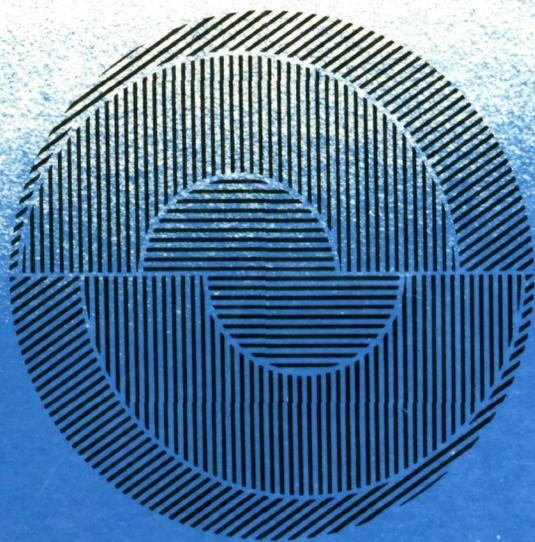


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

ABRIL A JUNHO 1986

ANO 23 • NÚMERO 90

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

a. 23 n. 90 — abril/junho 1986

**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. legisl.	Brasília	a. 23	n. 90	abr./jun. 1986
-----------------	----------	-------	-------	----------------

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

COLABORAÇÃO

Organização do poder. A institucionalização do Estado — <i>José Alfredo de Oliveira Baracho</i>	5
O ideal federalista nas revoluções brasileiras — <i>Moacyr Benedicto de Souza</i>	35
Direito e justiça (a propósito da Constituinte) — <i>Edna Romariz</i>	53
Sistema jurídico — <i>Hérbat Spencer B. Meira</i>	83
As lacunas no direito constitucional — <i>Celso Fernandes Campilongo</i>	89
O "imperium" no direito romano — <i>Silvio Meira</i>	99
A economia degradou o direito — <i>Machado Pauperio</i>	119
Do mandado de segurança — <i>Cármem Lúcia Antunes Rocha</i>	131
A atuação do Ministério Público na proteção dos interesses difusos — <i>Rene Ariel Dotti</i>	177
Ordem pública mundial: ordem pública verdadeiramente internacional no direito internacional privado — <i>Jacob Dolinger</i>	205
A evolução doutrinária e jurisprudencial da proteção internacional dos direitos humanos nos planos global e regional: as primeiras quatro décadas — <i>A. A. Cançado Trindade</i>	233
Princípios de direito fluvial na bacia do Prata — <i>Christian G. Caubet</i> ...	289
O parlamentar e a legislação ambiental — <i>Paulo Affonso Leme Machado</i>	315
O direito adquirido e a mudança de interpretação da Administração em matéria contratual — <i>Arnoldo Wald</i>	329
Regimes jurídicos de pessoal — <i>Sebastião Baptista Affonso</i>	333
Las dimensiones de la criminalidad — <i>Manuel López-Rey</i>	351
O pessoal das prisões e os presos — <i>Armida Bergamini Miotto</i>	361
Religión de jóvenes (y adultos) en la cárcel — <i>Antonio Beristain</i>	373
Adoção nacional e internacional — <i>Antônio Chaves</i>	393

PUBLICAÇÕES

Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas	425
---	-----

Organização do poder. A institucionalização do Estado

JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO

Professor Titular da UFMG — Livre
Docente. Doutor em Direito

SUMÁRIO

1. *Formas de governo: República e Monarquia*
2. *Formas de Estado: Estado unitário, Estado federal. A Federação. Estados-Membros. Municípios. Poder regional. Distrito Federal e Territórios. Regiões Metropolitanas*
3. *Divisão de Poderes:*
 - A) *Poder Legislativo: composição, competência e garantias*
 - B) *Poder Executivo*
 - C) *Poder Judiciário: composição e competência*
4. *Sistemas de governo: parlamentarismo e presidencialismo. Conselho. O sistema de governo semipresidencial*

Introdução

As diversas maneiras de organização do Poder e do Estado, conforme a maioria dos expositores, apresentam tipologias diferenciadas.

Dentre as distinções mais comuns, encontramos expressões que procuram determinar alguns aspectos referentes aos órgãos do governo, à distribuição política e administrativa do poder, às relações entre os órgãos de governo ou a ideologia política do sistema: sistemas ou regimes políticos, formas de Estado, formas de governo e sistemas de governo (JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, *Regimes Políticos*, São Paulo, Editora Resenha Universitária, 1977).

1. *Formas de governo: República e Monarquia*

O dualismo Monarquia e República aparece em diversas classificações das formas políticas, sendo que, como critério básico para distingui-las, toma-se a temporalidade do exercício do poder. Os sistemas monárquicos que surgiram em formas absolutistas,

em diversas oportunidades, transformaram-se em monarquias parlamentaristas. Outra maneira para discriminar estes dois modelos está no processo de escolha (*conquista, herança, cooptação, sorteio, eleição*). (JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, *Teoria Geral das Formas Políticas*, Revista da Faculdade de Direito, B. H., Universidade Federal de Minas Gerais, v. 29, n.os 26/27, 1983/1984, pp. 56 e ss.).

A República é a forma de governo em que as funções executivas e legislativas são exercidas pelo povo que decide em seu nome. São constituídas eletivamente, por meio de mandatos, periodicamente renováveis. Como características fundamentais da República são destacadas: a *eletividade, temporariedade, periodicidade* e a *responsabilidade*. A alternância no poder é outro aspecto que particulariza esta forma de governo. O princípio republicano é essencial à caracterização da democracia. Ele garante a estrutura constitucional democrática, através de regras e instituições que preservam o ideal republicano. Como forma de governo pura, a República efetiva o governo do povo, por meio de seus representantes. A República democrática organiza-se, normalmente, através do sistema consagrado nos Estados Unidos (presidencial ou executivo) ou pelo sistema predominante na Europa, originário do modelo inglês (parlamentar ou de gabinete). Muitos Estados europeus (Inglaterra, Bélgica, Holanda, Dinamarca, Suécia, Noruega) conservam a monarquia, seguindo o preceito de que o rei reina, mas não governa.

O princípio republicano foi adotado no Brasil pelo Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, ocasião em que foi proclamada provisoriamente e decretada como forma de governo da nação brasileira: a República Federativa. O País passou a ser dirigido por um Governo Provisório, até que se procedesse à eleição do *Congresso Constituinte do Brasil* (arts. 1 e 4). O Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, convocou para 15 de novembro os representantes do povo brasileiro: "Considerando a suprema urgência de acelerar a organização definitiva da República e entregar no mais breve prazo possível à Nação o governo de si mesma, resolveu formular sob as mais amplas bases democráticas e liberais, de acordo com as lições da experiência, as nossas necessidades e os princípios que inspiram a revolução de 15 de novembro, origem atual de todo o nosso direito público, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, que com este ato se publica, no intuito de ser submetida à representação do País, em sua próxima reunião..."

