sup>o</sup> y 5<sup>o</sup>), las pláticas (artículo 165, 2<sup>o</sup>), las exhortaciones (artículo 165, 3<sup>o</sup>), las visitas a los enfermos (artículo 165, 4<sup>o</sup>) y a los presidiarios jóvenes (artículo 165, 7<sup>o</sup>).

El año 1842 se pide a los Capellanes que ofrezcan a los presos “el bálsamo saludable con que la religión cicatriza las llagas de un corazón ulcerado”. Por decreto de 25 de junio de 1873, poco después de la proclamación de la República, se suprimen los Capellanes de prisiones por “la necesidad absoluta de llevar hasta sus últimas consecuencias el saludable principio de la libertad religiosa, establecido por la constitución actual, a cuyo definitivo complemento aspira la conciencia pública, juntamente con el deseo de esparcir entre los reclusos en los establecimientos penales el germen de la instrucción, origen fecundo de mejoramiento”. Al suprimirse los Capellanes de Prisiones, se encomendó a la iniciativa individual ya la de las sociedades y corporaciones religiosas el cuidado de proporcionar a los penados que lo reclamasen los auxilios espirituales y las ceremonias del culto, siempre bajo la inspección del jefe del establecimiento y con las condiciones que la prudencia de éste tuviere por conveniente designar (25).

Legalmente resurge el Cuerpo de Capellanes penitenciarios el año 1881 (26). Pero, ya antes aparece el Capellán en la plantilla del personal de la penitenciaría política (art. 72 del Reglamento del 10 mayo 1874).

A comienzos de nuestro siglo, concretamente desde la entrada en vigor del Real Decreto de 5 mayo de 1913, en cada prisión debe

(24) Evaristo Martín Nieto, “Los capellanes penitenciarios ayer y hoy”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*. Números 224-227 (enero-diciem. 1979) pp. 73 y ss., y 101.

(25) Ciríaco Izquierdo Moreno, “La presencia de la Iglesia en los centros penitenciarios”, en *La Cárcel*. Madrid, Ed. Cáritas Española, 1984, pp. 154 ss.

(26) Federico Castejón. *La legislación Penitenciaria Española*. Ensayo de sistematización comprende desde el Fuero Juzgo hasta hoy. Madrid, Hijos de Reus, Editores, 1914, pp. 101, 341.

F. Bueno Arus. “Cien años de legislación penitenciaria”, en *Rev. Estudios Penitenciarios*. Núms. 232-235 (enero-dic. 1981), pp. 63-84, con bibliografía.

haber un capellán especialmente encargado del régimen moral y religioso de los internos, tiene como misión el cumplimiento de los preceptos de su ministerio en armonía con el régimen y disciplina general del establecimiento. Los penados católicos están obligados a asistir a los actos de culto; en cambio, no están obligados a asistir a los actos de culto los penados no católicos, pero sí están obligados a escuchar las conferencias morales que pueden dictar el capellán o los jefes y profesores de establecimiento u otras personas ilustradas (art. 14, Reglamento de 1º de febrero de 1885; art. 3º del Real Decreto de 11 de noviembre de 1912).

Al proclamarse por segunda vez la República en España, se suprimió otra vez el Cuerpo de Capellanes de prisiones, el año 1931; con motivación parecida a la del año 1873, es decir, por el respeto que se debe tener "a la vida de la conciencia de cada uno y a la libertad de cultos".

Con la guerra civil (1936—1939) cambia radicalmente el panorama. Evaristo Martín Nieto, Capellán penitenciario y funcionario excedente del Cuerpo Especial de Instituciones Penitenciarias (27), comentando la Orden Ministerial de 3 de octubre de 1938, reconoce que la Iglesia fracasó rotundamente. Empleó un método de pastoral poco apropiado. "Creo que se impartía inadecuadamente el Catecismo de la doctrina cristiana — dogma y moral católica — y sobre todo la apologética, con el afán, por una parte, de defender su propia postura, sus propias verdades, y por otra, de provocar la conversión de los que se consideraban descarriados. Creo que no logró absolutamente nada." No supo estar a la altura de esas "circunstancias nacionales" de las que habla la Orden ministerial y ante las que el poder civil emplazaba a los Capellanes.

Vuelve a resurgir el Cuerpo de Capellanes penitenciarios el año 1938 (Cuerpo de Capellanes provisionales). Su normativa definitiva, del año 1943, se apoya en el "tradicional espíritu católico del pueblo español". Poco tiempo después, en 1947, existían en España 103 capellanes de primera, segunda y tercera categoría. A mediados de enero de 1985, no funciona la Inspección de los servicios religiosos, y en el Cuerpo de Capellanes Penitenciarios, de los 79 y de plantilla, hay 36 titulares y 43 contratados. Otros sacerdotes y personas más o menos jerárquicas de diversas religiones asisten también a los internos en las instituciones penitenciarias.

En el País Vasco las cárceles han evolucionado poco más o menos como en el resto del Estado español y de los países cercanos a noso-

---

(27) Evaristo Martín Nieto, "Los capellanes penitenciarios ayer y hoy" ... p. 101.

tros culturalmente. Algunas peculiaridades de su historia quedan constatadas en las obras de Galindez, Gorosábel, Manuel de Irujo etc. (28).

La Iglesia española, en el sentido amplio de la palabra, debe ser consciente de que en los últimos tiempos ha trabajado principalmente en una microasistencia religiosa, preocupándose casi únicamente del cuidado religioso (como algo individual, e interior) de quienes están dentro de los muros carcelarios. En las circunstancias actuales es necesario que caiga en la cuenta de la obligación grave que le incumbe de trabajar en favor de una macroasistencia espiritual (como algo personal-comunitario e interior-exterior, como algo perteneciente a la cultura) exige también contribuir eficazmente con su buena nueva a procurar un cambio radical de las instituciones penitenciarias.

Brevemente, en España, la legislación y la práctica, hasta la segunda mitad del siglo XIX (y durante las décadas del régimen del General Franco, en el siglo XX), consideraron la religión en las cárceles principalmente como un deber del interno, y también como un medio de lograr su resocialización.

Tanto la legislación como la realidad penitenciaria cambia en el siglo XIX, con la Constitución liberal de 1869, y en el siglo XX, con la Constitución de la República y la de 1978. Actualmente España, como todos los países democráticos, regula la asistencia religiosa fundamentalmente para satisfacer los derechos del interno, según están reconocidos en la Declaración Universal de Derechos del Hombre, en otras normas de carácter supranacional, y en la Constitución.

Una evolución parecida a la española, se puede apreciar en Francia. Durante el siglo XIX varias normas legales insisten en la religión como medio para que los internos corrijan sus vicios. Así, la Instrucción de 22 de marzo de 1816 del Ministerio del Interior, bajo el título "Religión como orientación penitenciaria", escribe: "Los detenidos volverán algún día a la sociedad y la perturbarán de nuevo si la pena que han experimentado no ha triunfado de sus vicios y desviaciones. La influencia de las leyes divinas es muy beneficiosa y más eficaz que todo el rigor de las leyes humanas para alcanzar este fin importante de la corrección de sus vicios. Ud. señor Prefecto, mandará que la misa sea celebrada los domingos y días de fiesta en las cárceles; que no se abandonen los otros cuidados y servicios religiosos, que sus prácticas piadosas se celebren siempre con el respeto

---

(28) Pablo de Gorosábel. *Noticias de las cosas memorables de Guipúzcoa*, 3.<sup>a</sup> ed., T. III, Bilbao, Gran Enciclopedia Vasca, 1972, pp. 48 ss., 199 ss.

Manuel de Irujo, "El Derecho Vasco", en IDEM, *Escritos en Alderdi*, Tomo I (1949-1960), Bilbao, 1981, pp. 205 ss. IDEM, *El fondo religioso de la vida y el comunismo*, *Ibidem*, pp. 323 ss.

y la confianza que ellas deben inspirar". En sentido parecido se expresa el legislador francés el 25 de diciembre de 1819, el 24 de abril de 1840, el 20 de julio de 1845. . . Pero, ya algunos años antes, concretamente en un informe del Ministro del Interior, del 1º de febrero de 1837, se empieza a reconocer la práctica religiosa como derecho más que como deber de los internos. Textualmente dice así: "Aquellos que quisieran excluir de nuestras cárceles los signos del catolicismo y sus ceremonias, olvidan sobre todo que es el derecho de todo interno de cumplir sus deberes con su religión. Aquello que el ahora interno hacía cuando estaba en libertad, debe poder seguir haciéndolo en la prisión si es su voluntad".

La Circular del 8 de marzo de 1852 insiste en la eficacia de la asistencia religiosa (juntamente con el trabajo penitenciario) para el tratamiento de los internos<sup>(29)</sup>. Bajo la Tercera República francesa, a partir de 1875, se dicta una serie de leyes, que se llaman laicas, que excluyen el catolicismo de todos los servicios públicos. Se suprime los capellanes en los Liceos, el año 1882, y en los hospitales el año 1884. Pero, nada cambia, sin embargo, en las cárceles. Una Instrucción, del 10 de agosto de 1875, se refiere al celo y al trabajo de los capellanes en las instituciones penitenciarias; de modo semejante, un Decreto-Reglamento del 11 de noviembre de 1885. La Ley de 9 de diciembre de 1905 denuncia el Concordato con el Romano Pontífice, declara la separación de la Iglesia y del Estado, pero, garantiza la libertad de conciencia y de culto también en las instituciones penitenciarias, y señala una retribución económica a los capellanes, en el art. 2º de esta Ley.

Si pretendemos evaluar, en general, la asistencia espiritual a los presos a lo largo de la historia, como suelen hacerlo algunos tratadistas del tema, coincidiremos con casi todos ellos en considerarla positiva, pero no por haber logrado efectos visibles, prácticos, tangibles y medibles con el baremo del "mundo", sino más bien por haber escuchado, respetado y consolado a los pobres, a los marginados, a las personas irreparablemente destrozadas por mil factores etiológicos personales y comunitarios<sup>(30)</sup>. Los trabajos de las Iglesias en favor de los presos y de la humanización de las cárceles, especialmente por medio de los religiosos y religiosas, están todavía por escribir y si se prescinde de excepciones, merecen el agradecimiento de toda la sociedad.

---

(29) Jean Fimatel. "Chronique pénitentiaire", en *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1948, pp. 552 ss.

(30) Gudrun Diestel/Peter Rassow/Otto Schäfer/Ellen Stubbe: *Kirche für Gefangene — Erfahrungen und Hoffnungen der Seelsorgepraxis im Strafvollzug*. München, Chr. Kaiser, 1980. pp. 175 ss. E. Cuello Calón. *La Moderna Penología*, Barcelona, 1958, pp. 393 ss.

V — **Normativa actual** (El artículo 54 de la Ley y sus correspondientes artículos del Reglamento).

El artículo 54 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, más breve que los artículos similares en otros países de nuestro ámbito cultural, como por ejemplo Portugal y la República Federal de Alemania, encuentra su auténtico desarrollo principalmente en los cuatro artículos — que ya conocemos — del Reglamento, aprobado por Real Decreto Ley 1.201/1981, de 8 de mayo. Directamente en los artículos 180 y 181, que forman el Capítulo II, **Asistencia religiosa**, del Título III, "De las prestaciones de la administración"; e indirectamente en los artículos 292 y 293, que forman la Sección duodécima, "De los capellanes", del Capítulo II, **Organos unipersonales**.

A la luz de estos artículos, se deduce que la Administración garantiza a las personas sancionadas con penas privativas de libertad la posibilidad de ejercer sus derechos para el adecuado desarrollo de su vida espiritual. Esos derechos se pueden agrupar en tres capítulos:

1º) Derecho a la libertad religiosa.

2º) Derecho a ser atendidos por ministros de su religión.

3º) Derecho a las actividades necesarias para el desarrollo religioso.

### 1. **Derecho a la libertad religiosa**

El artículo 180 del Reglamento, después de transcribir, en su párrafo 1º, el artículo 54 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, formula claramente en su párrafo 2º el derecho a la libertad de conciencia diciendo que ningún interno "será obligado a asistir a los actos de culto ni de otro tipo de ninguna confesión religiosa, ni se limitará su asistencia a los que organice la iglesia, confesión o comunidad religiosa a la que pertenezcan".

Se reconocen, pues, los siguientes derechos:

A) el derecho a la elección religiosa,

B) el derecho al ejercicio religioso,

C) el derecho a la abstención religiosa, y

D) el derecho a la simultaneidad religiosa. (31)

La Administración garantiza al interno la posibilidad de escoger la religión que él desee y/o cambiar de religión, según considere oportuno. También le garantiza el derecho a ejercitar su propia reli-

(31) F. Buenos Arus. *Notas sobre la Ley General Penitenciaria* ... pp. 18 ss. Carlos García Valdés. *Informe General 1979*. Madrid, Dirección General de Inst. Penitenciarias 1979, pp. 174 ss. IDEM, *Comentarios*... pp. 181 s. L. Garrido Guzman. *Manual de Ciencia Penitenciaria*, Madrid, Edersa, 1983, pp. 42 ss., 405 ss. B. Mapelli Caffarena. *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español*. Barcelona, Bosch, 1983, p. 212.



gión, como explicaremos a continuación. Y, por fin, le garantiza el derecho a abstenerse total o parcialmente de sus prácticas religiosas.

A tenor del derecho a la simultaneidad de práctica religiosa en diversas "confesiones", el interno puede asistir a los actos que organicen varias religiones. Está en su mano, por lo tanto, beneficiarse de la asistencia espiritual de otras religiones, a las cuales él no pertenece.

Este último aspecto no se reconoce en algunos otros países, por ejemplo, en Francia, donde el artículo D-432 sólo le reconoce al detenido derecho a participar en los servicios (organizados para los internos) de su religión. Esta limitación a la libertad religiosa en Francia obliga a que, según el artículo 436 del Código de Procedimiento Penal, el detenido, al ingresar en la institución penitenciaria, deba declarar su intención de practicar o no sus creencias religiosas. Según este artículo, los que entran en la cárcel deben manifestar si desean practicar su religión. De hecho, en Francia se acostumbra a preguntar a toda persona que ingresa en prisión si tiene o no una religión, y, en caso de respuesta afirmativa, cuál es esa religión.

Actualmente la mayoría de los países reconocen en sus normas penitenciarias el derecho del interno a la libertad religiosa; pero, su amplitud y sus matices varían bastante. El ingresar en prisión debe limitar lo menos posible el derecho de libertad religiosa del sancionado. Por lo tanto, el interno en este punto debe poder vivir de manera lo más parecida posible a la de quienes están fuera de la cárcel<sup>(32)</sup>. Al hablarse de iglesias parece justo que se incluya, bajo la palabra iglesia o religión, también las sectas religiosas, por ejemplo los Adventistas del 7º Día, los Mormones, etc.

De hecho, en España se cumple sin obstáculos este derecho de la libertad religiosa como lo prueba, por ejemplo, el dato que conocemos por el Informe General de las actividades desarrolladas en las Instituciones Penitenciarias españolas durante el año 1982, donde se constata que "a la asistencia religiosa que venían realizando los ministros de culto de las Iglesias, confesiones o comunidades religiosas no católicas hay que añadir las llevadas a cabo durante el año 1982 en los Establecimientos Penitenciarios de Cartagena, Córdoba, Puerto de Santa María, San Sebastián, Santa Cruz de Tenerife y Toledo, por miembros de la Asociación Testigos de Cristianos de Jehová; en los de Lugo, Puerto de Santa María, Santa Cruz de Tenerife y Santoña, por las Iglesias Cristianas Adventistas del Séptimo Día de España, a la que se autorizó el bautismo de dos internos, uno en Lugo y otro en Santoña; en el Complejo femenino de Madrid, por la Comunidad Cristiana del Evangelio Eterno y por la Iglesia de Cristo en Madrid; en el Establecimiento de Murcia, por la Iglesia Evangélica Bautista

(32) Peter Rassow, "Religionsausübung", ... p. 248. S. Schöch, en Kaiser/Kerner/Schöch, Strafvollzug. Ein Lehrbuch, 3.ª ed., Heidelberg, C. F. Müller, 1982, p. 168.

de Murcia; en el de Málaga, por la Comisión de Defensa Evangélica Española; en los de Algeciras, Jerez de la Frontera y Puerto de Santa María por la Federación de Iglesias Evangélicas Independientes de España; en el de Puerto de Santa María, por la Iglesia de Cristo en Rota, y en el de León, por la Iglesia Evangélica" (33).

El Concilio Vaticano II proclama claramente la libertad religiosa en la Constitución Pastoral **Sobre la Iglesia en el mundo actual** (promulgada en el Vaticano el 21 de noviembre de 1964): "Se reprueban también todas las formas políticas, vigentes en ciertas regiones, que obstaculizan la libertad civil o religiosa"... (Nº 73). Y, con más amplitud, en la **Declaración sobre la libertad religiosa (De libertate religiosa)**, Roma, 7 diciembre de 1965: "De manera que en materia religiosa no se obligue a nadie a obrar contra su conciencia, ni se le impida que actúe conforme a ella en privado y en público, solo o asociado con otros, dentro de los límites debidos" (Nº 2). El número siguiente, Nº 3 de esta Declaración, considera la religión como algo esencial al hombre que debe ser vivido en su interior pero también públicamente, en grupo, en sociedad, en comunidad, y que la autoridad civil no tiene competencia en este campo, sino que debe limitarse a permitir y/o favorecer que los grupos sociales — las Religiones — tengan plena libertad para en privado y en público manifestarse, sin más trabas que las exigidas por el orden público.

Superado ya totalmente el equivocado principio de que el error no tiene derecho alguno, hoy se planea y respeta el derecho de los que "quizá" yerran (34).

## 2. **Derecho a ser atendido por un ministro de su religión**

Esta atención del ministro religioso queda descrita en el Reglamento como comprensiva de los siguientes apartados:

- A) Actos de culto.
- B) Comunicación personal y colectiva con el ministro.
- C) Otras actividades religiosas.

### A) **Derecho a actos de culto**

Ya desde los tiempos primitivos, todos los grupos humanos han practicado actos de culto. También en las Instituciones penitenciarias, desde sus inicios históricos, se ha procurado la posibilidad de celebrar actos cúltricos. Estos son los últimos que prohíben — si prohíben — las legislaciones antireligiosas, como lo muestra la historia de los diversos países en los periodos de gobierno considerados "antireligiosos".