BARBALHO, em seus *Comentários*, ao tratar do assunto, esclareceu: "São os congressos constituintes assembléias especiais e extraordinárias destinadas a realizar ou reformar a organização política da nação que os elege. Seus poderes constam, em geral,

do ato de sua convocação e interpretam-se em vista dele e dos fins para que elas se reúnem. Esta noção implica a solução da importante questão dos limites dos poderes das assembléias constituintes. A natureza delas, sua razão de ser, sua missão, a origem de seu poder e autoridade, fundamentam solução contrária à extensão ilimitada de tais poderes" (JOÃO BARBALHO U.C., *Constituição Federal Brasileira*, Rio de Janeiro, F. Briguiet e Cia. Editores, 1924, p. 4).

Referindo-se às restrições prefixadas à tarefa dos constituintes, lembra, ainda, o nosso constitucionalismo clássico: "O decreto de 3 de janeiro de 1822, do príncipe regente D. Pedro, com *referenda* de José Bonifácio de Andrada e Silva, mandou convocar uma *Assembléia Constituinte e Legislativa* (ob. cit., p. 4).

2. *Formas de Estado: Estado Unitário. Estado Federal. A Federação. Estados-Membros. Municípios. Poder Regional. Distrito Federal e Territórios. Regiões Metropolitanas*

Os Estados, no que diz respeito à forma que apresentam, são conhecidos como Estados simples (Estado unitário) e Estados compostos denominados como coletividades estatais de estrutura complexa (Federações; Uniões de Estado: pessoal e real; Confederações).

O Estado unitário, na sua expressão clássica, é a mais comum das formas típicas de organização política. É entendido como um ente que mantém: apenas uma autoridade de governo, uma única fonte de legislação, apenas uma organização administrativa, com poderes extensivos a todo um determinado território, em toda a comunidade nacional. Durante muito tempo passou a ser modelo-padrão. A própria noção clássica de soberania parece configurar esta espécie de organização estatal: unidade, indivisibilidade, imprescritibilidade e inalienabilidade, aplicáveis, de maneira completa, ao Estado unitário. Apesar de serem denominados de simples, são várias as diferenciações em suas estruturas, sendo que em muitos existem um governo nacional e um governo local.

Nos últimos anos, mesmo os Estados de tradição unitária estão passando por experiências de descentralização: o Estado regional, na Itália; o Estado autônomo, na Espanha. O mesmo vem ocorrendo com a França e a Bélgica.

Apesar da idéia federal ser apontada em sociedades políticas antigas, foi com a Constituição americana de 1787 que ela institucionalizou-se, através de um diploma constitucional.

O federalismo, devido a sua flexibilidade, aponta diversas experiências, em regimes políticos bem diferentes. LE FUR, ao indicar em que o Estado federativo difere do Estado unitário,

começa por distinguir as duas formas que consagra sob a denominação do Estado federativo *lato sensu*, a Confederação de Estados e o Estado federal propriamente dito (LOUIS LE FUR, *État Fédéral et Confédération d'États*, Paris, Machal et Billard, 1896).

A construção de uma *teoria do Estado federativo*, para muitos, está assentada na noção de soberania, conforme ressaltava MOUSKHELI (*La Théorie Juridique de l'État Fédéral*, Paris, A. Pedone, Éditeur, 1931).

Várias teorias procuram explicar a natureza do Estado federal. Entretanto, convém destacar alguns pontos:

— princípio federal que consiste no método de dividir os poderes, de modo que os governos central e regionais ou locais sejam cada um, dentro de sua esfera, coordenados e independentes;

— equilibrar a pluralidade com a unidade;

— manutenção da unidade do Estado, para que a descentralização não leve à dissolução da comunidade jurídica;

— o ato constituinte do Estado federal é um ato político que integra uma unidade conjunta com coletividades particulares;

— é um Estado soberano conjunto de vários Estados;

— não há tratado nem pacto que dão origem contratual a essa unidade das partes, mas uma Constituição surge como norma principal que tem eficácia e validade para dar suporte, também, aos ordenamentos locais;

— esta preeminência da Constituição federal não retira a atribuição dos Estados particulares em elaborar a própria organização constitucional;

— a Constituição federal ordena uma distribuição de competência que determina as relações entre a Federação e os Estados-Membros;

— a participação consiste no direito que têm os Estados-Membros de colaborar na formação e decisão dos órgãos federais (JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, *Teoria Geral do Federalismo*, Belo Horizonte, FUMARC/UCMG, 1982, p. 24).

A repartição de competência é essencial na definição da Federação, desde que cada um de seus componentes tem sua órbita de ação. A distribuição de competências pode adotar critérios como: atribuição ao Estado federal de faculdades taxativas ou detalhadas, de modo que as não enumeradas ficam reservadas com entes locais; atribuindo-se em forma taxativa ou detalhada as faculdades dos Estados-Membros, sendo que os remanescentes ficam com a Federação: enumeração das competências pertinentes a cada um dos entes da Federação.

Na Federação existe uma duplicidade de ordens jurídicas, desde que ao lado da União sobrevêm as Constituições dos Estados federados. Ocorre, também, uma divisão de poderes entre a União e os Estados-Membros, através de uma divisão funcional e territorial.

A origem e a formação do Estado federal determinaram o surgimento de diversas doutrinas que examinam os fundamentos teóricos do federalismo (Teorias de TOCQUEVILLE, de CALHOUN, de JELLINEK, da Escola Vienense etc.).

A noção de descentralização é essencial à formulação das fontes principais da teoria federativa. O Estado federal reúne coletividades públicas diferentes, sendo que a *autonomia* do Estado-Membro é um dos pontos essenciais para a sua estruturação. Um dos temas inerentes à descentralização é o seu relacionamento com a teoria democrática, desde que ela constitui um excelente fator para o atendimento de todas as formas de pluralismo. A descentralização é uma repartição de poderes de decisão. De um lado está o governo central, de outro os agentes locais, com relativa independência do poder central, pelo que toma livremente suas decisões. Esse comportamento, além de demandar independência política, implica em autonomia administrativa e financeira. Para muitas exposições federalismo e descentralização são temas sinônimos.

O Estado federal introduziu modificações profundas nas relações jurídicas entre os seus componentes, devido ao surgimento do outro ente que é o Estado-Membro. Desde as primeiras incursões doutrinárias, acerca do federalismo clássico e suas alterações, surgiram as afirmativas de que no fundo a sua realização efetiva-se através de uma descentralização elevada ao máximo.

A importância do poder federal e dos poderes federalistas é variável, à proporção que a Constituição enumera as confluências.

O ideal federativo, no Brasil, desenvolveu-se desde o Império. A prioridade dada à Federação, na evolução das instituições políticas brasileiras, é apresentada por vários publicistas. O federalismo é, desde 1831, a mais ardente aspiração do Brasil.

O unitarismo do Estado brasileiro, no período imperial, levou às concessões às idéias federativas. O Manifesto Republicano de 1870 foi pioneiro na conceituação da proposta federativa. No desenvolvimento do processo democrático brasileiro, dois temas têm profunda significação: República e Federação. ASSIS BRASIL afirma que a Federação foi a verdadeira causa de República.

Na evolução do constitucionalismo brasileiro, destaca-se, também, a autonomia concedida aos Municípios. A Federação, mesmo no Congresso Imperial, teve defensores, mencionando-se até a

monarquia federativa. No Projeto que o Partido Liberal enviou ao Senado, em 1831, estava inscrito: O Governo do Império do Brasil será a monarquia federativa.

As Constituições republicanas adotaram o sistema federativo. Mesmo assim notam-se, constantemente, tendências para a centralização excessiva, com influências negativas para a vida política e administrativa dos Estados-Membros. Já TAVARES BASTOS, em *A Província* (São Paulo, Brasiliense, Editora Nacional, 1937, 2ª ed.), atacava o centralismo. A Federação, envolta com a República, preparou o país para profundas transformações de ordem política e jurídica. A Federação apareceu associada à democracia. Desde o início, nos debates constitucionais, a lição norte-americana era constantemente invocada, para lembrar aspectos democráticos e autonomistas daquele sistema federativo: federação, ampla autonomia, descentralização política e administrativa. A inclinação para a Federação não evitou que ela surgisse fraca, nem que ocorressem abusos centralistas. Sua consagração constitucional não evitou certas dificuldades para sua execução e aprimoramento. Desde o Congresso Constituinte de 1890-1891 as preocupações em torno das premissas da Federação foram constantes. Naquele período, três das onze emendas aprovadas pelos constituintes, alterando o Projeto do Executivo, tratavam da autonomia estadual e da discriminação de rendas, desde que, durante a Monarquia, as antigas Províncias viveram asfixiadas pela centralização. ARISTIDES MILTON, ao ressaltar o valor do Estado federal, afirmou de sua importância, tendo em vista a criação de dois organismos distintos e autônomos, um representado pelo Governo Federal (União) e outro pelo Governo dos Estados (ARISTIDES A. MILTON, *A Constituição do Brasil. Notícia Histórica. Texto e Comentário*. Rio, Imprensa Oficial, 1898, 2ª ed., p. 10).

Vários comentaristas apontam defeitos do federalismo brasileiro, já no início de sua prática (AMARO CAVALCANTI, *Regime Federativo e a República Brasileira*. Coleção Temas Brasileiros, vol. 48, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1983).

As críticas à Primeira República, com referência ao federalismo, são constantes, a própria política dos governadores desestruturava e negava a Federação. Os excessos e desacertos da República Velha contribuíram para manifestações antifederativas.

A Revolução de 1930, que teve a sua constitucionalização em 1934, de certa maneira foi uma reação contra as práticas políticas e institucionais da fase anterior do republicanismo. A alternância no poder efetiva-se pela política do "café com leite", desde 1894, com a predominância do Partido Republicano Mineiro.

A Constituição de 1934 adotou o estilo de 1891, epigrafando o seu Título I, com a denominação Organização Federal: "Toda orga-

nização política, em regime federativo-presidencial, está sujeita, exclusivamente, às normas federais, e não centralizadoras, em maneira que os componentes da Federação ou União Nacional, Estados e Municípios, dessas regras se não possam afastar. . .” (LOPES GONÇALVES, *A Constituição do Brasil*, Rio de Janeiro, F. F. Editora, 1935, p. 69).

A brevidade do constitucionalismo de 1934 desencadeia-se no autoritarismo centralizador de 1937. Período obscuro e de retrocesso, nos diversos segmentos da evolução constitucional do País. Efetiva-se a concentração total de poderes na União, com a supressão da autonomia dos Estados. Era a época dos interventores nomeados. Nesse período, os Estados viveram, praticamente, sob o regime de intervenção. A progressiva concentração de poderes da União foi uma constante dessa fase do sistema político nacional.

A ordem constitucional de 1946, apesar da tentativa de revitalização da Federação, não foi suficiente para estruturar o federalismo, que permaneceu débil. MÁRIO MARZAGÃO e ATALIBA NOGUEIRA, membros da Comissão de Constituição, em 1946, apontam as tendências unitaristas: “Caminhamos, infelizmente, para uma centralização administrativa tão categórica que, nessa marcha, dentro de pouco tempo, os últimos resquícios da Federação estarão extintos” (Anais da Comissão de Constituição. Publicação da Imprensa Nacional, 1948 — 1º vol., p. 242).

O federalismo consagrado na Constituição de 1946, apesar das críticas que lhe são endereçadas, introduziu certas novidades, inclusive no que diz respeito ao percentual de receitas tributárias da União, em favor de uma Região, o Nordeste.

Para doutrinadores brasileiros, com a Constituição promulgada em 1946, houve o restabelecimento, pela Constituinte, da Federação.

Com o movimento de 1964, surgiu um regime autocrático, com a União ampliando os seus poderes, perpetração de novas maneiras intervencionistas, com a nomeação de governadores pelo poder central, numa quase recriação dos antigos interventores do Estado Novo. O fortalecimento do papel exercido pela União, no contexto federativo, transborda-se no detrimento dos Estados e Municípios:

“Acentuada tendência centralizadora se verifica a partir do movimento político-militar de 31 de março de 1964.

O Ato Institucional de 9 de abril daquele ano, depois numerado, manteve a Constituição de 1946 com as modificações por ele introduzidas. Essas alterações já indicavam o fortalecimento da União em detrimento das autonomias estaduais. Centralizava-se o poder naquela pessoa de capa-

cidade política ao mesmo tempo que se entregava ao Presidente da República a maior parte de seu exercício.

Seguiram-se, cada vez mais concentrantes, os Atos Institucionais de n.ºs 2, 3 e 4, cujo teor foi, afinal, incorporado à nova Constituição, a de 1967. Havendo albergado a filosofia inspiradora do constituinte revolucionário, esta Constituição reduziu sensivelmente a autonomia estadual e, concomitantemente, diminuiu a independência do Poder Legislativo. Pode-se dizer que a fisionomia federal do Estado brasileiro se alterou (comparando-se o regime de 1946 com o de 1967).

Mas o grau elevado de centralização se operou com a edição do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, que, juntamente com outros Atos posteriormente editados, passaram a conviver com nova Constituição que veio a lume em 17 de outubro de 1969” (MICHEL TEMER, *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1982, pp. 62/63).