(33) DIRECCIÓN GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS. **Informe General 1962**, Madrid, 1964, pp. 68 y s.

(34) Izquierdo Moreno, "Pastoral penitenciaria con acatólicos", en *Rev. Est. Penitenciarios*. N.º 186 (julio-diciem. 1969), pp. 425 ss.

Actualmente todas las legislaciones que admiten el derecho a la libertad religiosa facilitan la celebración de actos de culto dentro de los muros carcelarios. Como ejemplo podemos citar la normativa de Gran Bretaña según la cual los capellanes penitenciarios de la Iglesia de Inglaterra celebrarán servicios religiosos en las cárceles todos los días de fiesta, y los ministros de otras religiones deberán celebrar también actos de culto en los tiempos en que se determine, según las normas de su religión<sup>(35)</sup>.

En España el reglamento penitenciario se refiere varias veces al tema. El artículo 180, en su párrafo 2º, permite al interno asistir a los actos de culto de su religión y de cualquier otra religión, Iglesia, Confesión o Comunidad religiosa. Según el artículo siguiente (número dos) se habilitará un local adecuado para la celebración de esos actos (después lo comentaremos). Y, en el número siguiente, ordena que las normas de régimen del establecimiento adoptarán las medidas que garanticen a los internos la posibilidad de asistir a esos actos de culto. El artículo 293, en su número 2.1, entre las funciones específicas de los capellanes señala el "celebrar la santa misa los domingos y días festivos... y administrar los sacramentos", y supone que hay "objetos sagrados de culto" de los cuales el capellán llevará el inventario. Además, el capellán deberá remitir al Centro directivo los partes, informes y estadísticas que éste le ordene. Por lo que se publica en las Memorias anuales de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias<sup>(36)</sup>, se comprende que esos partes, informes y estadísticas se refieren (también) a los actos de culto y administración de sacramentos.

(35) Prisons. Being a Reprint from Halsbury's Laws of England, 4.ª ed. L. J. Blom-Cooper, G. J. Zellick y H. Burton, Londres, Butterworths, 1982, pp. 762 s.

(36) DIRECCIÓN GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS. Informe General 1982 (Madrid, 1984), p. 224. Durante el año 1982 en las Instituciones Penitenciarias se administraron los sacramentos siguientes:

CENTROS	N.º	OBSERVACIONES
El Dueso .....	2	Iglesia Adventista del Séptimo Día.
Madrid, Hospital .....	2	
Tarragona .....	4	

CENTROS	N.º	OBSERVACIONES
Albacete .....	1	
El Dueso .....	1	
Granada .....	5	
Madrid, Hombres .....	2	
Ocaña I .....	1	
Pamplona .....	1	
San Sebastián .....	3	
Sevilla .....	7	

Por tanto, según los preceptos reseñados del Reglamento, los internos tienen derecho en España a que un ministro religioso celebre actos de culto de su religión, y tienen derecho a asistir a los actos de culto que dentro del establecimiento celebre cualquier otro ministro de cualquier otra religión.

Sería de desear que el Reglamento declarase que, si la autoridad penitenciaria impide a algún interno la asistencia a los actos de culto, debe al menos comunicárselo al capellán, ya que las autoridades penitenciarias no pueden sin grave motivo impedir a los internos la participación a los actos de culto que realice su comunidad religiosa o a los ejercicios de culto que realice otra comunidad distinta de la suya (87).

A la luz de lo establecido en los preceptos indicados parece oportuno comentar algo ahora acerca de qué debe entenderse por actos de culto, quienes los han de celebrar, dónde y cuándo.

Como ya hemos indicado antes, los criterios para aclarar estos temas estrictamente religiosos competen a cada una de las iglesias o religiones, sin que el Estado deba inmiscuirse en este tema, salvo por motivos de orden público. El Estado ni puede ni debe intervenir en el comentario o interpretación de qué debe entenderse por actos de culto.

Estos conceptos religiosos por su dimensión humana, evolucionan con el transcurso del tiempo, por lo cual hemos de prestar atención a los estudios y a las experiencias de los teólogos y especialistas contemporáneos. Concretamente, conviene admitir que, junto a los actos de culto tradicionales, hoy deben considerarse también actos de culto otras actividades nuevas como pueden ser grupos de trabajo, dinámicas de grupo, comunidades de base, etc. (88). También hemos de admitir que, junto al capellán, otras personas laicas, individuales o en grupo, pueden y deben celebrar estos actos de culto: los Capellanes y sus colaboradores (benévolos o remunerados) actúan ya tradicionalmente en diversos campos.

Naturalmente para que se celebren los actos de culto, tal y como lo promete el Reglamento, debe contarse con los necesarios ministros de la religión. Concretamente, en España, deberá contarse, al menos, con sacerdotes católicos que puedan celebrar la misa, administrar los sacramentos, etc. Nada se encuentra al respecto en la ley. Aunque el

(87) P. Rassow. "Religionsausübung", en *Strafvollzugsgesetz, 16-III-1976, Grosskommentar*, hrg. H.-D. Schwind y A. Böhm, Berlin, W. de Gruyter, 1983, p. 256. Rolf-Peter Callies. *Strafvollzugsrecht*, 2.ª ed., München, C. B. Beck'sche, 1981, p. 256.

(88) V. Enrique y Tarancon (Cardenal). "Las Comunidades de Base son fundamentales en la Iglesia", en *Vida Nueva*, n.º 1.421, p. 599.

H. Martín, Frete Seelsorge..., p. 365. También tiene cabida aquí el principio de comunidad terapéutica de que habla el artículo 86.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

artículo 266 del Reglamento dice que "En los establecimientos de preventivos existirá al menos un equipo de Observación, integrado por un Jurista-Criminólogo y un Psicólogo, funcionarios del Cuerpo Técnico de instituciones penitenciarias, y por un Asistente Social", nada similar se dice de la necesidad de que haya capellanes (para la asistencia espiritual). Quizás se da por supuesto. Quizás se deja el tema en el aire para que se reconsidere la conveniencia o no de que siga existiendo el Cuerpo de Capellanes de instituciones penitenciarias. Un sector de los teóricos (y quizás también de los que actualmente llevan la dirección de las instituciones penitenciarias españolas) desea que los sacerdotes católicos que prestan su asistencia espiritual en las cárceles no pertenezcan al Cuerpo de Capellanes tal y como este Cuerpo viene estructurado en la legislación heredada. En mi opinión sería conveniente remodelar radicalmente este Cuerpo, y quizás configurarlo de manera que no sean funcionarios del Estado. En la legislación comparada se encuentran normas y estructuras muy diversas, de acuerdo con las distintas características sociales, políticas y religiosas de cada país (39).

El artículo 293 del Reglamento dice expresamente que los párrocos (de los cuales dependen los capellanes y cada establecimiento, según su ubicación geográfica) podrán ejercer su sagrado ministerio en los establecimientos penitenciarios pertenecientes a su parroquia, de acuerdo con el capellán (si lo hay) y con sujeción a las disposiciones de este Reglamento.

Siguiendo la línea marcada en el Concilio Vaticano II que reconoce la igualdad entre los laicos y la jerarquía (40), y a tenor de la práctica cada día más frecuente en muchas parroquias de que los laicos tomen parte activa en las celebraciones litúrgicas, parece justo que las autoridades penitenciarias deban reconocer a algunos laicos ciertos derechos y ciertas prerrogativas que el texto legal asigna a los capellanes, siguiendo una interpretación progresiva (a tenor de lo indicado en el artículo 3.1 del Código civil español) de los documentos del Concilio Vaticano II, especialmente de la Constitución sobre los laicos. La localidad vizcaína de Aránzazu tiene como máxima autoridad religiosa, como párroco, una mujer, M.<sup>a</sup> José Arana, desde mediados del año 1984 (41).

(39) Pardo Martínez. Informe sobre el Congreso... en Rev. Est. Penit. Núms. 200-203 (1973), pp. 325 ss.

(40) Decreto "Apostolicam actuositatem", sobre el apostolado de los seglares (Roma, 18 de noviembre de 1965), en Documentos Conciliares Completos, Madrid, Razón y Fe, 1967, pp. 629 ss.

(41) Según informa la prensa del 29 de diciembre de 1984 (El Correo Español — El Pueblo Vasco).

En el mes de diciembre de 1984 hay en la diócesis de Vizcaya trece laicos (seis hombres y siete mujeres) que en otras tantas parroquias ejercen como párrocos excepto en la administración de sacramentos.

Para la celebración de los actos litúrgicos, en muchos países, la legislación suele establecer que en cada institución penitenciaria haya un local adecuado.

En España los antecedentes legales, generalmente, han reglamentado la existencia de una capilla en cada institución penitenciaria, incluso en los tiempos de legislación menos "favorable". Por ejemplo, el Decreto de 25 de junio de 1873, en su artículo 2, disponía que estuviera dispuesta en los días de precepto la capilla del establecimiento y los objetos de culto en ella existentes para las ceremonias de culto.

Actualmente, para la celebración de los diversos actos de culto, el nº 2 del artículo 181 dispone que se habilite un local adecuado. No dice si esa habilitación supone que el tal local se dedique exclusivamente a los actos de culto. Pero, sí afirma que debe ser adecuado. Por desgracia, con frecuencia no se cumple este requisito. Quizás porque las personas que deciden sobre el tema opinan — erróneamente — que cualquier local sirve para celebrar los actos litúrgicos.

En cuanto al punto de si tal local debe estar destinado exclusivamente o no a los actos de culto, conviene evitar los dos extremos: no parece aconsejable, ni factible, reservar un gran espacio para solo los actos de culto; pero sí parece exigible en justicia que cada institución penitenciaria, especialmente las grandes, destine un local únicamente para lugar de recogimiento, de oración, de contemplación y actos religiosos. Este pequeño local puede estar ubicado de tal manera que al abrirse sus puertas comunique a un gran salón (como puede ser el salón de actos, el comedor, los pasillos, etc.), para la celebración de los actos litúrgicos en los días festivos.

Considero deseable que un artículo del Reglamento indicara expresamente la necesidad de que en todos los establecimientos, al menos en los establecimientos con gran número de internos, haya un local para tales actos, algo así como el artículo 145 dice que en todos los establecimientos penitenciarios existirá un local destinado a enfermería.

La fórmula actual "se habilitará" admite interpretar como suficiente que, llegado el momento de la celebración litúrgica, se habilite o arregle cualquier local para que sirva a la celebración.

La Comunidad de dentro de la cárcel debe poder experimentar su unión con la Comunidad de fuera, especialmente en el servicio religioso, en los actos de culto sobre todo en la eucaristía. Para ello ayudará que personas y grupos de fuera del Establecimiento tomen parte en la eucaristía, que se celebre en el interior del establecimiento penitenciario y que también algunos internos puedan salir, con el debido permiso, a celebrar la eucaristía fuera de la cárcel, en la iglesia más relacionada con la institución penitenciaria. Actualmente, en Alemania y Suiza es relativamente frecuente que laicos domiciliados

cerca de la Institución Penitenciaria participen en la preparación y en el desarrollo de la eucaristía dentro de la cárcel.

Dado que la mayoría de los internos de España pertenecen a la religión católica<sup>(42)</sup>, se comprende que en los establecimientos se celebre la misa al menos todos los días festivos, y se administren los sacramentos en las fechas oportunas. De hecho, en todos los establecimientos suele celebrarse la misa los domingos y días festivos y se

(42) Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Informe General 1982 (Madrid, 1984), pp. 223 s.

#### ASISTENCIA RELIGIOSA

Internos católicos, no católicos y que no profesan religión alguna en los Establecimientos Penitenciarios

CENTROS	Internos no católicos	Internos que no profesan religión alguna	Internos católicos
	%	%	%
Albacete .....	3,55	2,39	94,07
Algeciras .....	3,00	—	97,00
Alicante .....	14,22	4,00	81,78
Alcalá, Cumplimiento .....	—	—	100,00
Alcázar de San Juan .....	—	—	100,00
Burgos .....	8,00	7,00	85,00
Cáceres, I .....	5,40	—	94,60
Cáceres, II .....	5,00	—	95,00
Cartagena .....	2,20	2,80	95,00
Castellón .....	5,00	3,00	92,00
Ciudad Real .....	2,00	—	98,00
Cuenca .....	9,61	1,93	88,46
El Dueño .....	13,95	0,69	85,36
Figuerras .....	6,00	8,00	95,00
Gijón .....	3,82	1,18	94,70
Granada .....	4,80	1,00	92,50
Huelva .....	5,75	1,75	80,00
Huesca .....	20,00	—	86,00
La Coruña .....	12,00	2,00	97,00
León .....	3,00	—	90,00
Logroño .....	5,00	5,00	89,00
Madrid, Hombres .....	9,00	2,00	86,50
Madrid, Psiquiátrico .....	10,50	3,00	23,30
Melilla .....	71,40	5,30	85,00
Nanclares de la Oca .....	—	15,00	86,00
Ocaña, I .....	2,00	—	98,00
Ocaña, II .....	2,00	—	98,00
Orense .....	12,00	8,00	80,00
Oviedo .....	—	—	100,00
Palencia .....	4,00	26,00	70,00
Palma de Mallorca .....	12,00	5,90	82,10
Pamplona .....	8,00	2,00	90,00
Pontevedra .....	29,00	6,00	65,00
Salamanca .....	9,00	2,00	89,00
San Sebastián .....	2,00	—	98,00

(Continúa)

suelen administrar sacramentos especialmente del bautismo, de matrimonio y asistencia a los difuntos, como consta en las Memorias de las Instituciones Penitenciarias.

La celebración litúrgica en los días especialmente señalados puede contribuir muy positivamente en las instituciones penitenciarias, como recuerda varias veces Concepción Arenal que ve en esos días "especialmente destinados al ejercicio de la voluntad y a la depuración del gusto, cosas ambas de capital importancia" (43).

#### B) Comunicación con los ministros religiosos y otras actividades

Según el nº 3 del artículo 181 del Reglamento, los internos tendrán derecho "a la comunicación con los ministros del servicio religioso de las iglesias, confesiones y Comunidades religiosas". Esta comunicación admite dos formas: secreta y no secreta (44).

La primera, es decir, la que exige obligado secreto profesional o confesional, se celebrará en la forma establecida para los abogados defensores (art. 103, párrafo 3) por lo tanto se celebrará en locutorios especiales en los que quede asegurado que el control del funcionario encargado del servicio sea solamente visual (art. 101.1.C).

En la visita no secreta, el ministro de culto, si no es católico, será acompañado por el funcionario que designe el Director de la institución penitenciaria. Si el ministro de culto es católico será acompañado por el capellán del Cuerpo de Capellanes. Esta norma del art.

(Continuación de nota 42)

CENTROS	Internos no católicos	Internos que no profesan religión alguna	Internos católicos
	%	%	%
Santa Cruz de la Palma .....	—	—	100,00
Santander .....	10,00	4,00	86,00
Segovia, Cumplimiento .....	2,00	8,00	90,00
Segovia, Ebrios .....	—	—	100,00
Sevilla .....	2,00	—	98,00
Soria .....	—	—	100,00
Tarragona .....	10,00	2,00	88,00
Teruel .....	0,92	—	99,08
Toledo .....	—	—	100,00
Valencia, Hombres .....	7,00	3,00	90,00
Valladolid .....	1,00	11,00	88,00
Vigo .....	4,00	2,00	94,00
Zaragoza .....	4,00	5,00	91,00

(43) Arenal, Concepción. "Empleo del domingo y de los días festivos en los establecimientos penitenciarios", en *Obras Completas*. Tomo XIV, Madrid, 1896, p. 89.

(44) Francisco Bueno Arus, "Estudio preliminar", en C. García Valdés, *La Reforma Penitenciaria, Española*, Madrid, 1981, p. 94.

Carlos García Valdés. *Introducción a la Penología*, Madrid, 1981, pp. 119 s.

Luis Garrido. *Manual de Ciencia Penitenciaria*, Madrid, 1983, pp. 104 ss., 407.

Borja Mapelli Caffarena. *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español*. Barcelona, Bosch, 1983, p. 241.



102.1, párrafo 2, muestra que el interno tiene derecho a solicitar comunicarse personalmente con otro sacerdote católico concreto distinto del capellán del establecimiento. Sería conveniente que los internos pudieran, con facilidad, comunicarse telefónicamente con los representantes de las iglesias.

Entre las funciones específicas de los capellanes en el artículo 293 del Reglamento se indica la de "visitar a los internos a su ingreso en el establecimiento y dedicar al menos una hora al día para recibir en su despacho aquellos que deseen exponerle las dudas y problemas que les afecte".

Para garantizar a los internos el derecho a estas comunicaciones y visitas, "las normas del régimen de los establecimientos penitenciarios deberán adoptar las medidas oportunas", como dice el n.º 3 del art. 181 del Reglamento. La legislación española no especifica si el capellán puede visitar al interno que lo solicita cuando a dicho interno se le ha impuesto el correctivo de aislamiento en celda por alguna falta grave determinada en los arts. 111 y siguientes. Parece deseable que al capellán se le permita visitar a estos detenidos, como lo establece en Francia el artículo D-437. La legislación francesa regula con más detalle la visita del capellán nombrado perpetua o interinamente. El artículo D-437 permite que el capellán hable con el detenido, y ninguna sanción puede suprimir esta facultad, incluso puede hablar con el detenido en las horas de trabajo si la interrupción de este trabajo no afecta a la actividad de los otros detenidos y la conversación naturalmente se realizará sin el control de ningún vigilante. De hecho los capellanes a tiempo completo en los grandes establecimientos franceses suelen disponer de las llaves de las celdas (45).

En Alemania según la legislación actual, en casos urgentes y graves la dirección de la institución penitenciaria está obligada a permitir la entrada del capellán en la cárcel (46). En casos de perturbaciones del orden público en la institución penitenciaria el capellán o el representante de las Iglesias o de la Comunidad, debe tener una libertad de movimiento mayor que otros funcionarios, pues cuenta la dimensión diferente del representante de la religión; pero, si por su actividad y por las circunstancias, corre grave peligro el capellán, el Director de la institución penitenciaria podrá tomar las medidas que considere necesarias.

En Inglaterra el capellán debe visitar diariamente a los prisioneros que pertenecen a la Iglesia de Inglaterra si están enfermos, y los podrá visitar aunque estén sancionados en celdas de castigo. A cada Ministro religioso de la cárcel se le entregará la lista de los prisioneros que se han declarado pertenecer a su religión y podrá él

(45) Père Clavier, *Les droits religieux...* pp. 17 s.

(46) Peter Rassow..., pp. 252 ss.

visitar sólo a los prisioneros de su religión. Atinadamente en la legislación inglesa de 1964 (Prison Rules. r. II, I, a), se ordena que el capellán debe entrevistar a cada prisionero de su religión en el momento en que éste ingresa en la cárcel y también en el momento en que sale de la cárcel. El capellán de la Iglesia de Inglaterra y el ministro de cualquier religión debe visitar a los internos de su religión regularmente, en cuanto sea razonable. El Director de la Institución penitenciaria debe procurar que los miembros de religiones que no tengan representantes de su religión puedan ser visitados por tales personas (47).

A la luz de los artículos 181 (números 3 y 4), 292 y 293 (nº 2), además de las visitas y comunicaciones, los ministros religiosos (también los laicos) pueden y deben celebrar otras actividades de diversa índole. Transcribimos a continuación algunas de las que indica el capellán Ciriaco Izquierdo Moreno: (48)

### **Actividades litúrgicas**

#### **1) Ordinarias:**

Formación y ensayos del coro.

Preparación de la misa dominical.

Celebración de la misa, con homilía participada, todos los domingos y días festivos.

Peticiones en el ofertorio, por los mismos internos.

Misas por difuntos de funcionarios e internos.

Celebración de matrimonios.

Preparación y recepción de los sacramentos de la Eucaristía y penitencia.

#### **2) Extraordinarias:**

Preparación de las fiestas más notables del año: Adviento, Navidad, Epifanía, Cuaresma, Pascua.

Celebración de la Semana Santa, con actos adecuados y participación de los internos.

Festividad de la Merced (ambientación con un triduo).

### **Actividades catequético-culturales**

Charla semanal de formación religiosa, de dogma o moral, con diapositivas-filminas.

(47) Prisons. Being a Reprint from Halsbury's Laws of England, 1982, p. 763.

(48) Ciriaco Izquierdo Moreno, "La presencia de la Iglesia en los centros penitenciarios", en *La Cárcel*, Corintios XIII, 27/28 (1984), p. 171.

Distribución de periódicos y revistas de formación religiosa.

Distribución de la Biblia y del Nuevo Testamento.

Cursillos de cristiandad.

Cursillos bíblicos.

Preparación para la recepción de la confirmación o matrimonio.

Los capellanes y/o quienes trabajen en la formación e información religiosa de los internos con sus charlas, conferencias, grupos de discusión, etc., deben estudiar y conocer la situación social y psicológica del interno para brindarles el Dios que está más cercano a ellos y por los caminos más apropiados para ellos. Especialmente deben acudir a la palabra de Dios en el evangelio y en los salmos<sup>(49)</sup>. En concreto, se debe brindar al interno una imagen del Dios de Jesús, es decir el Dios de la libertad, el Dios de la gracia y del perdón, el Dios de la apertura al otro, el Dios que es lazo de unión que es una realidad experimentable, capaz de colmar el vacío y la soledad del interno, capaz de darle confianza en El y en los otros, capaz de convencerle de que Dios y los hombres le toman en serio al delincuente como ser responsable y le facilitan el descubrimiento (intelectual y experimental) del amor fraternal. Para ello ayudará en gran manera el rito simbólico de la mesa de la Eucaristía como símbolo eficaz de la fraternidad. Sobre estos y otros temas se expresa la Comisión Internacional de los Capellanes Generales de Prisiones en una carta que en septiembre de 1983, ha dirigido a los medios de comunicación, a todos los sacerdotes que trabajan en las cárceles y también a las Naciones Unidas, al Consejo de Europa y a los Gobiernos.

### 3. Derecho a la asistencia espiritual global

Qué debe entenderse por asistencia espiritual a la que tiene derecho el interno, de la que habla el apartado 2º del artículo 181 del Reglamento, nos lo explicita (en cierto grado) el apartado 4 del mismo artículo cuando dice que tal asistencia “comprenderá todas las actividades que se consideren necesarias para el adecuado desarrollo religioso de la persona”. Esta frase puede parecer demasiado amplia, pretenciosa y vaga; pero, dada la naturaleza del tema, el legislador ni puede ni debe concretar más su contenido. Si, como dice Zubiri, el hombre no **tiene** religión sino que el hombre **es** religión, resulta imposible definir la esencia de ésta con descripciones concretas. Por lo tanto al interno se le reconocerá su derecho a todo lo que sea — se considere entre los especialistas — necesario para que su vida religiosa crezca y madure.

(49) Como he dicho antes, trato aquí especialmente desde y para los cristianos.

El número 4 del artículo 181 del Reglamento reconoce (con bastante acierto) este derecho de los internos, difícil de describir pero sumamente importante. Desconozco cómo surgió este número último del artículo 181, y nada he encontrado escrito al respecto. Cabe suponer que el legislador, al releer el contenido de los preceptos anteriores, cayó en la cuenta de que falta algo importante, aunque él no lo sepa formular. Por eso se consideró obligado a dejar una puerta abierta a lo que los técnicos, los teólogos, **consideren necesario**.

A la luz de la teología (cristiana) parece oportuno indicar tres aspectos que deben incluirse en este "cajón de sastre" de la asistencia religiosa:

A) La dimensión agápica de la asistencia espiritual.

B) El derecho de los internos a estructurarse como Pueblo de Dios.

C) El derecho de los internos a relacionarse con el Pueblo de Dios próximo a la cárcel.

#### **A) Dimensión "cordial", agápica, maternal de la asistencia espiritual**

La asistencia a la que tiene derecho el interno no puede limitarse estrictamente a las prácticas cultuales, ni a la instrucción doctrinal, ni a lo "puramente espiritual", sino que debe incluir y subrayar la faceta de la encarnación. Mil detalles cordiales enriquecen la asistencia espiritual, agápica, del representante de la Iglesia. Por ejemplo, la esposa de Miguel Hernández pudo visitarle a éste, poco antes de morir el 28 de marzo de 1942, tres veces, en comunicación extraordinaria, gracias a la intervención de un sacerdote<sup>(50)</sup>. Acertadamente escribe un Capellán de prisiones<sup>(51)</sup> que, más allá de los medios "normales" de ayuda carcelaria personal y/o institucional que pueden regularse y describirse legalmente, hay — y debe haber — un enorme espacio vacío para el capellán y para el Pueblo de Dios, espacio "cordial" que nadie puede colmar mejor que ellos: la estima sincera a la persona del delincuente, el respeto de y a su diferencia, la comprensión de su culpabilidad, la sintonía con sus suprimientos, el estímulo renovado en sus intentos de superarse, de liberarse, la tolerancia parecida a la de Jesucristo con sus más "pequeños", sus más "humildes".

Las normas al respecto en el Derecho comparado se expresan con matices más o menos amplios; pero, en la práctica se permite generalmente al capellán y sus colaboradores esta asistencia cordial aunque no haya sido explicitada en las normas legales o aunque se la niegue. Así, por ejemplo, en Francia, el artículo D 434 establece entre las

(50) Josefina Manresa, *Recuerdos de la Viuda de Miguel Hernández*, Madrid, ed. la Torre, 1980, p. 139.

(51) F. Haumesser. "Jeunes en prisons?" en *Recherches*. 2.º trimestre 1984, p. 17.

misiones del capellán "llevar regularmente a los internos la ayuda de la religión"; y añade que "debe ejercer con los internos únicamente una tarea espiritual y moral". Esta restricción parece criticable pues da pie a interpretaciones inhumanas y anticristianas. Prácticamente, en Francia, predomina la interpretación amplia y se ve bien que el capellán desarrolle su asistencia caritativa, incluso con cierta ingenuidad. Como ha escrito recientemente el *aumonier* Clavier<sup>(52)</sup> si el capellán tiene por misión ayudar al interno a vivir su religión, y ésta es una vida de amor, difícilmente puede cubrir tal tarea sin una amistad humana, amistad que se expresa no sólo en los actos de culto y en los sacramentos y la predicación y conversación sino también, y no menos, en los encuentros humanos y en las relaciones de servicio a los más marginales. Algunos de estos servicios nadie le puede prestar al interno mejor que el capellán, si es debidamente prudente y está ayudado por colaboradores benévolos.

En Alemania se reconoce también a los internos este derecho a la asistencia caritativa y diacónica. Y, como explica el catedrático Karl Peters, se piensa que el campo de acción del Ministro eclesiástico se extiende hasta lo asistencial y caritativo pues actúa como servidor de Dios, como testimonio del amor de Dios, que llega mucho más allá *del secreto profesional y sobrepasa los límites puramente religiosos* "Unter Seelsorge fallen nicht nur die kirchlichen, sakramentalen und rein religiösen Handlungen"<sup>(53)</sup>. El hombre de Iglesia que consuela al vacilante, al afligido, al desconsolado, ejercita asistencia religiosa aunque en ese consuelo no emplee palabras religiosas en cuanto religioso desde el espíritu religioso. Por otra parte, un partido de fútbol o una fiesta vespertina de baile no es asistencia religiosa, aunque la organice el capellán.

Bajo la asistencia espiritual no debe entenderse sólo el anuncio teórico del evangelio de Jesucristo. La Iglesia siempre, con más o menos fuerza, se ha comprometido en el cuidado de los pobres y en las misiones caritativas, y hoy en día diversas instituciones, tanto católicas como protestantes, en Alemania y en otros países, consideran como trabajo suyo esta asistencia. A modo de ejemplo se cita que, *en Alemania, Caritas actualmente tiene 24.800 instituciones con un millón ciento treinta y seis mil plazas, y más de 240.000 trabajadores oficialmente reconocidos*<sup>(54)</sup>.

La teología cristiana desde los tiempos evangélicos (Juan. 13, 35; 17, 21; Hechos, 4, 32 ss.) considera la vida religiosa como algo que

(52) Père Clavier. "Les droits religieux des détenus", en *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, N.º 1 (janvier-mars 1984), p. 16.

(53) Karl Peters, "Seelsorge und Strafvollzug", en *Juristische Rundschau*, 1975, p. 404. Hilde Kaufmann, *Ejecución Penal y Terapia Social*. Trad. J. Bustos, Buenos Aires, Depalma, 1979, pp. 113 ss.

(54) Brand/Hunchting. "Religiösa utövning", en *Kommentar zum Stvg.*, 2.ª ed., Luchterhand, 1982, p. 250.

fecunda toda la historia (también la anterior a Cristo, según dice el n<sup>o</sup> 22 de la *Gaudium et Spes* <sup>(55)</sup>), como algo ontológico (más que revelado y conocido), como soterología pancósmica, y todas estas cualidades no caben en la descripción legal casuística de un Reglamento de Prisiones. Todavía más, la teología cristiana afirma como característica fundamental de la Iglesia sus rasgos maternos pues María, la madre de Jesús, la madre de todos los creyentes, es figura prototipo de la Iglesia <sup>(56)</sup>, y esos rasgos maternos deben aparecer más cuando se trata de personas privadas de libertad. El capellán de prisiones tiene derecho y también obligación de brindar al interno lo religioso-cultural, pero tiene más derecho y más obligación de brindarle lo ético-profético y lo "cordial" por ser más esencial al cristianismo, como desarrollan, por ejemplo, José M<sup>a</sup> Díez Alegría, J. A. Pagola y Karl Rahner <sup>(57)</sup>. Este subraya que la relación sacerdotal con el prójimo (más aún si este prójimo está privado de libertad) debe estar sostenida por el amor sobrenatural y debe representar una consumación peculiarísima de ese amor, una manifestación expresa y oficial del núcleo íntimo del amor al prójimo, por el que le quiere en cuanto es amado por Dios, de tal manera que lo puramente ministerial, lo oficial e institucional no sólo no constituye por sí solo lo característico de las relaciones del sacerdote con los hombres ni las agota, sino que es ese amor permanente a los otros (especialmente a los marginados y a los privados de libertad), efectivo, cálido, vivo, desinteresado y genuino, el elemento constitutivo de las relaciones sacerdotales. Relación y religación que es algo experiencial, como explica J. Zubiri <sup>(58)</sup>.

En este sentido se expresa también el Decreto del Concilio Vaticano II sobre **El apostolado de los seglares** (promulgado el 18 de noviembre de 1965) cuando afirma que "la acción caritativa como distintivo de la asistencia religiosa cristiana... El mandamiento supremo en la ley es amar a Dios de todo corazón y al prójimo como a sí mismo

(55) "Esto vale no solamente para los cristianos, sino también para todos los hombres de buena voluntad, en cuyo corazón obra la gracia de modo invisible. Cristo murió por todos, y la vocación suprema del hombre en realidad es una sola, es decir, divina. En consecuencia, debemos creer que el Espíritu Santo ofrece a todos la posibilidad de que, en la forma de sólo Dios conocida, se asocien a este misterio pascual." Cfr. *Constitución Pastoral sobre la Iglesia en el Mundo Actual*. Cap. I, "La dignidad de la persona humana".

(56) Karl Rahner. "Marie, type de l'Église", en IDEM, *Fondement d'une Théologie Pastorale pour Notre Temps*. Trad. de Ch. Müller. Paris Mame, 1962, pp. 234 ss. Idem, *María, Madre del Señor*. Trad. J. C. Herranz. Barcelona, Herder, 1966, pp. 41 ss.

(57) José M.<sup>a</sup> Díez Alegría, *Yo creo en la esperanza*. Bilbao, Desclée de Brouwer, 1972. Karl Rahner, *El sacerdocio cristiano en su relación existencial*. Barcelona, Herder, 1974, p. 141. Trad. al Castellano por Claudio Gancho. José Antonio Pagola, "La Iglesia diocesana ante los presos. Objetivos de una pastoral carcelaria", en *Boletín Oficial del Obispado de San Sebastián*. Diciembre 1984, pp. 1283-1294. Idem, *Jesús de Nazaret, El Hombre y su Mensaje*. San Sebastián, Idatz, 1983, pp. 51 ss, 129 ss.

(58) J. Zubiri. *El Hombre y Dios*. Madrid, Alianza, 1984, pp. 109 ss., 324 ss.

(cfr. Mateo, 22, 37-40). Ahora bien, Cristo hizo suyo este mandamiento, de la caridad para con el prójimo y lo enriqueció con un nuevo sentido, al querer hacerse El un mismo objeto de la caridad con los hermanos, diciendo: **Cuántas veces hicisteis eso a uno de estos mis hermanos menores, a mí me lo hicisteis** (Mt., 25, 40). . . y constituyó la caridad como distintivo de sus discípulos con estas palabras: **En esto conocerán todos que sois mis discípulos, si tenéis caridad unos con otros** (Juan, 13, 35). . . la Iglesia se reconoce siempre por este distintivo del amor, y al paso que se goza con las empresas de otros, reivindica las obras de caridad como deber y derecho suyo, que no puede enajenar. Por lo cual la misericordia para con los necesitados y enfermos, y las llamadas obras de caridad y de ayuda mutua para aliviar todas las necesidades humanas son consideradas por la Iglesia como un singular honor”.

El servicio al prójimo debe constituir la preocupación central — la única, en cierto sentido — del cristiano. . . Pero esto no puede lograrlo cualquier tipo de servicio. . . Y sólo el Espíritu puede decir qué es lo que esto significa para cada uno de nosotros; ahora bien, lo más probable es que trascienda con mucho el mero sentido de un sano compañerismo y que, de alguna manera, exija tender la mano a los rechazados y a los oprimidos, a los explotados y a los simplemente ignorados <sup>(59)</sup>.

Los sociólogos de la religión insisten también en considerar como rasgo fundamental del cristianismo la dimensión agápica, y hoy no menos que en otros tiempos y especialmente con las personas privadas de libertad. Baste escuchar a **Karlfried Graf Dürckheim** <sup>(60)</sup> cuando indica que son numerosos hoy “los movimientos de renovación en el seno de la vida religiosa que pueden interpretarse como un renacimiento de la sensibilidad (femenina) en la conciencia humana. La propia educación religiosa se aparta de una teología excesivamente racional para orientarse hacia experiencias místicas que vuelven a dar vida a las fuerzas femeninas del espíritu”. Esta intensificación de lo femenino en la religión es un factor más del resurgir de la vida religiosa en la cultura occidental en la que, por desgracia, predomina lo masculino ya que la cosmovisión de la realidad en la que vivimos está prioritariamente determinada por aquello que tiene acceso a una definición racional (en el sentido de lo viril) y a un dominio técnico con desprecio — mayor o menor — de lo femenino, de la apertura metafísica y mística a la imagen, etc.

Algo de esto intuyó ya hace un siglo Concepción Arenal cuando veía al visitador como el mensajero de la sociedad y de la iglesia que

(59) Parmananda R. Divarkar, S. J., *La Senda del Conocimiento Interno*. Traducido por J. García Abril. Santander, Sal Terrae, 1982, pp. 157 s.

(60) **Karlfried Graf Dürckheim**, *Hacia la Vida Iniciática. Meditar. Por qué y cómo*. Trad. de C. Quintana. Bilbao, Mensajero, 1982, pp. 82 ss.

lleva al recluso mensajes humanos y religiosos ("Creo en la posibilidad de tu enmienda y te prometo mi perdón"), y cuando espera que el visitador al entrar en la cárcel se diga "Voy a ver a un hombre, al cual me parecería si Dios me hubiese dejado de su mano". En este talante se encuentra el programa más completo de la misión de quien va a visitar a un preso; y así "no le faltarán palabras de esas que llegan al alma, considerando que esta postura "contiene la lección más profunda que puede recibir el visitador" del preso (61).