A limitação de atuação dos Estados-Membros, agravada, no Brasil, durante os últimos anos, mostra a importância da repartição de poderes na configuração do tipo de Federação. Em certos modelos a descentralização é mais acentuada, daí que os Estados-Membros têm competências mais amplas. Referindo-se a essas relações, afirma JOSÉ AFFONSO DA SILVA: “Sob esse aspecto, podemos concluir que a Constituição vigente, desde a redação de 1967, modificou substancialmente as relações entre União e Estados-Membros, importando: a) aumento da competência da União, às expensas, naturalmente, da autonomia dos Estados; b) ampliação dos princípios de organização político-constitucional que devem ser observados pelos Estados; c) supremacia da União em matéria econômico-financeira; d) ampliação dos casos de intervenção federal nos Estados, relacionadas as novas hipóteses a questões de segurança nacional ou econômico-financeiras” (*Curso de Direito Constitucional Brasileiro*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1984, 2ª ed., p. 51).

Com o surgimento do período de abertura política, em fase de estruturação e de definição ainda não completada, apareceram novas perspectivas para o aperfeiçoamento de autênticas instituições democráticas. Elas poderão, ainda, ocasionar uma melhor definição da Federação. Esta demanda a restauração da plenitude dos direitos políticos do povo brasileiro, com a universalização do voto, pela eleição direta, em todos os níveis da Federação.

Apesar das características formais do Estado federal, acolhidas pela Constituição, o federalismo brasileiro está esmagado pela

exacerbação centralizadora de poderes e de competências da União, circunstâncias que converteram o federalismo constitucional em puramente nominal e aparente.

A Federação, desfigurada pela centralização autoritária e absorvente dos poderes federais, deve, imediatamente, levar-nos a uma reconstrução federativa:

“A estrutura federal que a Constituição emendada em 1969 concebeu e projetou no plano constitucional afastou-se da concepção brasileira do federalismo republicano. O caráter conjuntural e episódico das soluções adotadas demonstram a precariedade e evidenciam a fragilidade da estrutura que se erigiu no terreno movediço das conveniências políticas. A União tornou-se absolutista na sua ambição de poder e, para servir ao autoritarismo do Governo Central, a Constituição cancelou a autonomia do Estado-Membro” (“Reconstrução do Federalismo Brasileiro”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, nº 54, janeiro, 1982, p. 80).

Com as perspectivas da adoção de um federalismo autêntico, várias questões passaram a ser ventiladas. As referências a uma reforma tributária, com o objetivo de revitalizar os Estados e a própria Federação, é uma constante. Os Estados encontram-se depauperados financeiramente. A própria Federação não corresponde ao seu conceito essencial e real, trata-se de uma proclamação mais nominal.

O desenvolvimento de uma economia, que é cada vez mais nacional, gera, normalmente, o crescimento dos poderes federais. Muitos serviços, considerados locais, foram transferidos para a União.

Os ideais federativos, em toda a evolução das diversas fases do constitucionalismo brasileiro, estão ligados às liberdades públicas. Com as novas perspectivas do *discurso intervencionista* nas Constituições brasileiras, o tema da Federação toma novas e profundas implicações, pelo que qualquer projeto de sua reforma não pode contentar-se na reforma tributária (WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA, “O Discurso Intervencionista nas Constituições Brasileiras”, *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, jan./mar. 1984, a. 21, n. 81, pp. 323 e ss.).

Nos últimos anos, a Federação foi duramente atingida. É recente a modificação na escolha dos Governadores que vinham sendo impostos, segundo critérios adotados pelos regimes unitários. A projeção na teoria e na prática do ideal federativo vem sofrendo

desvios que dificultam sua autêntica elaboração. A necessidade de preservar a Federação, desprezada pelo Poder Central e enfraquecida pela desigual distribuição das rendas nacionais, mostra a importância de seu reexame.

Em vários estudos que examinaram a importância e a perspectiva do Estado federal, vêm surgindo novas indagações no que diz respeito ao relacionamento do federalismo com a dimensão regional. Os estudos de PAULO BONAVIDES levam à proposta do *federalismo regional*. Pretende a criação da autonomia regional, como um meio capaz de cicatrizar a ferida centralizadora e estatizante. Menciona as Regiões Metropolitanas de São Paulo, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Salvador, Curitiba, Belém e Fortaleza, criadas pela Lei Complementar nº 14, de 8 de junho de 1973, bem como os *entes regionais* estabelecidos, nos últimos anos, principalmente a SUDENE, SUDAM, SUFRAMA, SUDECO e SUDESUL, superintendências do desenvolvimento planejado, como manifestações próprias para fixação do federalismo regional. Para elas propõe a institucionalização de nova autonomia no horizonte constitucional. A adoção de Estatuto de Autonomia das Regiões seria a base para o surgimento de um federalismo de bases regionais.

O *federalismo das Regiões* é tido como um remédio para as tensões regionais e intra-regionais, por intermédio de uma representatividade regional institucionalmente formulada. Esse modelo federativo é proposto tendo em vista o quadro político econômico. Critica-se a teoria federativa clássica, frente às novas fórmulas de planejamento econômico. Pensa-se conciliar o equilíbrio, coordenação, harmonia, consentimento, pluralismo do federalismo das autonomias com as regiões. Na sua defesa pela criação de um quarto nível de governo, PAULO BONAVIDES critica a sistemática atual do ICM, no que a sua sistemática acentua o desnível econômico entre os Estados produtores e os Estados consumidores, devido a transferência de maior soma de recursos dos últimos para os primeiros.

Esta indicação de reforma federativa em bases regionais levanta a possibilidade do surgimento de três entes a compor politicamente uma Federação tridimensional, para substituir o esquema clássico do federalismo dual: *Estado-Membro*, *Estado regional* e o *Estado federal propriamente dito*. Com a elaboração da teoria desse federalismo regional, as *Regiões* se converteriam em Estados regionais, terceiro nível de estatalidade da comunhão federativa. A referencialização do Estado brasileiro teria, como primeiro passo político e jurídico para um federalismo das Regiões, a aceitação do Estatuto de Autonomia para o Nordeste, que para esse autor é tão importante quanto a redemocratização plena da sociedade brasileira (PAULO BONAVIDES, "O Planejamento e os Organismos Regio-

nais como Preparação a um Federalismo das Regiões”, em *Reflexões: Política e Direito*. Rio de Janeiro, Forense, 1978, 2ª ed., pp. 78 e ss.).

A reformulação da Federação demandará maior participação dos Estados-Membros e dos Municípios. As questões de índole regional, para maior equilíbrio do todo nacional, dão particularidades ao mesmo problema, em razão da existência de espaços com diferentes estágios de desenvolvimento, que apontam a necessidade de descentralização das decisões, sem prejuízo de um desenvolvimento integrado, devido as desigualdades inter-regionais. O federalismo, que deverá surgir dentro de um clima de plenitude democrática, terá que reduzir as disparidades inter-regionais, através da instituição de adequada discriminação de rendas públicas.

A centralização implantada pelo autoritarismo, no Brasil, nos últimos anos, sem atingir os objetivos de um planejamento que pudesse indicar alguns aspectos das diferenciações entre as diversas regiões, fez com que os Estados-Membros e Municípios vissem agravados os seus problemas, sem possibilidade de resolvê-los.

A democratização da sociedade brasileira depende de importantes transformações que erradiquem o autoritarismo dominante. A estruturação do *novo federalismo brasileiro* exige sua definição por Assembléias Constituintes a nível federal e estadual, com determinação precisa do tipo escolhido. Como fórmula de relacionamento intra-estatal, deverá corrigir o altíssimo grau de centralização atingido pelo Estado brasileiro, para formalizar mecanismos adequados de descentralização. Competência do centro e competências das coletividades-membros deverão ter uma definição constitucional exata. A participação das coletividades menores na revisão da Constituição será um dos elementos fundamentais para a efetivação da Federação.

Torna-se necessária uma interpretação dinâmica do federalismo, através de um processo democrático estável, eficiente e moderno. A organização e estabilidade da República brasileira, sob a forma de Federação, depende da repartição de competências, da harmonia de poderes entre os entes que a compõem, através de um jogo coordenado e normal dessas entidades. A pluralidade que concorre para o estabelecimento de um poder estatal federal congrega certas matérias constitucionais, com o reconhecimento das coletividades particulares. Sua base está nas relações fixadas entre o Estado federal e os Estados-Membros. Baseado em uma Constituição e não em um Tratado, deve levar em conta as diferenças específicas de seus componentes. A unidade e a diversidade supõem a sua efetivação.

Como princípio básico da estrutura constitucional do Estado brasileiro, a forma federativa está ligada ao sistema republicano e

ao representativo. A Federação deve partir para a definitiva conciliação com a multiplicidade de interesses que têm as unidades territoriais que gozam de autonomia política e administrativa, através da efetiva capacidade de auto-organização, autogoverno e auto-administração. As particularidades inerentes ao atual processo político brasileiro, ao pretender sair de um longo período centralizador, encontra diversas facetas no que diz respeito às transformações do federalismo, particularidades que devem ser observadas na definição do modelo de Federação, própria ao nosso meio: "Nos principais Estados federais do mundo contemporâneo, nota-se a tendência para a concentração de poderes na União. É conseqüência de muitas causas políticas e econômicas, sobressaindo ora estas, ora aquelas, conforme o Estado examinado, mas a linha constante é a do crescimento do governo central. Paralelamente a essa tendência, pode afirmar-se que nunca tivemos tanto governo como agora, em quaisquer níveis federal, estadual e municipal" (ORLANDO M. CARVALHO, *Relações Financeiras da União com Outras Órbitas de Governo*, em obra coletiva, *Perspectivas de Federalismo Brasileiro*. Estudos Sociais e Políticos, Belo Horizonte, Edições da Revista Brasileira de Estudos Políticos, Universidade Federal de Minas Gerais, nº 2, p. 79).

Na evolução do processo centralizador dos últimos anos, no Brasil, convém destacar que a prática indiscriminada dos decretos-leis tem sido, também, forma abundante de usurpação de competências estaduais, pela União.

Estados-Membros — Na estruturação do Estado federal, os Estados-Membros têm lugar de relevo. Sendo que a autonomia legislativa e a autonomia constitucional, situadas além do Poder Central (União), são novidades que esta forma de Estado consagrou. A soberania exerceu considerável influência na elaboração inicial da teoria do Estado federal. Ele fez surgir o Estado não soberano. O Estado-Membro é um Estado não soberano, dispõe de autonomia e não de soberania. Os Estados federados, além de contarem com administração própria, estabelecem as regras jurídicas, mediante legislação autônoma, inserida no padrão federal. A autonomia demanda repartição constitucional de competências:

- a) repartição exaustiva da competência de cada ordenamento;
- b) enumeração da competência da União e atribuição aos Estados dos poderes reservados e não enumerados;
- c) enumeração da competência dos Estados-Membros e atribuição à União de poderes reservados.

Municípios — A liberdade e autonomia municipais são condições essenciais para a efetivação do processo democrático descentralizado.

ATALIBA NOGUEIRA, após examinar a origem natural do Município, afirma que, para termos bom conhecimento de certo instituto jurídico, devemos partir de sua fase inicial, quando se apresenta ainda mais simples, em suas linhas realmente fundamentais. Estudando o Município no Brasil, entende que o “direito consuetudinário e o dimanado das câmaras municipais constituem o ponto de partida de toda a evolução do direito brasileiro”. Eis aí o marco inicial da história de vários casos do direito pátrio. Não nasceram com o Município apenas a sua ordenação jurídica, o poder municipal, o governo local, mas também a disciplina da democracia, o direito administrativo brasileiro, o penal, o processual, o trabalhista, o tributário e até o “nosso direito internacional, sem esquecer várias disposições de direito civil e comercial” (ATALIBA NOGUEIRA, *Teoria do Município*, Editora Revista dos Tribunais, outubro/dezembro, 1968, vol. 6, pp. 7 e 65).

A autonomia política do Município efetiva-se através dos seguintes procedimentos:

- a) poder de eleger o seu chefe do Executivo ou Prefeito;
- b) poder de eleger os representantes do Poder Legislativo local, chamados de Vereadores;
- c) administração própria, no que diz respeito ao seu peculiar interesse.

MACHADO PAUPÉRIO destaca que o controle do Município deve ser feito pelo povo, através de eleições freqüentes e práticas da democracia semidireta, bem como através da fiscalização financeira e pelo exame de suas decisões, no que diz respeito à legalidade, pelo Judiciário.

O Estado-Membro defere ao Município não só a legitimidade de sua existência, mas deve evitar interferir em sua atividade peculiar, para que este permaneça suficientemente autônomo, no que diz respeito aos seus fins específicos.

Distrito Federal — É uma figura relacionada com o federalismo, apesar das dificuldades que surgem quanto a sua definição. A organização do Distrito Federal mantém certas características, como uma circunscrição política de um gênero singular, sendo que em certo período manteve a representação no Senado e na Câmara, readquirida agora, bem como o direito de se administrar por si mesmo.

Considerado como território neutro, subordinado ao Poder federal, não é um Estado-Membro, nem um Município. Mesmo assim, é de grande importância no federalismo. A Constituição dos Estados Unidos estabeleceu competência exclusiva ao Congresso

para legislar sobre todas as matérias concernentes ao Distrito. No Brasil, a gênese do Distrito Federal está no Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, que dispunha, no artigo 2º: "O antigo Município Neutro constituirá o Distrito Federal, continuando a ser Capital da União, enquanto outra coisa não deliberar o Congresso." A Constituição de 1891 estabeleceu que cada uma das províncias formaria um Estado e o antigo Município Neutro constituiria o Distrito Federal.

Várias discussões surgiram, no que diz respeito à configuração jurídica do Distrito Federal. O unitarismo da Constituição de 1937 refletiu na organização do Município.

O Decreto-Lei nº 96, de 28 de dezembro de 1937, ao dispor sobre sua administração, confiou-a a um Prefeito nomeado pelo Presidente da República, com aprovação do Conselho Federal, demissível *ad nutum*, como ocorria na Constituição de 1934.