## B) Derecho a vivir como pueblo de Dios en la cárcel

La asistencia a la que tienen derecho los internos no puede limitarse a la que los ministros de la religión y sus colaboradores les ofrecen individualmente a cada interno, ni a la que les ofrecen a todos los internos como objeto pasivo, sino que debe incluir también y sobre todo la posibilidad de que actúen ellos como sujetos activos de su comunidad, de su iglesia. La asistencia espiritual ha de entenderse en un sentido más amplio que el estrictamente religioso, y en este campo han de tener iniciativas no sólo los representantes oficiales de la Iglesia sino también los propios internos. La participación o el que los mismos internos realicen los actos de culto individualmente y/o en grupo puede apoyarse en el artículo 24 de la Ley General Penitenciaria y en los artículos 45, 5ª y 135, 136 y 137 del Reglamento (62).

El texto del artículo 54 ha de leerse en el contexto de toda la ley penitenciaria y de las otras normas jurídicas españolas, extranjeras e internacionales. Especialmente dentro de los principios básicos de que "la vida en las instituciones penitenciarias debe asemejarse lo más posible a la vida en libertad", "el sistema penitenciario no debe agravar los sufrimientos inherentes a tal situación" (Regla Mínima 57), "el régimen del establecimiento debe tratar de reducir las diferencias que pueden existir entre la vida en prisión y la vida libre en cuanto estas contribuyan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a la dignidad de la persona" (Regla Mínima 60.1), "el interno es sujeto de derechos" (Reglamento Español, artículo 4) y "la actividad penitenciaria se ejercerá respetando en todo caso la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena" (Ley Española, artículo 3).

(61) Concepción Arenal, Obras Completas, *El Visitador del Preso*. T. XIII, Madrid, Lib. General V. Suárez, 1946, pp. 13 y 46.

(62) Carlos García Valdés, *Comentarios a la Legislación Penitenciaria*. Madrid, 1982, pp. 83 ss.

Borja Mapellí Caffarena, *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español*. Barcelona, Bosch, 1983, pp. 241 ss. Los Diarios que escriben los presos muestran con frecuencia su intensa preocupación y vida espiritual. Por ejemplo, el tema que aparece en casi todas las páginas de RAMÓN de GALARZA. *Diario de un Gudari Condenado a Muerte*. San Sebastián, edic. vasca, 1977, pp. 30, 32, 39, 42, 56, 65, 96, 101, 125, 154, 156, 174, 176, 177, 181, 185, 187,...



Por tanto, **de lege ferenda**, el legislador debe conceder que con el capellán trabajen colaboradores para la asistencia espiritual, y también que los internos individual y/o colectivamente tengan iniciativas en el campo religioso tales como la de constituir y desarrollar Comunidades de Base **dentro** de la institución penitenciaria (y entrar en contacto con individuos y grupos de su religión en el exterior). Es posible y deseable la formación y desarrollo de comunidades eclesiales (no eclesiásticas) en sentido teológico dentro de las instituciones penitenciarias. En este sector, el Derecho Canónico quizá deba desarrollarse y adquirir unas orientaciones nuevas que contemplen el derecho a la libertad religiosa y a la asistencia religiosa no sólo como derecho de los individuos sino también como derecho de las comunidades. Los privados de libertad han de poder constituir ellos su propia iglesia dentro de la iglesia general que tiene derecho a una mutua asistencia activa y pasiva desde dentro de la cárcel y desde fuera de la cárcel <sup>(63)</sup>.

Si atendemos como es debido a la doctrina y práctica teológica reconoceremos que los internos tienen derecho a desarrollar su vida religiosa mediante la creación o intensificación de comunidades eclesiásticas dentro de la cárcel, pues tales "células" pertenecen a lo esencial de la religión cristiana como consta desde los comienzos de su historia, y lo confirman autorizados documentos contemporáneos.

Ya desde los primeros tiempos del cristianismo el Ministro, más que jerarca o delegado, es un "don del Espíritu" a su iglesia para presidir las reuniones de toda la comunidad a la que considera como sujeto activo, no como sujeto pasivo. Su ministerio viene del Espíritu porque y en cuanto viene de la comunidad. Esta concepción explica que San Cipriano exclame "no se impone al pueblo un obispo no deseado" <sup>(64)</sup>, y San León Magno proclama "el que ha de presidir a todos, ha de ser elegido por todos" <sup>(65)</sup>. En esa línea, San Cipriano escribió: "desde el principio de mi episcopado me propuse no tomar ninguna resolución por mi cuenta, sin vuestro consejo y el consentimiento de mi pueblo" <sup>(66)</sup>.

Sin la participación de la comunidad carece de sentido la "vocación sacerdotal", por lo cual el Concilio de Calcedonia (año 451), en su

(63) J. A. Pagola. "La iglesia diocesana ante los presos. Objetivos de una pastoral carcelaria" en *Boletín Oficial del Obispado de San Sebastián*. Diciembre 1984, pp. 1290 ss. Cfr. Hans Martin Heusel, "Freie Seelsorge. Zum Verständnis von § 157 Abs. 3 Strafvollzugsgesetz", en *Zeitschrift f. Strafvollzug u. Straffälligenhilfe*, 1981, p. 364. Peter Rassow, "Religionsausübung", en *Strafvollzugsgesetz...* pp. 250, 255 s. R.-P. Callies, *Strafvollzugsrecht*, p. 133.

(64) San Cipriano. *Epistola* 4.5 (PL. 50) 434.

(65) San León Magno. *Ad Anastas*. (PL. 54) 634.

(66) San Cipriano. *Epistola* 14. 4.

Canon VI (67), considera nula e inválida la ordenación del no elegido por la comunidad:

2. "Nadie debe ser ordenado de manera absoluta, ni de presbítero, ni de diácono, ni de clérigo en general, si no le fuere asignada especialmente una Iglesia urbana o rural, o un "martyrion" o una Iglesia monástica. En cuanto a los ordenados sin alguna de estas funciones, el Santo Concilio ha decidido que su ordenación es nula e inexistente y que, para vergüenza de quien se la confirió, no podrán ejercer sus funciones en lugar alguno" (68).

El Ministro actúa en unión profunda con la comunidad, como algo constitutivamente referencial a la base y a Cristo y al Espíritu Santo, ya que en Pentecostés nace la Iglesia, como repiten autorizados teólogos (69).

Por lo tanto, el cristiano, también el interno, debe cifrar su pertenencia a la Iglesia (más que en cuanto relación individual con un ministro) como una relación de él inmerso en su comunidad que, para determinadas ceremonias elige un presidente. Pero, lo sustancial es la Comunidad, el Pueblo de Dios, no menos que la jerarquía o el sacerdocio o el papado, aunque resulten necesarios e imprescindibles. A Cristo se le encuentra dentro de la Comunidad por la fe, por la palabra, por la reunión del grupo en su nombre ("donde hay dos o tres reunidos en mi nombre allí estoy yo en medio de ellos").

Lo importante en el nacimiento y en el renacimiento secular de la Iglesia es la experiencia religiosa de sus miembros, de sus comunidades, la experiencia de Cristo.

Insisten en esta cosmovisión muchos teólogos actuales (como, por ejemplo, Karl Rahner y Schillebeeckx) y el Concilio Vaticano II, en reacción contra la concepción de la Iglesia como **societas perfecta**, como sociedad jerárquica centralizada y juridizada entendida como poder frente y/o en relación con las otras sociedades perfectas civiles. Sería una iglesia de desiguales. A este respecto el Concilio Vaticano II, en su Constitución Dogmática sobre la Iglesia, **Lumen Gentium**, escribe "cuanto se ha dicho del Pueblo de Dios se dirige por igual a los laicos" (Nº 30), "El Pueblo elegido de Dios es uno... común dignidad de los miembros por su regeneración en Cristo, gracia común de hijos, común vocación a la perfección, una (igual) salvación, una esperanza y una indivisa caridad. Ante Cristo y ante la Iglesia no

(67) Leonard Boff, *Eclesiogénesis*, 105, 134.

(68) *Conciliorum Oecumenicorum Decreta*, de Alberigo y otros, 90.

(69) Pero la Iglesia nace desde hombres impíos, enemigos de Dios... como indica J. Blank. "Los derechos humanos en el N. Testamento", en *Concilium*, N.º 144, año 1979, p. 50. Jon Sobrino, "Relación de Jesús con los pobres y desclasados", en *Concilium*, N.º 150, diciem. 1979, pp. 461 ss. R. Velasco. "Transformación evangélica de la Iglesia", en *Iglesia Viva*, Sept.-oct. 1984, pp. 433 ss. E. Schillebeeckx. *El Mundo y la Iglesia*. Salamanca, 1970. LEONARD BOFF, *Eclesiogénesis*, pp. 134 ss.

existe desigualdad alguna en razón de estirpe o nacimiento, condición social o sexo, porque no hay judío ni griego"... (Nº 32). En este mismo número 32, el Concilio afirma que los seglares tienen por hermanos a los ministros y jerarcas constituidos en el sagrado ministerio.

Después del Concilio, la etapa más moderna en el desarrollo científico-histórico-social de la religión ha plasmado y abocado hoy (en América Latina, en Alemania, en España, etc.), dentro de la sociología religiosa, a entender la Iglesia como Pueblo de Dios, como reunión de comunidades de base (70).

Atinadamente prueba Rahner que la Iglesia del futuro, "en forma muy distinta a la del pasado, debe crecer en su textura a partir de los grupos libremente desarrollados desde abajo..., o bien dejará de existir" (71).

La pastoral penitenciaria en nuestros días no puede olvidar la dinámica de grupo dirigida a la formación de comunidades de base, pues, como dice Evaristo Martín Nieto (72), la prisión ofrece características óptimas para esta clase de pastoral (Yo no creo que son óptimas, pero sí buenas).

La comunidad cristiana dentro de la cárcel debe fomentar sus actividades tanto hacia adentro (hacia los mismos internos) como hacia afuera (según diremos en el epígrafe siguiente) y, sin olvidar la faceta de contribuir generosamente hacia los más necesitados. La experiencia confirma que Concepción Arenal acertó cuando, hablando de este tema, escribió: "Me inclino a creer que tomarían parte en las obras benéficas mayor número de presos del que tal vez se presuma" (73).

### C) Derecho a relacionarse con Comunidades externas

La asistencia religiosa a la que tiene derecho el interno no puede limitarse a la ofrecida dentro de los muros carcelarios (aunque sea ampliísima) sino que debe extenderse a que se le brinden posibilidades

(70) R. Velasco. *La Eclesiología en su Historia*. Valencia, 1976, pp. 77 ss. Trutz Rendtorff, 1984, pp. 366 y ss. J. B. Metz. *Más allá de la Religión Burguesa*. Salamanca, 1982, pp. 60 ss.

(71) Karl Haner. *Cambio Estructural de la Iglesia*. Madrid, 1974, pp. 72 y s.

(72) Evaristo Martín Nieto. "Los capellanes penitenciarios ayer y hoy", en *Rev. Est. Penitenciarios*. Núms. 224-227 (enero-diciembre 1979), p. 132.

S. Schöh. en Kaiser/Kerner/Schöch. *Strafvollzug. Ein Lehrbuch*. 3.ª ed., Heidelberg, C. F. Müller, 1982, pp. 268 s. Brumell y I. Koslowe. "La prisión de hoy y el Capellán, parte integrante del equipo penitenciario", en *Rev. Est. Penit.* N.º 139, marzo-abril 1959, pp. 1.198 ss.

(73) Concepción Arenal. *Obras Completas*, T. XIV. Informe presentado al Congreso Penitenciario Internacional de Roma, Madrid, 1896, p. 87. La máxima injusticia sería considerar a los presos como mero instrumento para que los no-presos lleguen más fácilmente hasta Dios. Cfr. E. McDonagh. "La dignidad de Dios y la dignidad de los "sin dignidad", en *Concillium*. N.º 150, diciembre 1979, pp. 567 ss.

de saltar por encima de esos paredones y de esas puertas para establecer relaciones intensas con las Comunidades que viven y trabajan en libertad.

También en lo religioso debe tener vigencia el principio fundamental que formula el párrafo 23 de la Ley Alemana, de 1976, según el cual "el recluso tiene derecho, en el marco de las disposiciones de esta ley, a relacionarse con personas de fuera de la prisión. Deben promoverse las relaciones del recluso con personas de fuera del establecimiento" (74).

Como ha escrito Karl Peters, conviene que la actividad religiosa penitenciaria establezca y desarrolle intensas relaciones de dentro a fuera y de fuera a dentro. Y en el mismo sentido se expresa Callies, al hablar del campo del aprendizaje social, cuando enumera expresamente el ejercicio de la religión como relación entre grupos religiosos (o, hablando en terminología religiosa, Comunidades de Base) que debe incluirse entre los programas de intercomunicación que la legislación alemana y la política penitenciaria hoy en día fomentan (75). Públicamente, la Iglesia Evangélica en Alemania ha declarado que el interno pertenece a la comunidad eclesial y que, por lo tanto, tiene derecho a participar con la Comunidad de fuera. Por esto, grupos de personas que viven en libertad (especialmente coros) participan en los servicios religiosos y en las fiestas de dentro de la cárcel.

En España la intervención de los laicos de fuera de la cárcel como personas individuales y en cuanto grupos, para los actos de culto religiosos, pueden ampararse en los artículos 69.2 y 75.2 de la Ley General Penitenciaria y en el artículo 43 del Reglamento (76).

El artículo 181 del Reglamento indica que corresponderá a la asistencia espiritual (religiosa) con carácter general a los Capellanes del Cuerpo, pero no dice que corresponde únicamente a éstos.

El derecho a la libertad religiosa y a la asistencia espiritual no es sólo derecho de los individuos sino también de las comunidades. La comunidad religiosa de la que forma parte el interno, y la iglesia en general, tienen derecho a esa mutua (activa y pasiva) asistencia fraterna.

Para que estas relaciones logren el fin que se pretende, han de trabajar buen número de colaboradores individuales y grupos de fuera,

(74) Véase la traducción de A. García-Pablos, en *Anuario de Derecho*, 1978, pp. 395 ss.

(75) Karl Peters, *Seelsorge...* p. 406.

R.-P. Callies, *Strafvollzugsrecht...* p. 63.

F. Bueno Arus. La asistencia social carcelaria y poscarcelaria, en *Cuad. Pol. Crim.* N.º 21, 1983, pp. 79 ss.

(76) Martín Heusel, *Frei Seelsorge...* p. 364. Cfr. La Declaración de la Iglesia Evangélica, *Seelsorge in Justizvollzugsanstalten*, 1979, p. 14.

por ejemplo en estudios bíblicos, diálogos grupales, comunidades caritativas, misiones de diaconía, etc. Un capellán de prisiones (77), haciéndose eco de su experiencia, constata que para el detenido el encuentro de Dios se logra siempre mediatizado, sea por signos o palabras bíblicas a través de testimonios de creyentes estimados, respetados, amados que saben escuchar al detenido, comprenderle, apreciarle y darle atenciones, favores apropiados. También organizando conciertos y sesiones de canto y música.

En sentido parecido y hablando del campo religioso, Concepción Arenal, en el Congreso Penitenciario Internacional, de Roma (sobre qué medios educativos deben ponerse en práctica a la vez que el culto y la instrucción religiosa en el domingo y en los días festivos), dijo que "la música y el canto pueden considerarse a la vez como recreo y como elemento de educación; más aún, pueden ser un consuelo y un medio de confortar y elevar el ánimo abatido y rebajado" (78).

Con el fin de intensificar esta comunicación y comunión entre las Comunidades religiosas de dentro y las de fuera, sería deseable que la legislación y la praxis española diesen más cabida a los colaboradores laicos del capellán de la cárcel. Quizás en este punto las Comunidades Autónomas del Estado Español tienen un campo propio, imitando lo que sucede en la República federal de Alemania (79).

Según los teólogos, ya que la Iglesia (como Comunidad de iguales, según afirma el N.º 30 de la Constitución pastoral *Gaudium et spes*) es el lugar teológico donde se desarrolla el protagonismo de las Comunidades que están en la base del Cuerpo místico de Cristo, con sus carismas, sus diakonias y sus koinonias (entendiendo la koinonia en el sentido fundamental de fraternidad profunda, universal, sin grietas, sin relaciones de dependencia) parece lógico que las Comunidades de internos se relacionen intensamente con las Comunidades de externos, y, generalmente, con las más cercanas, pues, como ha escrito Karl Rahner, "las Comunidades locales son las que dan consistencia a la Iglesia universal y no al revés" (80). La Iglesia adquiere su máxima densidad, presencia y significado en la Comunidad local.

Para construir el puente que una las Comunidades de internos con las Comunidades de externos han de considerarse llamados (voca-

(77) Haumesser, 1983, p. 98.

(78) Concepción Arenal, INFORME presentado al Congreso penitenciario internacional de Roma sobre la décima cuestión: "¿Qué medios educativos deben ponerse en práctica, a la vez que el culto y la instrucción religiosa, en el domingo y en los días festivos?", Madrid, 1896, pp. 82 s.

(79) Brandt/Huchting, "Sechster Titel. Religionsausübung", en *Kommentar zum Stvg. Luchterhand*, 2.ª ed., 1982, p. 249.

(80) Karl Rahner, *Cambio Estructural en la Iglesia*, trad. A. Alemany, Ed. Cristiandad, Madrid, 1974, p. 146. Idem, *Südamerikanische Basisgemeinden in einer europäischen Kirche?* en *Schriften zur Theologie*. T. XVI, Köln, Benziger, 1984, pp. 196 ss.

cionados) los laicos, no menos que los sacerdotes. En cuanto se puede decir, como ha escrito un autor <sup>(81)</sup>, que "el cura, y aun el alto dignatario eclesiástico **pintan** poco en nuestra convivencia social", se puede quizás añadir que **pintan** menos en la convivencia carcelaria. Por eso, para establecer esta relación con las Comunidades internas deben tomar más protagonismo los laicos y sus Comunidades de base, en las diversas parroquias.

Las Comunidades de fuera de la cárcel deben apreciar mucho más a las Comunidades de presos pues la Iglesia universal se construye desde abajo, desde la base, preferencialmente desde los pobres y humildes (Evangelio de Mateo 25, 40 ss.), desde los reducidos a la insignificancia y a la impotencia en cualquier contexto social <sup>(82)</sup>.