O processo de centralização, desenvolvido no Brasil, nos últimos anos, não poderia deixar de ter influência no federalismo, recaindo sobre os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Territórios.

Territórios — O relacionamento entre o Território e o Federalismo mereceu detalhada análise de MICHEL TEMER:

"Indagou-se se algumas unidades territoriais, por não apresentarem condições econômicas e existências favoráveis satisfatórias, poderiam ser erigidas à condição de Província, que era um "plus" em relação à antiga divisã territorial. Tal colocação provocou acesos debates, não sendo poucos os que sustentaram que as regiões menos prósperas deveriam transformar-se em territórios, com organização especial preparando-se para, evoluindo econômica e culturalmente, atingirem a condição de Província" (MICHEL TEMER, *Território Federal na Constituição Brasileira*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1975, pp. 13/14).

No modelo federativo brasileiro, que se institucionalizou através da Constituição de 1946, com as novas tendências descentralizadoras, ocorreu substancial mudança no que diz respeito aos Territórios nacionais. O preceito maior determinava que os Territórios poderiam, mediante lei especial, constituir-se em Estados, subdividir-se em novos Territórios ou volver à participação dos Estados de que tinham sido desmembrados. Por ocasião da Assembléia Constituinte de 1946, muitos constituintes foram contra a manutenção dos Territórios, defendendo a retirada da permissão constitucional de criá-los. Chegou-se a dizer que o Território colocava em risco a própria continuidade da Federação.

Regiões e Áreas Metropolitanas

A Federação é considerada como a forma mais avançada de descentralização, que, no entender de certos autores, caracteriza-se pela competência de auto-organização e de autogoverno. Essa configuração que podemos denominar de descentralização clássica passa por vários questionamentos, quando são estudados os aspectos do *regionalismo*, na *Federação*, chegando-se a serem defendidas novas formas:

- União;
- Região;
- Estado-Membro;
- Municípios;
- Regiões Metropolitanas.

DALMO DE ABREU DALLARI, referindo-se ao federalismo contemporâneo e ao tradicional, menciona:

- Federação tridimensional
- centralização e desconcentração
- regionalização federal
- regionalização estadual
- Estados e regiões sócio-econômicas.

Nos dias de hoje, o *planejamento* é outro tema que passa a ser permanentemente visto ao lado das questões sobre o federalismo.

A ordenação jurídica das Áreas Metropolitanas decorre da estruturação do federalismo contemporâneo. Diversos fatores contribuem para o aparecimento de novas formas de estruturação política e administrativa. Com o crescimento dos Municípios, surgiram as Regiões Metropolitanas, cuja institucionalização é de grande importância, quando são apontados os seguintes critérios:

a) associação, o sindicato dos Municípios, ou de sociedade de economia mista;

b) fusão de Municípios;

c) sistema da federação e da comunidade urbana.

O fenômeno metropolitano sofre pressões de várias espécies:

a) a alta densidade demográfica;

b) prevalência da superfície edificada sobre a não edificada, no interior da área;

c) alto coeficiente de densidade das relações sociais;

d) no contexto do sistema econômico nacional, ocorrem unidades especialmente diferenciadas.

Constitui indagação permanente a institucionalização da área metropolitana, tendo em vista uma estrutura administrativa unitária.

A Constituição de 1946 permitiu a criação, pelo Estado, de órgão de assistência técnica aos Municípios. A possibilidade de criação de "Regiões Metropolitanas", por meio de lei complementar, é inovação da Constituição de 1967.

Expressões como *Estado regional* ou mesmo *Poder regional* têm surgido, com o aparecimento de novas fórmulas de descentralização vinculadas a temas econômicos e de planejamento (*nacional, regional e local*). Vem daí a importância dada às regiões e ao regionalismo.

No Brasil, as preocupações com federalismo e região, economia regional, federalismo das regiões, organismos regionais, tomam ênfase, tendo em vista as afirmativas sobre a extinção, decadência do federalismo.

O desenvolvimento regional foi aceito pela Constituição de 1946. Procura-se definir a região como forma intermediária de descentralização, ou até como figura constitucional politicamente autônoma.

Planejamento, federalismo e região procuram resolver as questões das contradições entre diversidade e unidade. Nesse sentido, o planejamento regional tem importante papel na Federação.

Divisão de poderes — A teoria da separação de poderes de Montesquieu — Funções jurídicas do Estado

O princípio político-constitucional da separação de poderes, tido como fundamental para o Estado constitucional democrático, sofreu diversas interpretações que influenciaram o seu significado, tendo em vista as relações que decorreram das funções atribuídas aos diversos órgãos estatais (JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, *Processo Constitucional*, Rio, Forense, 1984).

A natureza do "poder" e o vocábulo "poderes", vistos como uma divisão artificial das funções ou diferenciação natural de atividades, que levavam a uma fragmentação do poder e ao equilíbrio no papel do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, conduzem a indagações sobre os mecanismos dos pesos e contrapesos e à edificação de um sistema que, partindo de forças existentes, leva a um verdadeiro equilíbrio, através da separação formal dos poderes.

A doutrina da limitação do poder, conforme assinala BERTRAND DE JOUVENEL, ao demonstrar, baseando-se em MONTESQUIEU, a necessidade de contrapoderes, não deve esquecer que é uma experiência permanente, que todo homem que tem poder é impulsionado a abusar do mesmo, chegando até onde encontra barreira.

A separação de poderes, expressão considerada como equívoca para muitos, tem gerado mal entendidos na ciência constitucional moderna, principalmente quando se tem em mente defini-la.

A teoria rígida e inflexível não está no próprio MONTESQUIEU, mas em muitos de seus intérpretes que lhe deram contornos rigorosos. Tendência mais aceita é aquela que ensaia preservar a teoria, graças a uma interpretação renovada da fórmula de MONTESQUIEU, não como separação impossível, mas distinção funcional entre os órgãos do Estado.

A separação de poderes é tida, de conformidade com certos intérpretes, como uma garantia concreta da liberdade. Examinada em muitos autores modernos sob a denominação de funções do Estado, como as diferentes formas jurídicas de que se reverte sua atividade, a teoria de MONTESQUIEU constitui tema fundamental da estrutura do Estado democrático.

Diversas denominações são utilizadas para designar o princípio teorizado por MONTESQUIEU: divisão de poderes, repartição de poderes ou distinção de funções. A teoria da separação de poderes, apesar de opiniões de que a versão clássica está superada, passou a ser patrimônio da juspublicística moderna.

A separação de poderes, de princípio político, na forma entendida por MONTESQUIEU e que serviu de base para garantia da liberdade individual, transformou-se, na dogmática moderna, em critério jurídico de organização do Estado, através de seus órgãos com a respectiva competência.