Leyendo los documentos del Vaticano II sobre la **Promoción de los laicos** se constata que no basta seguir manteniendo la postura adoptada hasta ahora, sino que es necesario dejarles actuar libremente desde su iniciativa, por su cuenta y riesgo, de tal manera que, "sin esperar pasivamente consignas y directrices", se inspiren ellos directamente "en la fuerza y originalidad de las exigencias evangélicas" según expresa textualmente Pablo VI en su encíclica **Octogesima adveniens**, números 4 y 48.

La Iglesia del futuro será una Iglesia que se construirá desde abajo, por medio de Comunidades de base, de libre iniciativa y asociación. Hemos de hacer todo lo posible para no impedir este desarrollo, sino más bien promoverlo y encauzarlo correctamente. Si las parroquias continúan siendo "distritos administrativos de la Iglesia oficial que atiende desde arriba a las personas", continuará manteniéndose la Iglesia de la **crístiandad**, como en tiempos pretéritos, y no crecerán "las Comunidades de Base que desde abajo han de edificar la Iglesia del futuro". La Iglesia del futuro debe ser "un servicio a esas Comunidades y no al revés. . . un medio para el fin" <sup>(83)</sup>. En la misma línea, Yves Congar considera las Comunidades de Base muy diversas de país a país pero siempre como una gran suerte para la Iglesia <sup>(84)</sup>.

(81) J. Ortega Y Gasset, *España Invertebrada*, Madrid, Rev. de Occidente y Alianza, 1931, p. 126.

(82) . . . "los presos son como un sacramento vivo de la personalidad de Dios". E. Martín Nieto, "La lección penitenciaría de Don Quijote", en *Rev. Est. Penitenciarios* (enero-diciem. 1981), p. 300. Ignacio Ellacuría, "El auténtico lugar social de la Iglesia", en *Misión Abierta* (febrero 1982), pp. 98 ss. IDEM, "Los pobres, lugar teológico en América Latina", en *Misión Abierta* (noviembre 1981), pp. 226 ss. Leonardo Boff, *Eclesiogénesis. Las Comunidades de Base Reinventan la Iglesia*. Santander, Sal Terrae, 1979, pp. 134 ss.

(83) Karl Rahner, *Cambio Estructural de la Iglesia*, Madrid, 1974, pp. 132 y 133, 140 y 141.

(84) Karl Rahner, *Cambio Estructural de la Iglesia*, Madrid, 1974, pp. 132 y 133, (8 diciem. 1984), p. 24(2438).

No es el momento ahora de enumerar los motivos por los que los grupos religiosos de fuera de la cárcel deben entrar en relación con los internos (individualmente y en grupo). Baste recordar aquí, entre otros, el precepto de Jesús de visitar a los presos (Evangelio de Mateo, 25, 34 ss.). Quien haga una lectura "sagrada" de la parábola del Buen Samaritano, comprenderá que la conversión cristiana no se realiza de puertas adentro, en el corazón, en coloquio solitario con Dios, sino en relación con el otro, oyendo la voz de Dios que llama desde el pobre y el necesitado, haciéndonos próximos a quien está en necesidad, porque es testigo de Dios. La relación entre los grupos de internos con los grupos de externos resultará difícil; pero, si se superan los obstáculos, resultará muy fecunda. Entre los obstáculos destacan la equivocada opinión pública que ve al interno como persona sin fe y sin ley, ajena al mundo religioso. Pero, en realidad, la religión del mundo penitenciario y la religión del mundo exterior difieren muy poco, quizás únicamente en cierto ambiente hostil que predomina dentro de la cárcel, más hostil que fuera de la cárcel. No faltan internos que manifiestan y sienten cierta sensibilidad mística a veces sin que haya precedido una vida religiosa antes de ingresar en la cárcel. Especialmente sucede esto con drogadictos <sup>(85)</sup>.

Pocas Comunidades de base, pocos grupos cristianos podrán expresar, realizar y verificar la verdad de la fe y sus valores mejor que la Comunidad cristiana en la cárcel relacionada con la Comunidad cristiana fuera de la cárcel. El reino de Cristo no es del mundo de la cárcel (por su origen y por su hechura), pero el Reino de Cristo está en la cárcel que es el espacio y la materia de su realización por antonomasia. En la cárcel se da, por excelencia, la práctica agápica de la salvación — en la historia de la Redención, pues donde abundó el pecado, el delito sobreabundó la gracia, el perdón y la gratuidad <sup>(86)</sup>.

Como bien explica Aranguren, el cristianismo vino a invertir el movimiento amoroso. El amor de lo inferior a lo superior, naturalmente, prosigue. Pero sobre él se revela otro amor, **agápe** o **charitas**, que es — al revés — amor de lo superior a lo inferior, de Dios a los hombres. Antes el amor — movimiento en sí mismo neutral desde el punto de vista ético — se justificaba, se hacía bueno, por su tendencia al bien; ahora es el bien, es el grado de bondad el que se mide por el grado de amor, por el grado de caridad <sup>(87)</sup>. Hoy comprendemos todos que con los medios de la buena voluntad individual y haciendo apelación a la caridad no puede irse muy lejos y que por lo tanto es necesario una verdadera acción cristiana, una eficaz y enérgica intervención de lo espiritual y de lo cristiano <sup>(88)</sup>.

(85) Elías Neuman, *Diálogos con drogadictos*, Buenos Aires, 1984, pp. 124 ss. Haumesser, 1983. pp. 92 ss.

(86) Vease Juan, 13, 35; 17, 16 ss.; Hechos, 4, 32 ss.

(87) José Luis L. Aranguren, *Ética*, 3.ª ed., Madrid, Alianza Editorial, 1963, p. 231.

(88) José Luis L. Aranguren, *Propuestas Morales*, Madrid, Tecnos, 1983, pp. 96 s.

Los privados de libertad, si viven en Comunidad eclesial en comunión con las Comunidades locales de fuera de la cárcel, hacen Iglesia dentro de la sociedad toda (no hacen sociedad dentro de la Iglesia), ellos significan una diáspora cristiana diseminada dentro del tejido social, con valor teológico y con valor cívico, redentor y liberador. Ellos cooperan a construir celularmente la sociedad civil continuamente rota y atomizada por la división de clases; y, así, generan una mística (como lo muestran algunos de sus poemas) y una ayuda mutua que ensaya en concierto una praxis comunitaria y solidaria, anticipo y preparación de una nueva forma de convivencia social, en contraposición al mundo que desconoce el alcance soterológico del amor <sup>(89)</sup>.

## VI — De lege ferenda

La sociedad posmoderna ha madurado notablemente en lo relativo a la dignidad de la persona, de manera que hoy se reconoce generalmente su derecho fundamental e inalienable a la experiencia y a la expresión espiritual, en privado y en público, como individuo y como miembro de un grupo. Únicamente, en algunos regímenes dictatoriales este derecho sufre mayores o menores limitaciones en la práctica, a pesar de estar admitido formalmente.

Aunque ya se ha logrado que los países hayan reconocido la necesidad de asegurar y promover el que toda persona incluso la privada de libertad, ejercite su derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, con posibilidad de cambiar de religión o de creencia, así como el derecho a la libertad de manifestar su religión o su creencia individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia, sin embargo, este derecho no ha alcanzado todavía el grado de desarrollo eficaz que pide la dignidad de la persona en la actualidad.

Hoy se proclama la independencia tanto de la institución política como de las Iglesias, al mismo tiempo que se subraya la importancia y necesidad de una sana colaboración entre estas dos comunidades: la política y la religiosa. Esta colaboración en el campo concreto de la asistencia espiritual en las prisiones exige una reforma radical de la Reglas Mínimas de 1955, que tome en consideración los progresos logrados desde entonces en el terreno penitenciario y, no menos, en el espiritual. En aquél baste recordar todo lo que se ha innovado respecto a las sanciones alternativas, las prisiones abiertas, la Criminología crítica, las terapias grupales, las visitas familiares, los permisos de salida, la desmilitarización penitenciaria... En el campo de la

---

(89) Lucas, 10,25 ss.; Gálatas 5.6.



teología nos limitamos a citar el Concilio Vaticano II, la doctrina de la separación Iglesia-Estado, la teoría y praxis de las Comunidades de Base, la concepción de la Iglesia como Pueblo de Dios, la colaboración fraternal de la jerarquía, el Ecumenismo... Actualmente para satisfacer la vida interior de los sancionados en instituciones penitenciarias es insuficiente la buena voluntad individual e insuficiente la caridad de persona a persona. Por lo tanto, resulta necesaria una verdadera acción espiritual-social, macro-acción (cristiana), un eficaz y enérgico intervencionismo de lo espiritual a través de estructuras sociales <sup>(90)</sup>.

Todos los progresos logrados en el campo criminológico y teológico han de quedar plasmados también, de alguna manera, en la legislación española. Aquí, nos limitamos a formular una propuesta de Anteproyecto del artículo 54, poco más o menos, de la manera siguiente:

#### Artículo 54. Práctica de las religiones.

“La Administración garantiza la libertad de conciencia o de religión o de creencias de las personas sometidas a sanciones en las Instituciones Penitenciarias de cualquier tipo, y facilitará los medios para que dicho derecho pueda ejercitarse individual y colectivamente, en privado y en público, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas, la enseñanza y la debida comunicación con el exterior.

La Administración garantiza la posibilidad de ejercer todas las actividades que se consideren necesarias para el adecuado desarrollo espiritual de la persona. Permitirá que el interno posea libros y objetos religiosos.

*Los internos podrán organizarse en grupos o en comunidades para protagonizar y/o desarrollar los actos religiosos que consideren oportuno. Los internos podrán relacionarse con colaboradores espirituales (laicos) no-reclusos.*

Los internos podrán comunicarse con el Ministro del Culto telefónicamente siempre que lo soliciten, excepto cuando la dirección del establecimiento lo considere improcedente.

Ningún interno será obligado a participar en actos religiosos ni a recibir visitas de Ministros de Culto, ni de sus colaboradores.

Se requerirán Ministros de Culto enteramente dedicados a la asistencia de los internos o se les contratará o se procurará otra forma de atención espiritual si el reducido núme-

(90) José Luis L. Aranguren. *Propuestas Morales*. Madrid, 1983, pp. 96 s.  
Karl Rahner, *Tolerancia, Libertad, Manipulación*. Trad. de C. Gancho. Barcelona, 1978. Herder, pp. 164 s. W. E. Laetsch y otros. *Reformprogram zum Schweizerischen Strafwesen*. Caritas, Luzern, (s.a) (¿1984?) pp. 27 ss.

ro de afiliados a una comunidad religiosa no justifica una atención espiritual más completa.

El Ministro de Culto o el representante laico de la iglesia correspondiente acompañará al que ingrese en prisión en el momento de su entrada si él no se opone, así como en el momento de salida.

Los Ministros de Culto podrán visitar a los internos siempre que éstos lo soliciten, incluso cuando se encuentren sometidos al máximo aislamiento, con la única limitación de la seguridad.

Representantes de las diversas religiones, individualmente o en grupo, podrán entrar en los establecimientos penitenciarios para cualquier acto de vida espiritual; el Director del establecimiento podrá impedirlo sólo por razones de seguridad u orden, con un escrito motivado.

En todos los establecimientos habrá un local dedicado al servicio religioso."

#### BIBLIOGRAFÍA

- ARENAL, Concepción. *Obras Completas*. Madrid, Librería de Victoriano Suárez.
- BERGAMINI MIOTTO, Armida. *Curso de Direito Penitenciário*. 2.º Vol., São Paulo, Ed. Saraiva, 1975, pp. 465 ss.
- BERISTAIN, Antonio. "Cárceles comunes y militares y sus sustitutivos", en *Anuario Derecho Penal*. Fasc. III, 1979.
- "Las cárceles no deben ser cementerios", en *Estudios Vascos de Criminología*. 1982, pp. 569 ss.
- *Ciencia penal y Criminología*. Madrid, Tecnos, 1985.
- BOFF, Clodovis. *Teología de lo Político. Sus Mediaciones*. Salamanca, Ed. Sígueme, 1980.
- BOTTOMS, A. E. y PRESTON, R. H. *The Coming Penal Crisis*. Edinburgh, Scottish Academic Press, 1980.
- BRANDT/HUCHTING. "Religionsausübung", en *Kommentar zum Stvg.*, 2.ª ed., Luchterhand, 1982, pp. 248 ss.
- BRUMELL y KOSLOWE. "La prisión de hoy y el Capellán, parte integrante del equipo penitenciario", en *Rev. Est. Penit.* N.º 139 (marzo-abril 1959), pp. 1.198-1.205 (traducción de la revista "Correction", Núms. III-IV, Nueva York, mayo-junio 1958).
- BUENO ARUS, Francisco. "Las prisiones españolas desde la guerra civil hasta nuestros días", en *Historia 16. Cárceles en España* (octubre 1978).
- "Los derechos y deberes del recluso en la Ley General Penitenciaria", en *Rev. Estudios Penitenciarios*. Núms. 224-227 (enero-diciembre 1979), pp. 7-44.
- *Estudios Penales y Penitenciarios*. Madrid, 1981.
- "La asistencia carcelaria y poscarcelaria", en *Cuadernos Pol. Crim.* n. 21 (1983), pp. 769.
- CALLIES, Rolf-Peter. *Strafvollzugsrecht*. 2.ª ed., München, C. B. Beck'sche, 1981.

- CALVO GARCIA. "Pedagogía y tratamiento penitenciario", en *Rev. Est. Penitenciarios*. Núms. 212-215 (1976) y Núms. 216-219 (1977).
- CASTEJON, Federico. *La Legislación Penitenciaria Española*. Madrid, Hijos de Reus, Editores. 1914.
- COBO DEL ROSAL, M. BOIX. J. "Derechos fundamentales del condenado. Reeducación y reinserción social", en *Derecho Penal y Constitución*. Tomo I, Madrid, Edersa, 1982, pp. 217 ss.
- CUELLO CALON, Eugenio. *La Moderna Penología*. Barcelona, Bosch, 1958, pp. 393 ss.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *El Trabajo Penitenciario Resocializador*. San Sebastián, 1982.
- DIESTEL, Gudrun/RASSOW, PETER/SCHAFFER, Otto/STUBBE, Ellen. *Kirche für Gefangene — Erfahrungen und Hoffnungen der Seelsorgepraxis im Strafvollzug*. München, Chr. Keiser, 1980.
- DORADO MONTERO P. *Los Peritos Médicos y la Justicia Criminal*. Madrid, Hijos de Reus, 1905.
- *Derecho Protector de los Criminales*. Tomos I y II, Madrid, 1916.
- FASSONE, Elvio. *Religione e istruzione nel quadra del trattamento*, en Vittorio GREVI, *Diritti dei Detenuti e Trattamento Penitenziario*. Bologna, Zanichelli, 1981, pp. 120 ss.
- FERNANDEZ-ALBOR, Agustín. "Los fines de la pena en Concepción Arenal y en las modernas orientaciones penitenciarias", en *Rev. Est. Penit.* Núms. 180-181 (enero-junio 1968), pp. 127 ss.
- FLORISTAN, C. "Modelos de Iglesia subyacentes a la acción pastoral", en *Concillium*. 196 (noviembre 1984), pp. 417-426.
- FOUCAULT, Michel. *Surveiller et Punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975.
- GARCIA VALDÉS, C., *Régimen Penitenciario de España (Investigación Histórica y Sistemática)*. Madrid, 1975.
- "La reforma del Derecho penitenciario español", en *La Reforma Penal y Penitenciaria*. Santiago de Compostela, 1980.
- *La Reforma Penitenciaria Española — textos y materiales para su estudio*, Madrid, 1981.
- *Introducción a la Penología*. 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1982.
- *Comentario a la Legislación Penitenciaria Española*. 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1982.
- GARRIDO GUZMAN, Luis. *Manual de Ciencia Penitenciaria*. Madrid, 1983.
- "En torno al Proyecto de Ley General Penitenciaria", en *Escritos Penales*, colección de estudios del Inst. de Criminología y Dpt.<sup>o</sup> de Derecho penal, Univ. de Valencia, 1979.
- GOROSABEL, Pablo de. *Noticias de las Cosas Memorables de Guipúzcoa*. Tomo III, 3.<sup>a</sup> ed., Bilbao, La Gran Enciclopedia Vasca, 1972.
- HAUMESSER, F. "L'influence de la religion en milieu carcéral", en *Actualités Psychiatriques*, 3 (1983), pp. 92-102.
- *Une Parole Venant du Corps*. Paris, Centurion, 1978.
- HELLMER, J. *Das Ethische Problem in der Kriminologie*. Berlin, Duncker & Humblot, 1984, pp. 22 ss.
- HEUSEL, Hans Martin. "Freie Seelsorge. Zum Verständnis von § 157 Abs. 3 Strafvollzugsgesetz", en *Zeitschrift f. Strafvollzug u. Straffälligenhilfe*, 1981, pp. 364 ss.
- IZQUIERDO MORENO, C. "Dinámica de grupos en los medios penitenciarios", en *Razón y Fe*. n.º 996 (1981), pp. 259-270.

- "Rebeldía juvenil y delincuencia", en *Rev. de Estudios Penitenciarios*. Núms. 228-231 (enero-diciembre 1980), pp. 91-162.
- MALO CAMACHO, Gustavo. *Historia de las Cárceles en México (Precolonial, Colonial e Independiente)*. México, Inst. Nacional Ciencias Penales, 1979.
- MAPELLI CAFFARENA. *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español*. Barcelona, Bosch, 1983.
- MARIGO CARDOSO DE OLIVEIRA, Marina. *A Religião nos Presídios*. São Paulo, Cortez & Morales, 1978.
- MARTIN NIETO, Evaristo. "Los capellanes penitenciarios ayer y hoy", en *Rev. Estudios Penitenciarios*. Núms. 224-227 (enero-diciembre 1979), pp. 73-165.
- "Justicia y jueces en la Biblia", en *Rev. Estudios Penitenciarios*. Núms. 228-231 (enero-diciembre 1980), pp. 163-22.
- MOLINA MELLA, Antonio. *Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado: Fuentes. Textos. Casos prácticos, con la colaboración de la Dr.ª M.ª Elena Olmos Ortega*. Valencia, Edicep, 1983.
- NEUMAN, Elías. *Prisión Abierta*. 2.ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1984.
- *Diálogos con Drogadictos*. Buenos Aires, Palma, 1984.
- PETERS, Karl. "Seelsorge und Strafvollzug", en *Juristische Rundschau*, pp. 402 ss.
- PINATEL, Jean. "La crise pénitentiaire", en *L'Année Sociologique*. Vol. 24, 1973, Paris, pp. 13 ss.
- RAHNER, Karl. *Tolerancia, Manipulación, Libertad*. Trad. de C. Gancho. Barcelona, Herder, 1978, pp. 164 ss.
- *Südamerikanische Basissgemeinden in einer europäischen Kirche? en Schriften zur Theologie*. T. XVI, Köln, Benziger, 1984 pp. 196 ss.
- RENDTORFF, Trutz. "Zur Säkularisationsproblematik", en *Säkularisierung*, preparado por H. — H. Schey. Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1984, pp. 365 ss.
- DEL ROSAL, J. "Sentido reformador del Sistema Penitenciario del Coronel Montesinos", en *Rev. Est. Penit.* N.º 159, oct.-diciembre 1962.
- ROSNER, A. en F. DÜNKEL y A. ROSNER. *Die Entwicklung des Strafvollzugs in der Bundesrepublik Deutschland seit 1970*. 2.ª ed., Freiburg i. Br., Max-Planck Institut, 1982, pp. 260 ss., 280 ss.
- SANCHEZ GALINDO, Antonio. *El Derecho a la Readaptación Social*. Buenos Aires, Depalma, 1983.
- SCHILLEBEECKX, E. "Ministerios en la Iglesia de los pobres", en *Concillium*. 196 (noviembre 1984), pp. 455-469.
- TELLECHEA IDIGORAS, J. I. "Las cárceles inquisitoriales", en *Historia 16*. Cárceles en España (octubre 1978).
- TIEDEMANN, Klaus. "La protection des Droits des détenus", en *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé* (1962), pp. 490-491.
- VARIOS. *La cárcel*. Corintios XIII. Revista de Teología y Pastoral de la Caridad, 27/28 (1983).
- VARIOS. *Reformas Penales en el Mundo de Hoy*. Madrid, Inst. de Criminología, 1984.
- WIESNET, Eugen/GAREIS, Balthasar. *Schuld und Gewissen bei jugendlichen Rechtsbrechern*. Düsseldorf, Patmos, 1976.
- WULLSCHLEGER, Otto. "Religion und Kriminalität", en *Kriminalität und Abweichendes Verhalten*. Edit. por H. — J. SCHNEIDER, Tomo 2, Basilea, Beltz, 1983, pp. 18 ss.
- ZUBIRI, Xabier. *El Hombre y Dios*. Madrid, Alianza Ed., 1984.

# Integração do preso (condenado) no convívio social

O modelo da APAC de São José dos Campos — SP

ARMIDA BERGAMINI MIOTTO

Professora de Direito Penitenciário do Instituto de Cooperação e Assistência Técnica — ICAT; da Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal — AEUDF e do Curso Superior de Polícia, da Academia de Polícia Civil do Distrito Federal

## SUMÁRIO

1 — Integração do preso (condenado) no convívio social:

1.1 — A obra de misericórdia de visitar os encarcerados, dos primeiros cristãos. 1.2 — Evolução da obra cristã ao longo dos séculos. 1.3 — A moderna participação da comunidade na área penitenciária — sua importância para a reintegração do preso (condenado) no convívio social.

2 — O modelo da APAC de São José dos Campos — SP:

2.1 — Primeiras atividades, informais — obra de misericórdia e apostolado. 2.2 — A fundação da APAC, com personalidade jurídica de Direito Civil. 2.2.1 — Estatuto e atribuições conferidas por provimento judicial. 2.2.2 — Expansão das suas atividades. 2.3 — Assistência religiosa católica, respeitada a liberdade de crença dos presos. 2.4 — Reconhecimento da eficiência e eficácia da APAC e suas atividades, e novas atribuições conferidas por sucessivas portarias judiciais. 2.4.1 — Na qualidade legal de auxiliar de órgão da Justiça, é-lhe atribuída a administração de uma prisão, sob a responsabilidade e supervisão do órgão judiciário e do Ministério Público. 2.5 — Criação de APAC em comarcas de São Paulo e de outros Estados. 2.6 — A APAC e o Segundo Congresso da "Prison Fellowship International", em Nairobi — Quênia (agosto de 1986).

Desde o começo do Cristianismo, os cristãos, cumprindo preceito evangélico que se deduz do texto de São Marcos (25:34-46), visitavam os encarcerados. Os cárceres eram depósitos de acusados aguardando a aplicação da pena, e de condenados aguardando a execução da pena aplicada. Frequentemente, a pena era de morte. Entre outras, também se usavam açoites, mutilações... A privação da liberdade, com recolhimento a um local apropriado, como fosse uma casa, não era usada como pena.

Assim foi ao longo de muitos séculos, durante os quais os cristãos não deixaram de visitar os encarcerados. Para os diáconos e diaconisas, era uma das suas atribuições específicas.

A finalidade de tais visitas estava na sua própria motivação, pois eram obras de misericórdia.

*Misericórdia* é a virtude que leva a ter compaixão do sofrimento alheio, e procurar aliviá-lo. É uma virtude que supõe *amor*, cujos sinônimos são caridade e ágape.

*Caridade* é o amor de Deus para com os homens; é o amor dos homens para com Deus, sobre todas as coisas, e para com o próximo, por amor de Deus.

*Ágape* é o amor-cordialidade, fraternalmente compartilhado entre os primeiros cristãos, e demonstrado por solícita ajuda mútua, refeições em comum, que eram também ocasião de cânticos e orações, e de socorro aos necessitados (1).

Sem indagar, pois, se os encarcerados mereciam ser visitados e ser tratados com caridade e ágape, e sem indagar se algum dia poderiam retribuir o que recebiam, é que era praticada a obra de misericórdia. Pode-se inferir que implicitamente havia a esperança de que os encarcerados que fossem realmente culpados diante de Deus se sentissem estimulados ao arrependimento e ao propósito de não tornar a pecar. Se assim acontecesse, tanto melhor; se não acontecesse, a obra de misericórdia permanecia igualmente válida.

Séculos mais tarde, a Igreja cristã veio a ter locais adequados — não para ali ficarem à disposição da Justiça os acusados à espera de aplicação da pena, ou os condenados à espera de execução da pena aplicada, mas para os seus fiéis condenados (pelos tribunais eclesiásticos) cumprirem a pena aplicada (que, em resumo, consistia em orações e mortificações). Nesses locais, os condenados, apartados do mundo, tinham ambiente suficientemente austero para “fazer penitência”. Isto é: para, compungidos e praticando os atos constitutivos da pena aplicada, meditar

(1) No atual sentido de “banquete de confraternização”, atribuído à palavra “ágape”, transparece a evolução semântica.

sobre seu pecado (seu delito), arrepender-se e dispor-se a não tornar a pecar (não tornar a delinquir). Esses locais, onde assim era feita "penitência", foram logo denominados "penitenciários". Já não eram meros cárceres, depósitos de encarcerados; eram locais onde os fiéis condenados ficavam presos para fazer penitência, e, redimidos, voltar ao convívio da comunidade — eram prisões.

Foi então incluída entre as obrigações do clero, particularmente dos bispos, a de visitar as prisões. Os cristãos continuavam, individualmente ou em grupo, a visitar os encarcerados nos cárceres comuns, e passaram a visitar também os presos nos penitenciários. Continuaram fazendo a obra de misericórdia para com os encarcerados e os presos pessoalmente enquanto o clero tinha de se ocupar com os locais, as condições do ambiente, a alimentação e a higiene e demais fatores e circunstâncias que, segundo o entendimento e as possibilidades da época, constituíam o mínimo indispensável a criaturas feitas à imagem e semelhança de Deus, que não deixavam de ser os encarcerados e os presos. Quanto a esses, havia também a preocupação de que condições, fatores e circunstâncias fossem tais que, na sua austeridade e severidade, não houvesse exageros ou deturpações capazes de inibir os estímulos que o recolhimento pudesse oferecer ao penitente, de sorte que ele, afinal, arrependido e decidido a não tornar a pecar (não tornar a delinquir) pudesse, efetivamente, redimido, retornar ao convívio da comunidade.

Segundo as notícias históricas, parece que nos cárceres, que eram laicos (do Estado), continuando a ser depósitos imundos, tétricos, promíscuos, pouco eficazes terão sido a obra de misericórdia e o apostolado dos cristãos e do clero (se se pensar em efeitos sensíveis). Parece, também, que nos penitenciários (da Igreja) nem sempre o exercício da obra de misericórdia e do apostolado foi como era de desejar, o que as autoridades eclesiásticas superiores procuravam corrigir com prudentes determinações e outras medidas. Sabe-se, por outro lado, de cristãos, sacerdotes e bispos que dedicaram a sua vida a essa obra de misericórdia e a esse apostolado; houve os que, distinguindo-se como líderes, tinham companheiros e seguidores, e fundaram ordens e congregações destinadas a essa obra de misericórdia e esse apostolado; e houve os que morreram vítimas do seu amor pelo próximo encarcerado ou preso.

A Igreja (Católica), em séculos mais recentes, deixou de ter seus penitenciários, adotando outras modalidades de ser feita penitência, enquanto que os Estados adotaram como pena a privação da liberdade, com recolhimento a locais adequados, denominados, em um ou outro caso, "casas de correção" e, mais geralmente, "penitenciárias". Os cristãos desejaram continuar exercendo a sua obra de misericórdia e o seu apostolado nos cárceres, nas casas de correção e nas penitenciárias, com extensão aos condenados que, tendo cumprido a pena, precisavam de amparo afetivo e espiritual, e de ajuda material. Entretanto, a visitação dos presos e a

ajuda aos egressos de prisão foram deixando de ser prerrogativas de pessoas religiosas, aumentando pouco a pouco a participação laica. Pelo menos em parte, a obra de misericórdia e o apostolado foram substituídos por obras de filantropia (tão diversa da caridade!) e de assistência de pessoas de boa vontade, independentemente de qualquer ânimo religioso. Quanto às condições internas das prisões, órgãos e funcionários estatais passaram a ter a incumbência de fiscalizá-las e inspecioná-las.

Seja como for, a sementinha de que resultou a grande árvore dos tempos modernos frondosa, com tantos ramos e galhos (e "galhos" também...), de participação da comunidade na área penitenciária, foi a do preceito evangélico, plantada pelos primeiros cristãos. No correr dos séculos, ela foi regada e adubada; foi podada e borrifada com fungicidas e inseticidas; mas às vezes foi também maltratada, erroneamente podada, deixou-se que nela crescessem parasitas sugando-lhe a seiva e que a erva-de-passarinho encobrisse a sua folhagem...

Dando um salto na História, até um passado próximo contado em decênios, encontramos que, entre os ramos e galhos dessa frondosa árvore, estão os da simples obra de misericórdia, praticada informalmente por cristãos — católicos, espíritas, evangélicos e de outras denominações — como também a visitação informal de adeptos de outras religiões, e de pessoas e grupos da comunidade, que, sem ânimo religioso (ainda que pessoalmente tenham sua crença) entendem praticar "obra filantrópica" ou "social". Mas nas frondes dessa árvore também se encontra a visitação institucionalizada e submetida a normas legais e regulamentares, não para dificultá-la, mas para que melhor possa se coordenar com a ordem interna e a disciplina das prisões.

Ora, as atividades dos visitantes, com ou sem ânimo religioso, foram-se, em certos casos, ampliando também quanto ao seu relacionamento com a família, e respectivas necessidades materiais, para o que, às vezes, era preciso colaborar com a administração, na solução de certas dificuldades e problemas. Os bons resultados começaram a aparecer, embora não possa deixar de ser registrado que, havendo ânimo religioso, eram melhores, mais efetivos e duradouros. Aqueles visitantes eram representantes da comunidade, embora assim ainda não fossem denominados. Um dos bons resultados era que a comunidade tendia a não repelir nem hostilizar os egressos que, enquanto presos, mantinham laços com ela, por meio daqueles seus representantes; como corolário, o número de reincidentes entre esses egressos era menor — mais facilmente podiam reintegrar-se no convívio social, vivendo honestamente.

Hoje, sem lesar o direito de punir, direito subjetivo do Estado, dele privativo, não podendo ser transferido nem delegado, tem-se entendido que, acessoriamente a ele, é imprescindível a colaboração da comunidade,



seja no tratamento dos condenados, seja cooperando com a administração penitenciária e os órgãos da execução penal, quer visando algum melhoramento, quer para solucionar alguma dificuldade ou certos problemas. As Nações Unidas têm insistentemente recomendado que essa colaboração seja prestada.

É de esclarecer que a palavra *tratamento* tem, no caso, o sentido com que é usada no enunciado e no texto das *Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos*, adotadas pelas Nações Unidas em 1955; isto é, em poucas palavras: o modo de proceder para com eles, de lidar com eles... Não é "terapia".

As entidades da comunidade, com esta ou aquela denominação específica, começaram a surgir em países diversos, ou a se identificar como tais quando já existiam sem essa identificação. Nos países onde a visitaçãõ já era institucionalizada e regulamentada, não foi difícil passar para a institucionalização e regulamentação da colaboração da comunidade (mais ampla que a simples visitaçãõ).

Com ou sem institucionalização e regulamentação, a colaboração da comunidade se patenteou — vale salientar — mais eficaz quando ela se acrescentava à obra de misericórdia de dar amparo afetivo e espiritual aos presos, provisórios e condenados; àqueles, tendo presente que se presumem inocentes enquanto não haja contra eles uma sentença condenatória passada em julgado, e a esses, tendo em vista o seu consciente e voluntário esforço para se emendarem e virem a se reintegrar no convívio social.

Nos últimos tempos, por insistência, igualmente, das Nações Unidas, os mais diversos países têm adotado formas de pena sem prisão, ou modalidades de cumprimento da pena formalmente privativa da liberdade, na comunidade fora da prisão. Dos condenados a tais penas também hão de se ocupar as entidades da comunidade. Contudo, tendo em vista a finalidade deste seminário e o enunciado da minha exposição, deverei ater-me aos condenados presos.

A experiência tem indicado que, objetivando a emenda e a reintegração do condenado no convívio social, a participação da comunidade é facilitada, e sua contribuição tem melhores condições para eficácia, quando se trata de estabelecimentos prisionais de pequeno até médio porte, cujos presos são oriundos do circunstante ambiente urbano e adjacências rurais. Assim sendo, além de, no âmbito interno da prisão, ser mais fácil conhecê-los pessoalmente, saber o nome de todos e de cada um, os condenados permanecem no seu ambiente físico e humano, continuam pertencendo à sua comunidade. Nas prisões de grande porte e sua numerosa população, é praticamente impossível saber o nome de cada preso e conhecer todos e cada um pessoalmente. Eles se conhecem, de algum modo, entre si, no seu grupo, freqüentemente não pelo nome (verdadeiro

ou não) ou pelo apelido que às vezes já trazem, mas pelo apelido talvez vexatório que muitas vezes é posto na prisão por outros presos. Tudo isso contribui para despersonalizar o preso, com efeitos psicológicos e morais muito negativos para ele mesmo. Ao contrário, nas prisões de porte não mais que médio, e população correspondentemente pouco numerosa, ainda que lhe seja posto um apelido, o nome próprio e o apelido que já trouxesse são conhecidos e por eles é que costuma ser chamado, como ocorre com qualquer pessoa, ainda que se tenha de admitir que há presos com o nome próprio trocado, modificado ou deturpado, o que, porém, além de não ser a regra, não despersonaliza, embora interfira na identidade.

As prisões de grande porte são centrais, situadas nos arredores da capital, ou regionais, situadas numa importante cidade de uma micro ou média região. Para serem recolhidos a elas, os condenados (que não sejam da capital ou daquela grande cidade) são "arancados" do seu ambiente, que pode ficar a dezenas senão centenas de quilômetros distante. Os contatos e até as notícias são difíceis, tendem a desaparecer; os vínculos familiares afrouxam; eles e a comunidade ficam sendo estranhos reciprocamente. A comunidade próxima da prisão onde estão recolhidos não é a deles, nem é para ela que deverão voltar quando recuperarem a liberdade. Ao contrário, permanecendo eles no seu ambiente, as notícias locais lhes chegam de diversos modos, mantendo-os "por dentro" do que se passa; podem mais facilmente ter contato com as pessoas de fora da prisão, por meio de visitas que elas lhes façam, mas também por meio de saídas que lhes sejam concedidas para visitar a família, ir à igreja, trabalhar, estudar. Continuam sendo membros *presentes* da família e da comunidade.

Isso posto, a experiência milenar da obra de misericórdia de visitar os encarcerados, os presos, que, na sua evolução, foi tendo acréscimos de ajuda aos presos, às suas famílias e às vítimas e respectivas famílias, conforme preciso em cada caso, tem oferecido algumas lições. Entre elas, no que se refere aos presos, cabe mencionar aqui:

A fim de que seja eficaz a participação da comunidade, no sentido de cooperar para que os condenados cheguem a, consciente e voluntariamente, admitir a responsabilidade pelo próprio crime, e se disponham a fazer o seu melhor esforço para não reincidir, mas reintegrar-se no convívio social, vivendo honestamente, é de suma importância que eles sejam atendidos desde o ingresso na prisão e tenham amparo afetivo e espiritual, mas também que lhes seja dada instrução religiosa e lhes sejam possibilitadas práticas de piedade, de culto e de liturgia, conforme aceitem, de sorte que possam descobrir seus resíduos morais e os usem para fazer a sua reforma interior. Por outro lado, é importante que sejam ajudados em quaisquer outras necessidades suas, de ordem material e de trabalho, de ordem jurídica, social e familiar, e de saúde.

Não menos importante é que a entidade da comunidade (grupo informal ou institucionalizado) não seja efêmera, mas tenha condições para ser duradoura. A interrupção das atividades da entidade e a descontinuidade decepcionam e desanimam os condenados, que se sentem de certo modo ludibriados na sua confiança. Por outro lado, essa por assim dizer longevidade é exigência da ordem interna e da disciplina das prisões, e é condição para a indispensável boa harmonia com a administração das prisões e com os órgãos de execução penal.