Denomina-se função jurisdicional aquela atividade do Estado destinada a tutelar a ordem jurídica, obtendo em casos concretos a declaração do direito e a observância das normas jurídicas preconstituídas, mediante a resolução das controvérsias que, como conflitos de interesses, surgem tanto entre particulares, quanto entre particulares e entes públicos, mediante a atuação coativa das sentenças. A declaração do direito e a observância da lei são obtidas por meio do *processo*, que constitui o complexo de atos coordenados, visando a provocar a atuação da vontade concreta da lei, por intermédio dos órgãos da jurisdição, relativamente a um bem que o autor pretende seja garantido por lei.

As funções podem ser classificadas quanto às formas em que se revestem seus atos. A legislação compreende a criação das nor-

mas jurídicas gerais. As Constituições que consagram o princípio da separação de poderes autorizam o chefe do Executivo a expedir normas gerais em lugar dos órgãos legislativos, muitas vezes sem autorização especial do mesmo órgão, em ocasiões diferenciadas. Os tribunais realizam função legislativa quando estão autorizados a declarar leis inconstitucionais.

A separação de poderes é o reconhecimento de que uma parte do Estado tem que cumprir determinadas funções, decorrentes do problema técnico da divisão de trabalho. É uma forma clássica de expressar a necessidade de distribuir e controlar o exercício do poder público. A teoria da distinção de poderes é concebida como instrumento jurídico racional, que torna possível exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na "parte dogmática" da Constituição. Trata-se de técnica de limitação do poder, para tornar viável o exercício da liberdade em sua múltipla manifestação. A doutrina vincula-a a dois princípios fundamentais:

— cada função importante do Estado deve corresponder a um titular distinto;

— os titulares dessas funções precisam estar vinculados mediante um sistema de corretivos.

A separação de poderes, como foi teoricamente enunciada, não responde, senão imperfeitamente, a uma divisão lógica das funções governamentais. Por mais que se fale em provável abandono da separação de poderes, os publicistas ainda não deixaram de examiná-la. Nem conseguem um substitutivo que possa servir de base para o exercício das diversas formas de poderes, através de órgãos, no desempenho de suas funções.

O exame da teoria das funções do Estado vem, geralmente, precedido do conhecimento da teoria da separação de poderes, da qual deriva a primeira. A divisão de poderes, vista como uma teoria política necessária para combater o absolutismo e estabelecer um governo de garantias, conforme ficou visto, tornou-se princípio básico da organização dos Estados constitucionais democráticos.

Classificam-se as funções do Estado em duas categorias:

a) do ponto de vista do órgão que as realiza, aceitando-se o critério formal, subjetivo ou orgânico, que preside a natureza intrínseca da atividade, as funções são formalmente legislativas, administrativas e judiciais;

b) de acordo com a natureza intrínseca das funções, isto é, partindo de um critério objetivo, material, que prescinde do órgão ao qual são atribuídas, as funções são materialmente legislativas, administrativas ou judiciais, segundo tenha os caracteres que a teoria jurídica atribui a cada um desses grupos.

De maneira geral, ocorre a coincidência do caráter formal com o caráter material das funções. As funções que materialmente têm a natureza legislativa, administrativa e judicial correspondem aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

A distinção entre a função jurisdicional e a função administrativa tem provocado vários debates doutrinários. Cada um dos órgãos não exerce, apenas, de maneira exclusiva, a função que nominalmente lhe é indicada.

A jurisdição é a função de declarar o direito aplicável aos fatos, bem como a causa final e específica da atividade do Judiciário. A jurisdição está assentada no ato jurisdicional, que se efetiva pela realização da norma e sua aplicação ao caso concreto. A atividade jurisdicional ocorre quando um órgão do Estado aplica normas jurídicas em casos contraditórios substituindo sua vontade e de outras pessoas ou órgãos.

A função jurisdicional apresenta exigências tão numerosas e diversas que, para sua efetivação, torna-se necessária a utilização de muitos órgãos, cada um dos quais com um elenco de atribuições que dependem de uma organização judicial eficiente. Essa variedade leva à pluralidade de órgãos destinados ao exercício da função jurisdicional:

- a) pluralidade de graus de jurisdição;
- b) variedade dos tipos de tribunais de primeiro e segundo grau;
- c) multiplicidade de tribunais de cada tipo;
- d) existência dos tribunais especiais.

O princípio da separação de poderes ainda hoje é considerado como a pedra angular da organização do Estado moderno, trazendo duas conseqüências significativas:

- a) a distinção material das funções;
- b) a distribuição, por via normal permanente, de uma dada função e um certo grupo de órgãos.

A teoria da separação de poderes consagra a subdivisão das funções estatais de conformidade com o conteúdo material:

- a) *formal* — tendo em vista a qualidade do órgão do qual emana o ato. Um ato é definido como *legislativo* se emana do Parlamento ou do Congresso. *Jurisdicional*, quando decorre de um órgão do ordenamento judiciário. *Administrativo*, quando é emitido por um órgão pertencente ao Executivo;
- b) *material* — quando considerarmos o conteúdo do ato, independente do órgão do qual emana e da forma que reveste.

A doutrina moderna reconhece quatro funções:

- a) função legislativa;
- b) função administrativa;
- c) função jurisdicional;
- d) função de governo.

A função legislativa constitui-se mediante a criação de uma norma do ordenamento jurídico, como regra geral, abstrata e nova. Como regra geral, a norma dirige-se a uma multiplicidade de destinatários. Tem vigência *erga omnes* (generalidade subjetiva). Refere-se a um número indeterminado de fatos e relações. Abstrata, desde que a mesma obriga de maneira indeterminada. Nova, quando, normalmente, coloca um direito novo.

A função administrativa, que visa a tutela e segurança da ordem pública, deve ser aplicada pelo Estado, tendo em vista o interesse público. A função jurisdicional opera-se pela aplicação do direito no caso concreto.

O Poder Legislativo pode consagrar o sistema *monocameral* ou *bicameral*. O bicameralismo, para muitos doutrinadores, é uma exigência do Estado que tem a estrutura federal. O bicameralismo apresenta certas indagações como:

- a diferenciação e a competência das duas Câmaras;
- as relações entre as duas Câmaras;
- a resolução dos conflitos.

O funcionamento das Câmaras, durante certo período, recebe a denominação de Legislatura. Para garantir a independência do Legislativo existem certas *prerrogativas* das Câmaras:

- a) independência para seu funcionamento, com a definição constitucional de sua competência e atribuições;
- b) autonomia regulamentar. Cada um dos órgãos do Legislativo tem o poder de disciplinar-se através de regulamento próprio que define os tratados parlamentares, de conformidade com o que a Constituição determina;
- c) imunidade.

O funcionamento das Câmaras, de conformidade com as regras inerentes ao seu funcionamento, segue certos ditames:

- a) publicidade;
- b) *quorum*;
- c) sistema de votação (escrutínio secreto, apelo nominal, mediante voto eletrônico).