Não é tudo, porém. É preciso, ainda, que, quando o condenado sai para a comunidade — em gozo de concessão ou licença para trabalho externo, estudo, freqüência à sua igreja, visita à família ou outro motivo justo, bem como em livramento condicional ou em liberdade definitiva —, a entidade esteja atenta a ele, zele e vele por ele, ajude-o nas suas dificuldades e o ampare e defenda contra o perigo de descumprir as condições, normas de conduta e obrigações judicialmente impostas, e contra o perigo (mais grave) de reincidência. Se ele não tiver essa imprescindível ajuda complementar, poderá baldar-se todo o esforço que ele tenha feito na prisão, todo o senso de responsabilidade que nele se desenvolveu e o levou a ter os melhores propósitos de não tornar a delinquir, mas reintegrar-se no convívio social e viver honestamente. Essa atenção, essa ajuda e esse amparo incluem a influência que a entidade pode e deve exercer sobre toda a comunidade, sobre a sociedade, para que tenha uma atitude receptiva em relação a ele, que tenha boa vontade, vendo nele uma pessoa que, tendo errado, está pagando ou já pagou pelo seu erro, e está disposta a, levando vida honesta, reintegrar-se no convívio social. Reintegrar-se no convívio social quer dizer ter com todos e cada um dos demais membros da sociedade — da comunidade — boa interação psicológica, moral e jurídica. Isto é: uma interação que não é apenas um ir-e-vir de sentimentos, emoções, pensamentos, manifestações psicológicas, mas em que tem papel relevante o ir-e-vir das manifestações do dever-ser moral e do dever-ser jurídico, na forma equilibrada do exercício de direitos e cumprimento de deveres.

Sendo essa, em linhas breves e singelas, a valiosa participação da comunidade quanto ao tratamento dos presos (condenados), não pode ser esquecida a também valiosa cooperação com a administração das prisões e com os órgãos de execução penal, nas dificuldades e problemas que tenham e para cuja solução a comunidade, sem interferir no exercício do direito de punir, tem, por certo, meios e possibilidades. As dificuldades e problemas podem ser de ordens diversas, como por exemplo, entre outros, inerentes às edificações, à aparelhagem, a veículos; mas a cooperação pode consistir também na prestação de certos serviços.

Assim várias e complexas como se apresentam as atividades da participação da comunidade, tão diversas da singela obra de misericórdia dos primeiros cristãos, como ela devem, entretanto, ser impregnadas de amor-

caridade, de amor-ágape. Se assim não for, provavelmente interesses espúrios se intrometerão e porão tudo a perder.

A APAC, Associação de Proteção e Assistência aos Condenados, é o modelo de entidade da comunidade de São José dos Campos — SP.

Seus começos informais, em 1972, se devem a Mário Ottoboni, cristão (católico) que, na vida privada, como chefe de família, e no trabalho, como Secretário Executivo da Municipalidade, procurava viver de acordo com os princípios evangélicos, mas um dia se sentiu “muito acomodado”, havendo tanto que fazer pelo próximo. Não sendo razoável, nem possível, aliás, ajudar a todos indistintamente, decidiu-se pelo próximo preso.

Procurou o Delegado de Polícia da cidade, responsável pela administração da prisão local, e obteve permissão para visitá-la, ver o que poderia ser feito.

Ottoboni jamais tinha entrado numa prisão, e ficou horrorizado com o que viu. Aquela prisão, onde havia presos provisórios e condenados, não passava de um depósito sórdido de seres abandonados, ociosos, debilhados.

Chocado e acabrunhado, pensou que a primeira coisa a fazer era deixá-los sentir que eram amados como próximos, como irmãos, filhos do mesmo Deus.

Dando-se conta de que nada poderia fazer sozinho, e despontando as suas qualidades de líder, Ottoboni conseguiu a adesão de quinze pessoas da sociedade joseense para acompanhá-lo na obra de misericórdia e apostolado a se iniciar.

Consoante os entendimentos com o Delegado de Polícia, a primeira atividade consistiria em Missa, num dia de domingo, já que a quase totalidade dos aproximadamente cem presos se declaravam católicos. A celebração seria no pátio de “banho de sol”, servidos, após ela, refrescos e salgadinhos a todos os presentes. Foi ao mesmo tempo emocionante e constrangedor, pois enquanto no pátio tudo acontecia com amor-caridade e amor-ágape, entre Ottoboni, o sacerdote e as quinze outras pessoas, com os presos, no alto dos muros estavam postados soldados vigilantemente armados...

Das quinze pessoas, tendo cada uma o seu motivo para retirar a adesão, só sobraram sete... Ottoboni conseguiu conquistar outras e, enfrentando dificuldades e críticas negativas, conselhos de desistir e sucessivas debandadas dos companheiros, com a concomitante faina de conquistar outros, não desistiu.

Continuou a ser celebrada Missa, uma vez por mês, nem sempre no pátio, mas no corredor entre os compartimentos (“xadrezes”) em que os

presos estavam alojados, ficando eles encostados nas portas de grades. Após a Missa, sempre havia distribuição de refrescos, salgadinhos, bolos e outras coisas (segundo os presos pediam) tais como roupas, jornais, sabão, pasta de dentes, lápis...

Durante o mês, Ottoboni e seus companheiros visitavam os presos, conversavam com eles, escutavam-nos... Para amenizar a ociosidade, foi iniciada uma pequena biblioteca e foi feito um concurso de composições; em cada xadrez foi designado um preso como responsável pela ordem e limpeza, em que todos tinham de colaborar.

Após um ano de satisfações e desenganos, já se notava nos presos alguma melhora física e psicológica — motivo de alegria e esperança para Ottoboni e seus companheiros.

Então aconteceu que três presos planejaram evasão, tendo o padre como refém... Embora logo o libertassem, a evasão se consumou. A imprensa local, que nunca se referira ao que estava sendo feito de bom na prisão, fez estardalhaço a respeito dessa evasão...

A comunidade ficou alarmaçada, e caiu por terra o pouco de compreensão já conquistado. O próprio pessoal da prisão passou a se mostrar céptico e irônico...

Era preciso ter firmeza, paciência e perseverança, confiando na Divina Providência.

As críticas, os ataques, as ridicularizações daqueles que nada fazem e pretendem impedir que os outros façam, não cessaram. Mas a obra continuava crescendo, já tendo, ao cabo de menos de dois anos, aproximadamente cinquenta colaboradores; os resultados já eram animadores, notando-se melhoramentos na prisão, assim como no bem-estar físico, nos sentimentos e na conduta dos presos. Alguns deles, que se declaravam católicos, mas não eram batizados, desejaram sê-lo, cada qual escolhendo seus padrinhos — Ottoboni e senhora, e outros casais de colaboradores.

Entretanto, faltava ainda muito que fazer para melhorar a própria obra.

Deu-se, então, o encontro de Ottoboni com o Juiz Dr. Sílvio Marques Neto, que, promovido, chegara recentemente a São José dos Campos como titular da 2ª Vara Criminal, que incluía a Corregedoria dos Presídios.

O Dr. Sílvio se interessou pela obra liderada por Ottoboni; reconheceu nela grandes méritos, e recomendou que, com as pessoas a ela dedicadas, se criasse uma sociedade civil, a qual, colaborando com a administração da prisão e a autoridade judiciária, pudesse ter a seu cargo o cuidado de presos, e se responsabilizasse pela conduta deles — tendo em vista

a obtenção de emprego na comunidade urbana, e o seu desempenho no mesmo emprego.

A sociedade foi fundada em 14 de junho de 1974, em Assembléia realizada no Fórum, presidida pelo Dr. Sílvio, havendo sido eleito seu primeiro presidente Mário Ottoboni (que estava concluindo o curso da Faculdade de Direito).

A partir de então, a obra, com a denominação de "Associação de Proteção e Amparo Carcerário" (a seguir, substituído esse adjetivo pela expressão "dos Condenados") — APAC, pôde se expandir.

Foram dados cursos diversos, para os presos, dentro da prisão, como, por exemplo, o de "Valorização Humana", pelo advogado Dr. Franz de Castro Holzwarth, e os de preparação para o batismo e crisma (destinados aos presos que desejavam ser batizados e crismados), por sacerdotes e freiras. Vale mencionar que a ocasião dos batizados e das crismas era aproveitada para retificar os nomes de batizados e de crismandos, não raro modificados ou deturpados por eles mesmos, que pensavam, assim, iludir a Polícia e a Justiça e, se reincidentes, pelo menos escapar da agravante.

A par disso, foi sendo obtida licença do Juiz para saídas a fim de freqüentar escola profissional, ou de 2º grau, e exercer trabalho externo em empresas da cidade que, tendo tomado conhecimento e consciência que era imprescindível a colaboração de toda a comunidade urbana, davam emprego. Essas saídas serviam ao mesmo tempo para aferir e para estimular o senso de responsabilidade dos condenados, e exercitá-los para a sua futura reintegração no convívio social, e também ir acostumando a população a ver nos presos pessoas como quaisquer outras.

A responsabilidade genérica da APAC se especificava por meio de casais de "padrinhos" — fossem-no, realmente, de batismo ou de crisma, ou não. Cada casal se encarregava de um ou dois presos (aumentado esse número, mais tarde), com as seguintes atribuições:

- assistir espiritualmente os afilhados;
- assistir as famílias deles;
- promover a reintegração deles no convívio social e, se fosse o caso, das famílias deles também.

Os presos que, segundo informação da APAC e a critério do Juiz, tivessem requisitos de boa conduta e senso de responsabilidade, recebiam licença para uma saída semanal a fim de, alternadamente, visitar os padrinhos ou a própria família; em cada caso, era ocasião para rezar o terço e ter boa convivência.

Com aprovação do Juiz, foi oferecido, aos presos que quisessem, frequentar um "Cursilho de Cristandade", com a duração de dois dias, em dependências de um estabelecimento assistencial da cidade; quarenta presos quiseram. Os resultados foram muito bons, o que se manifestava inclusive pela diminuição dos sentimentos de ódio, revolta, rancor e semelhantes, que, de modo geral, demonstravam (até mesmo aqueles que já tinham revelado alguma melhora física e psíquica). Depois da Missa com que foi encerrado o Cursilho, e para a qual haviam sido convidadas as famílias dos presos, podendo confraternizar, presos houve que, desvinculados da família, e repudiados, puderam ter um reencontro comovente e feliz.

Após o bom êxito desse Cursilho, e com o fundamento de que, "para melhor reintegrar o condenado no convívio social, é preciso, primeiro, renovar interiormente o homem, sob a égide do amor de Deus", passaram a ser realizadas jornadas de evangelização, fora da prisão, para os presos que quisessem delas participar. Nas primeiras vezes, eram poucas dezenas deles que acorriam. Aos poucos, fosse pelo exemplo dos companheiros, fosse pelo estímulo dos que contavam o que tinham aprendido e compreendido, e as resoluções que tinham tomado, o número dos que aderiam foi crescendo. Igualmente ia crescendo o número daqueles que desejavam assistência pessoal de um sacerdote, razão por que, de atendimento esporádico de sacerdotes que, na ocasião pudessem, passou a ser constante o de dois sacerdotes, um deles, Frei Tiago M. Cocolin, OSM, que ficou sendo o Diretor Espiritual da APAC. Registram-se casos de presos que, vezes sucessivas, fizeram troça das jornadas e dos que delas participavam, até que se resolveram a participar, "nem que fosse para ver como é"; viram e, também eles, colheram bom proveito, notando-se que, como tantos dos demais, hoje estão reintegrados no convívio social, tendo constituído família, trabalhando e vivendo honestamente.

Outra licença que o Juiz dava, para saída de presos, em grupo, era para ir à Missa na Matriz.

Nos primeiros tempos, cada vez que eram vistos pelas ruas da cidade, presos em grupo, escoltados apenas por uns poucos casais da APAC, a população ficava alarmada, perplexa ou revoltada. A pacífica repetição do episódio fez com que ela se tranqüilizasse, dando-se conta de que os presos eram pessoas como quaisquer outras, e que continuavam sendo membros da comunidade, apesar do crime cometido e da pena que estavam cumprindo.

Entretanto, os dirigentes da APAC foram compreendendo que não bastava a boa vontade e o amor ao próximo dos casais de padrinhos e demais colaboradores. Era preciso que se reunissem, trocando idéias, falassem das próprias dificuldades, dos êxitos e malogros da sua experiência, a fim de poder melhorar o que tivesse de ser melhorado, e corri-

gir o que tivesse de ser corrigido. Foi instituída a realização periódica de jornadas de estudo para todos os membros da APAC.

À medida, no entanto, que o trabalho ia se desenvolvendo em extensão e profundidade, ia se tornando mais complexo, apresentando novas exigências.

Assim, foi criada uma Secretaria Administrativa, funcionando nas dependências de uma igreja. Modesta, sem aparatos burocráticos, era de fácil e eficiente funcionamento. Registrava as atividades da APAC, bem como as atividades, saídas, incidentes de execução e o que mais fosse importante para conhecer o preso e sua situação jurídico-penitenciária. Tais registros permitiam aquilatar os erros e acertos.

O edifício da prisão se demonstrou insuficiente e inadequado para as necessidades correspondentes aos diversos estágios pelos quais os presos deviam passar, como era estabelecido em provimento judicial. Com a colaboração dos presos e da comunidade, foi então construído um pavilhão para ali funcionar o que inicialmente se denominou "Centro de Reeducação", hoje "Centro de Reintegração Social Dr. Franz de Castro Holzwarth"; nele, após o estágio de ingresso e o de aceitação da assistência da APAC (durante os quais permaneciam nos xadrezes da edificação preexistente), ficavam os presos em regime de semiliberdade. Já tendo suficiente senso de responsabilidade, podiam gozar de bolsa-de-estudo em escola de 2º grau ou profissionalizante, visando um emprego. Alguns desenganos houve, com presos cujas disposições e conduta já pareciam exemplares (um ou outro empreendeu fuga, alguns cometeram faltas graves de diversas naturezas). Não causaram esmorecimento, porém, pois, além de sempre se dever contar com certa margem de resultados negativos, o número desses casos de desengano era ínfimo, em comparação com os de êxito. Com efeito, segundo os registros objetivos da Secretaria Administrativa, não chegavam a 1%. Além disso, não era surpresa se o fugitivo voltava espontaneamente e procurava os padrinhos, pedindo perdão. Digno de nota, também, era que, embora nem todos os presos toxicômanos ficassem curados da intoxicação, emendando-se do vício, a porcentagem dos que ficavam era surpreendentemente alta.

Um pavilhão, junto ao Centro de Reintegração Social, foi, logo, destinado ao 4º estágio — prisão-albergue.

A APAC, com personalidade jurídica de Direito Civil, é regida por um estatuto próprio. Tem sócios de categorias diversas, entre elas a dos contribuintes, que concorrem com uma mensalidade.

O Provimento nº 1/78, do então Juiz Corregedor dos Presídios de São José dos Campos, Dr. Silvio Marques Neto, considerando o disposto em normas legais e outras, disciplinou as atividades da APAC, os direitos e deveres da mesma entidade e dos seus membros, particularmente os



padrinhos, as obrigações e as proibições dos presos assistidos pela APAC, e previu os estágios, descrevendo cada um.

Os bons resultados das atividades da APAC começaram a se fazer notar concretamente pelo baixo índice de reincidência dos condenados por ela assistidos. Enquanto o índice de reincidências dos liberados e egressos de outras prisões, especialmente dos estabelecimentos da capital, era de 60%, 70% e até 80%, o dos liberados e egressos da prisão de São José dos Campos, assistidos pela APAC, era de menos de 10%, menos de 5%!

As notícias começaram a correr; comarcas diversas do Estado de São Paulo quiseram ter a sua entidade da comunidade segundo o modelo de São José dos Campos. Bem observado o modelo, os resultados têm sido de bom êxito. Entretanto, em uma ou outra comarca, foi resolvido substituir a assistência religiosa por atendimento psicológico (psicoterapia ou semelhante). Os resultados não foram bons.

A psicologia sendo, como é, ciência naturalística, não alcança a componente espiritual, daí por que não pode, não tem meios ou condições para substituir a religião. Ela pode ser útil — e deveras o é — naqueles casos, que não são a regra mas a exceção, em que a pessoa tem alguma perturbação, algum problema ou conflito de ordem psicológica, para cuja solução precisa de uma ajuda. Nesses mesmos casos, não há de faltar o auxílio, o amparo da religião. A APAC (no seu modelo original de São José dos Campos) não deixa de se valer da colaboração de psicólogos, assistentes sociais, médicos, assim como de advogados, cada qual segundo seja necessário ou útil, não só para “ajudar o preso a ajudar-se” (e, quanto aos advogados e médicos, prestar serviços profissionais próprios), mas também para esclarecer, orientar, informar os padrinhos.

Há quem entenda que, sendo laico o Estado, não pode ser dada assistência religiosa nas escolas e nos hospitais públicos, nem nas prisões. Não pode sê-lo, sem dúvida, pelo próprio Estado, por funcionários dele, em nome dele. Mas o Estado não pode impedir que a comunidade dê assistência religiosa, no mais amplo sentido, a todo e qualquer membro da sua população que a deseje ou aceite. A liberdade de pensamento, de consciência e de religião, que inclui a liberdade de mudar de religião ou crença, manifestá-la pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular — é um dos direitos humanos previstos na Declaração Universal, e garantido, em termos menos sintéticos e mais abrangentes, pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos. Os direitos humanos não são suspensos pela sentença condenatória. Portanto, não levar aos presos assistência religiosa, não lhes dar condições para que eles exerçam esse direito (que pode desdobrar-se em diversos direitos religiosos), constitui lesão a esse direito humano; lesão por omissão simples ou, conforme as particularidades em concreto, omissão por comissão. Substituir a religião por atendi-

mento psicológico, ou outro, constitui omissão por comissão lesiva desse direito<sup>(2)</sup>.

Não há de ser demais lembrar aqui que os direitos religiosos, como todos os direitos humanos e deveres correspondentes, fazem parte do *status* jurídico do condenado, juntamente com todos os demais direitos e deveres que não foram suspensos pela sentença condenatória, ou que dela, configurada como fato jurídico, resultaram. O condenado já não é visto, no moderno entendimento, como "indivíduo, sujeito passivo de tratamento" (terapêutico ou análogo), mas é "pessoa, sujeito de direitos, de deveres e de responsabilidade".

Tendo presente, pois, que o preso (condenado) é um "próximo" perante Deus, é uma pessoa, sujeito de direitos, de deveres e de responsabilidade, as linhas mestras do procedimento da APAC continuaram as mesmas ao longo dos anos da sua profícua atividade, podendo ser assim resumidas:

- Quanto ao tratamento dos presos:
  - atendimento desde que o preso ingresse na prisão;
  - amparo afetivo, espiritual e material a todos os presos e suas famílias, indistintamente, conforme cada um precisa;
  - assistência religiosa (católica), instrução, participação de atos litúrgicos e de culto, e práticas de piedade, para aqueles que assim desejam;
  - respeito à liberdade de crença, providenciando, para os não-católicos que o desejam, atendimento por representante da sua religião;
  - suscitação e desenvolvimento do senso de responsabilidade e do respeito dos presos por si mesmos, para o que contribuem: ordem, limpeza e disciplina pessoais, lazeres, trabalho, estudo, oração;
  - exercitação para a reintegração no convívio social, por meio de saídas judicialmente concedidas, para fins de visita à família e aos padrinhos, trabalho, estudo, ida ao dentista, ao médico ou ao advogado, à igreja, ao Fórum — sem escolta policial, mas sob a responsabilidade dos padrinhos, que acompanharão o afilhado, ou não, conforme determinação judicial em cada caso;

---

(2) Vale registrar que, a respeito dos direitos religiosos dos presos, ANTONIO BERISTAIN, criminólogo e penalista internacionalmente respeitado, diretor do Instituto de Criminologia da Faculdade de Direito de San Sebastián, Espanha, escreveu dois importantes artigos; um deles, "Religión de jóvenes (y adultos) en la cárcel", publicado no Brasil, na *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, 23 (90), abr./jun. 1986. O outro, "Asistencia religiosa. Derechos religiosos de sancionados a penas privativas de libertad", publicado neste número da Revista.

- atendimento do egresso, enquanto e como ele precise;
- atendimento à família do preso e do egresso.
- Quanto à administração da prisão:
  - cooperação, em boa harmonia, sujeitando-se à ordem interna e à disciplina próprias, sem embargo de oferecer oportunas sugestões e colaboração com material e prestações pessoais, para melhoramentos na construção, nas instalações e aparelhagem, nos serviços.
- Quanto ao Juiz:
  - acatamento da sua autoridade em todos os sentidos;
  - colaboração para que as suas decisões e determinações sejam fielmente cumpridas pela administração da prisão e pelos presos.
- Quanto à comunidade:
  - oportunos esclarecimentos e informações para que a comunidade veja no preso uma pessoa que, apesar de ter delinqüido e estar cumprindo pena (ou tendo-a já cumprido), continua sendo membro dela mesma;
  - estímulos para que toda a comunidade, genericamente, se disponha a, de algum modo, colaborar;
  - solicitação de colaboração em concreto, como seja, dando emprego aos beneficiados com trabalho externo, aos liberados condicionalmente e aos egressos, ajudando com material e coisas para reparos e melhoramentos na prisão ou para uso dos presos, ou dinheiro para a respectiva aquisição ou para remuneração de serviços de terceiros.
- Quanto à mesma APAC:
  - organização administrativa simples mas bem funcionante;
  - registro objetivo, sintético, mas atualizado, das atividades da entidade, inclusive quanto a dinheiro;
  - registro objetivo, sintético, panorâmico, das atividades dos presos e dos fatos que se relacionam com ditas atividades e com o cumprimento da pena (com a execução penal);
  - prontuário sempre atualizado de cada preso;
  - reuniões (cursos, jornadas, seminários e semelhantes), para aperfeiçoamento dos seus membros.

— Quanto aos membros da APAC:

- vida particular, bem como no trabalho e na sociedade, exemplar;
- seriedade e disponibilidade quanto às suas atividades e atribuições de membros da APAC;
- diligência quanto ao próprio aperfeiçoamento (conhecimentos, virtudes...);
- tratamento dos presos (afilhados) como atitude de amor ao próximo e cordialidade, mas com firmeza e, se preciso, justa severidade.

Feita essa rápida apresentação, pressinto a pergunta: qual é o panorama da APAC, hoje?

A APAC tem continuado as suas atividades, enfrentando e resolvendo serenamente as dificuldades que se apresentam, solucionando problemas, procurando aperfeiçoar-se a si mesma e aos seus membros, a fim de que a sua faina possa ser proveitosa. No seu afã de aperfeiçoamento, elaborou seu regimento interno, à luz das normas do seu estatuto, em termos hermeneuticamente atualizados, regimento esse aprovado pelo Juiz Corregedor dos Presídios, Dr. Manoel de Lima Júnior, em 1º de outubro de 1982.

Os bons resultados alcançados, traduzidos palpavelmente em insignificante porcentagem de reincidentes (contada em raras unidades) e alta porcentagem de toxicômanos que, desintoxicados, abandonaram o vício (contada em muitas dezenas, tendo chegado a 95%), atestam a seriedade e a eficiência do seu trabalho. As autoridades judiciárias de São José dos Campos reconhecem, até mesmo em sucessivas portarias, toda a importância e a exemplaridade dos serviços prestados pela entidade, legalmente reconhecida, aliás, como auxiliar do Juízo das Execuções Penais e da Corregedoria dos Presídios e da Polícia Judiciária.

E tudo com grande economia para o erário, já que é a comunidade que cuida das despesas (com exceção de uma ou outra, como alimentação dos presos)! Ademais, como é público e notório, quando o particular cuida das despesas, são elas sempre incomparavelmente menores do que as entregues, em casos idênticos, à responsabilidade de órgão público.

Os números frios da insignificante porcentagem de reincidentes e da alta porcentagem de toxicômanos curados adquirem outra configuração, se pensarmos que indicam que a quase totalidade dos condenados que cumpriram a pena em prisão da comarca de São José dos Campos, aceitando a assistência da APAC, são pessoas, hoje — por assim dizer —, renascidas. Integrados no convívio social, levam vida pessoal, familiar e comunitária honesta, trabalhando, estudando e, até contribuindo com a sua parcela para ajudar quem mais precisa.

Atualmente, no caso circunscrito a São José dos Campos, a APAC administra uma das prisões locais, sob a responsabilidade e supervisão do órgão do Poder Judiciário (Juízo das Execuções Penais e da Corregedoria dos Presídios e da Polícia Judiciária), bem como do órgão do Poder Executivo (Ministério Público), à luz dos termos da Portaria nº 3, de 20 de março de 1984, do Juiz Dr. Nilo Cardoso Perpétuo. Vejamos:

Em dado momento, verificou-se que uma das prisões da comarca, apesar de, nela, terem sido feitas algumas reformas, não tinha condições de funcionar senão numa parte, por motivos diversos, inclusive falta de pessoal — quer para administração, quer para guarda de vigilância.

O Juiz, então, considerando, entre outras coisas, que a APAC, que tão relevantes serviços já havia prestado à Justiça, se destinava, segundo a lei, a “auxiliar o Juízo da Corregedoria dos Presídios”, resolveu autorizá-la a administrar a prisão, começando por fazer, no edifício, as reformas e adaptações necessárias para ali funcionar o “Sistema APAC”. Ditas reformas e adaptações deviam ser feitas por partes, e, à medida que uma parte ficasse pronta, para ela seriam transferidos presos que se encontrassem recolhidos em outras prisões.

Com a colaboração da comunidade joseense, a APAC efetuou os trabalhos, atendendo ao determinado na portaria judicial. Isso feito, o Juiz, por nova portaria (nº 9, de 2 de agosto de 1984), estabeleceu normas regeedoras da transferência de presos.

Na sua qualidade legal de auxiliar do órgão judiciário específico, assumiu a administração da prisão reformada e adaptada. Para todos os serviços do estabelecimento, o pessoal se compunha de voluntários da APAC, que se revezariam em regime de plantões.

O Dr. Ottoboni, já agora aposentado da sua função pública, podendo dar tempo integral, ficou sendo o Diretor da prisão. Como tal, editou uma portaria (nº 4, de 27 de junho de 1984), referendada pelo Juiz das Execuções Penais e Corregedoria dos Presídios e Polícia Judiciária, regulando as atividades dos voluntários “diretores plantonistas”, e seus auxiliares (destacados dentre presos), seu revezamento, suas atribuições e obrigações. Editou outras portarias, sempre referendadas pelo Juiz, disciplinando as atividades, direitos e deveres dos presos nos três regimes (fechado, semi-aberto e aberto), as visitas de parentes, e as visitas de associações, grupos e conjuntos, e a conduta daqueles presos judicialmente designados para escoltar outros presos nas saídas concedidas.

A sede do labor pioneiro da APAC ficou sendo nas novas instalações resultantes da reforma, em que um xadrez foi transformado em sala de aula, e a “cela forte para castigo”, em capela, e se construiu um local de trabalho (oficina de artesanato e trabalhos manuais diversos), para os presos que não têm os requisitos para a concessão do trabalho externo.

Já não contando com a dedicada colaboração do saudoso advogado Dr. Franz de Castro Holzwart (que morreu no exercício de amor ao próximo preso), o Dr. Ottoboni, pessoalmente (com a oportuna participação voluntária de outros advogados e de estagiários da Faculdade de Direito) realiza as tarefas de assistente jurídico da APAC e dos presos, e de assistente judiciário desses, nomeado em cada caso, quando seja de ingressar em Juízo.

Nesse quadro do denominado "Sistema APAC", não houve fuga de nenhum preso, nem falta grave, desde que as novas instalações, resultantes da reforma, foram inauguradas. O índice médio de reincidências dos presos que passaram pela APAC, desde que foi fundada, é de 5%.

Não é de admirar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tenha determinado, recentemente, que todos os aprovados em concurso para Juiz, façam, antes de tomar posse do cargo, um breve estágio na APAC de São José dos Campos, e que a Procuradoria Geral de Justiça tenha feito a mesma determinação quanto aos aprovados em concurso para ingresso no Ministério Público. Já houve um estágio de Juizes que acabavam de ser aprovados no respectivo concurso, e um, igualmente, de Promotores de Justiça.

Nos dias que correm, a APAC, não obstante as difamações sofridas e os ataques de quem tem pretendido aniquilá-la e, talvez, tomar-lhe o lugar, prossegue, não só consolidada em São José dos Campos, mas, nos moldes das linhas gerais atrás registradas, está atuando em outras cento e oito comarcas, isto é, cento e nove, contando com a precursora. Delas, cinquenta e oito se encontram no Estado de São Paulo, e as demais, distribuídas em doze outros Estados (3).

Em agosto deste ano (1986), a "Prison Fellowship International", com sede em Washington, e subsede, para a América Latina, em Lima — Peru, realizou em Nairobi — Quênia, o seu segundo Congresso Internacional. Cerca de setenta países estavam representados. Do Brasil, o convidado foi o Dr. Mário Ottoboni, em seguida a uma visita de que o Dr. Javier Bustamente, Diretor Regional para a América Latina, fizera à APAC. A exposição do Dr. Ottoboni, a respeito da APAC e suas atividades, método e resultados, chamou a atenção dos congressistas, de tal sorte que, após o Congresso, vários deles estiveram em São José dos Campos para ver de perto a obra, observá-la, colher mais pormenorizadas informações.

Participando do Congresso, havia cristãos das diversas denominações, e havia não-cristãos, adeptos de outras religiões. Expostos, examinados e debatidos os diversos temas, a principal conclusão, unanimemente proclamada, foi a de que "sem Deus não há regeneração do homem".

(3) Alagoas — 6; Bahia — 1; Ceará — 1; Espírito Santo — 2; Goiás — 1; Minas Gerais — 22; Mato Grosso do Sul — 1; Paraná — 1; Pernambuco — 1; Rio de Janeiro — 4; Rio Grande do Sul — 9; Santa Catarina — 2.

## Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas

À venda na SSETEC (Senado Federal)

Postos de venda: Anexo I — 22º andar

Anexo II — 1º 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 93.

“ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA (NÚMEROS 1 a 90)”

Distribuição gratuita aos assinantes da Revista

“COLEÇÃO DE ATOS INSTITUCIONAIS, ATOS COMPLEMENTARES E DECRETOS-LEIS”

Volumes à venda: 6 a 16

“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 com índice 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)

Não estão relacionadas as obras esgotadas.

## **“SEGURANÇA NACIONAL” (edição 1984)**

Lei nº 7.170, de 14-12-83 — texto com índice temático.

Quadro comparativo da Lei nº 7.170/83 com a Lei nº 6.620/78.

Anotações.

Histórico (tramitação legislativa) da Lei nº 7.170/83.

Subsídios para a elaboração da Lei nº 7.170/83.

## **“CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS” (edição 1984) — 4 volumes — com suplemento de atualização de 1986**

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.

## **“PROCESSO LEGISLATIVO” (4ª ed. atualizada e ampliada — 1985)**

Iniciativa das leis. Instrução, discussão e votação das proposições na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

Sanção, promulgação e veto.

Emendas à Constituição. Leis Complementares. Leis Ordinárias. Leis Delegadas. Decretos-Leis. Decretos Legislativos.

Resoluções.

Normas constitucionais e regimentais. Questões de ordem, decisões da Presidência. Pareceres das Comissões Técnicas e pronunciamentos parlamentares.

Competência privativa do Senado Federal.

Requerimentos que podem ser apresentados, no Senado Federal.

Comissão Parlamentar de Inquérito.

Comissão Parlamentar Mista de Inquérito.

Impedimento de parlamentar.

Nova designação do número de ordem das Legislaturas (histórico do Decreto Legislativo nº 79, de 1979).

Votação de matéria no Congresso Nacional reunido.



**"LEIS COMPLEMENTARES À CONSTITUIÇÃO FEDERAL"** (edição 1985) — 3 volumes — com suplemento de atualização de 1987

Leis Complementares n.ºs 1/67 a 54/86

Textos

Legislação citada

Histórico (tramitação legislativa)

Índice temático

**"EXECUÇÃO PENAL"** (edição 1985)

Lei n.º 7.210, de 11-7-84 — texto anotado e indexado

Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos (ONU)

Anteprojetos (Cândido Mendes; Oscar Stevenson; Roberto Lyra; Benjamin Moraes Filho; Cotrim Neto)

Histórico (tramitação legislativa) da Lei n.º 7.210, de 11-7-84.

**"CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL"**  
(formato bolso) (10ª edição — 1986)

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 27/85.

Índice temático.

**"CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL"** —  
Quadro Comparativo (5ª edição — 1986)

Texto constitucional vigente (consolidado — Emendas n.ºs 1/69 a 27/85), comparado à Constituição promulgada em 1967 e à Carta de 1946.

Notas explicativas, contendo os textos dos Atos Institucionais e das Emendas à Constituição de 46.

Índice temático do texto constitucional vigente.

**"CONSTITUIÇÕES DO BRASIL"** (edição 1986) — 2 volumes

*Volume 1* — Textos das Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações.

Texto constitucional vigente (consolidado – Emendas nº 1/69 a 27/85).

*Volume 2* – Índice temático geral (comparativo) de todas as Constituições brasileiras.

#### “LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDÁRIA” (5.<sup>a</sup> edição – 1986)

Legislação:

Constituição Federal (texto vigente consolidado – dispositivos pertinentes).

Textos consolidados, anotados e indexados: Código Eleitoral, Lei Orgânica dos Partidos Políticos, Leis das Inelegibilidades, de Transporte e Alimentação e das Sublegendas (esta última com revogação em adendo).

Organização partidária do Distrito Federal. Revisão do eleito-rado. Normas para as eleições de 1986.

#### “DIREITO DE GREVE” (edição 1986)

*Quadro comparativo*: Projeto de Lei nº 8.059/86 – Legislação vigente.

*Anteprojetos*.

Projetos em tramitação no Congresso Nacional.

#### “REGIMENTOS DAS ASSEMBLÉIAS CONSTITUINTES DO BRASIL” – obra de autoria da Subsecretaria de Arquivo do Senado Federal (edição 1986)

Antecedentes históricos.

Textos dos Regimentos comentados pelos Constituintes.

Índices temáticos e onomásticos.

#### “ANTEPROJETO CONSTITUCIONAL” (edição 1986)

*Quadro comparativo*: Anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (instituída pelo Decreto nº 91.450, de 18-7-85) comparado ao texto constitucional vigente.

Notas.

Índice temático da Constituição vigente.

#### “LEIS ORGÂNICAS DOS MUNICÍPIOS” (2.<sup>a</sup> edição – 1987) – 3 volumes

Textos atualizados, consolidados e anotados das Leis Orgânicas dos Municípios de todos os Estados-Membros da Federação brasileira.

Índice temático comparativo.

**"CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS"**  
(edição 1987) — 3 volumes

*Volume 1* — Constituições: Brasil, Alemanha (República Federal), Argentina, Chile, China (República Popular), Cuba, Espanha, Estados Unidos da América, França, Grã-Bretanha (alguns textos constitucionais) e Guiné-Bissau.

*Volume 2* — Constituições: Itália, Japão, México, Paraguai, Peru, Portugal, Suíça, URSS, Uruguai e Venezuela.

*Volume 3* — Índice temático comparativo de todas as Constituições.

**"CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS"** — série (com índice temático comparativo)

*Volume 1* — Alemanha (República Democrática), Bulgária, Hungria, Polónia, Romênia, Federação Tchecoslovaca.

*Volume 2* — Costa Rica, Nicarágua.

*Volume 3* — Angola, Cabo Verde, Moçambique, São Tomé e Príncipe.

**ASSINATURA DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA**

Faça a sua inscrição como assinante da **Revista de Informação Legislativa**.

Envie vale postal ou cheque visado, pagável em Brasília (a favor da Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal).

Assinatura anual: n.ºs 93 (janeiro/março de 1987) a 96 (outubro/dezembro de 1987).

**Preço: Cz\$ 160,00**

Dirija seu pedido à

Subsecretaria de Edições Técnicas

**SENADO FEDERAL**

**Brasília — DF — 70180**

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  
Ministérios  
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