Examinando-se a natureza jurídica do Parlamento ou do Congresso (Câmara dos Deputados e Senado), entende-se que ele é o órgão representativo do povo. (JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARA-CHO. "Teoria geral dos atos parlamentares", *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Número comemorativo do 20º Aniversário, a. 21 n. 81, Brasília, jan./mar., 1984, pp. 259 e ss.; *idem*, "Imunidades parlamentares", n. 68, pp. 33 e ss.).

A relação entre o eleitor e o representante, seu mandatário, gera diversas discussões, no que diz respeito ao mandato imperativo, mandato representativo, ou a vinculação entre o Deputado e o Partido.

No exercício das atividades parlamentares, a *imunidade* assenta-se sobre o fundamento da exigência de se garantir a independência do parlamentar no exercício de suas atribuições.

A função legislativa é a mais importante dos membros desse poder, sendo que as Constituições definem as suas competências. Nessa sua competência genérica, convém lembrar a importância das *Comissões Permanentes* e das *Comissões Parlamentares de Inquérito*.

O Processo Legislativo é um dos pontos fundamentais no funcionamento desse poder, desde que ele define o elenco das figuras normativas, bem como as respectivas competências e tramitação.

O exercício do Poder Legislativo está assim determinado por certos pressupostos que definem a sua composição, competência e garantias.

Os sistemas eleitorais (*majoritário, proporcional ou distrital*) têm grande importância na definição do corpo legislativo, no que diz respeito às formas de recrutamento que definem a sua composição. Sendo que a competência e garantias são essenciais para definir a importância do Legislativo e a sua possibilidade como órgão independente.

Os sistemas de governo, no que diz respeito à estrutura e competência do *Executivo*, têm profunda significação. Convém destacar que o processo de sua escolha é essencial. Certas Constituições adotam o sistema de eleição direta, pelo corpo eleitoral, sendo que outras adotam a forma indireta da escolha, através do órgão legislativo. Os sistemas de governo, conforme veremos, definem melhor as relações entre o Poder Legislativo e o Executivo: "O Presidencialismo adotado na Convenção de Filadélfia nasceu com a Constituição de 17 de setembro de 1787. Teve origem empírica e sua formação científica e doutrinária deu-se no correr da evolução do fato político.

Debateu-se na Convenção se o Executivo deveria ser singular ou plural. Os convencionais divergiam em três correntes: a primeira queria um só presidente, a segunda propugnava por dois e a terceira em três" (IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA, *Anteprojeto de Constituição para o Brasil e Exposição de Motivos*).

O Poder Judiciário, como órgão e pelas suas funções, tem grande relevância. Sua função é denominada de jurisdicional. Tem o poder de declarar o direito e aplicar a lei. Através da função jurisdicional são solucionados os conflitos, os litígios.

A Constituição imperial de 1824 adotou o princípio da divisão e harmonia dos Poderes políticos, assim relacionados: Poder Legislativo, Poder Moderador, Poder Executivo e Poder Judicial.

Desde o primeiro texto constitucional são definidas as atribuições desses órgãos, sendo que o Poder Judicial seria proclamado independente e composto de juizes e jurados. Além do Tribunal local, da Relação, havia também o Supremo Tribunal de Justiça. O sistema permaneceu assim, durante o Governo Imperial, apesar das reformas constitucionais realizadas em 1834 (Ato Adicional) e a de 1840 (Lei de Interpretação).

Com o período republicano extinguiu-se o organismo da Justiça única, substituindo-a pelo sistema dualista: a federal e a estadual.

Por decreto de 1890 criou-se a Justiça federal e a estadual. O Projeto elaborado pela Comissão da Constituinte ampliou a competência da justiça federal. A Comissão constitucional, de 1933/1934, iniciou os trabalhos com o objetivo de elaborar um Projeto de Constituição. Nos debates da Comissão do Itamaraty, pelo anteprojeto apresentado por CARLOS MAXIMILIANO, relator-geral, opinou-se pelo princípio da unidade da Justiça.

As Constituições vêm definindo a composição, competência e garantias do Judiciário, com o reconhecimento do Supremo Tribunal Federal, tribunais e juizes da Justiça Especial e as Justicas dos Estados.

As garantias da Magistratura têm sido determinadas pelos sistemas constitucionais que fixam os vencimentos (remuneração da magistratura), com outras definições:

- vitaliciedade;
- inamovibilidade;
- irredutibilidade de vencimentos.

Princípio que vem sendo colocado normalmente, na organização do Poder Judiciário, é o da dualidade de instâncias ou duplicidade de jurisdição.

O Supremo Tribunal Federal é considerado como a cúpula do Poder Judiciário. Tem grande importância no sistema federal, pelo que é denominado Tribunal da Federação.

4. *Sistemas de governo: parlamentarismo e presidencialismo. Conselho. O sistema de governo semipresidencial*

Quando examinamos os sistemas de governo, pelas suas particularidades, lembramos da Suíça, que é uma organização federal, com *Executivo colegiado*, uma Assembléia bicameral e um Tribunal federal.

Esse tipo de governo, denominado de governo *diretorial, convencional* ou *conselho*, tem um Poder Executivo exercido por um *Conselho Federal* que é um órgão colegiado, que atua conjuntamente, sendo que suas decisões são dele todo. O governo suíço é exercido por um *órgão coletivo, um diretório*, pelo que é designado, também, como governo diretorial. A estrutura e funcionamento desse órgão apresentam peculiaridades.

O Conselho Federal, diferentemente da Assembléia, que é o órgão supremo, é designado pelo art. 95 da Constituição, como "autoridade executiva e diretorial suprema da Confederação". A Constituição apresenta-o como agente subordinado do Parlamento, mas não podemos confundir-lo com o sistema parlamentar. O Comitê é uma coligação dos mais importantes Partidos, sendo que os seus membros não se vinculam excessivamente ao Partido. As decisões políticas fundamentais partem do Conselho Federal. O aumento de poder é permanentemente controlado, desde que o eleitorado pode exercer, mesmo após as eleições, outros tipos de controle, através de: *referendum* e *iniciativa legislativa*.

O Conselho é composto de 7 (sete) membros designados por quatro anos, pelos Conselhos reunidos em sessão conjunta. O Conselho renova-se ao mesmo tempo da Assembléia Nacional. Pelo artigo 98 da Constituição, o Conselho Federal é presidido pelo Presidente da Confederação; ele e o Vice-Presidente são nomeados por um ano pela Assembléia Federal entre os membros do próprio Conselho. Não pode ser considerado como Chefe de Estado. As competências do Conselho Federal são de caráter legislativo, executivo, administrativo e judiciais.

A Confederação suíça comporta três órgãos constitucionais: Assembléia Nacional, Conselho Federal e o Tribunal Federal.

Os sistemas presidenciais e parlamentarista, pela variedade de suas escolhas, têm merecido um maior número de estudos.

O sistema presidencial, para MACHADO PAUPÉRIO, "pode ser encarado como adaptação da Monarquia ao Governo republicano, desde

que dá indiscutível prestígio e poder ao Presidente da República". (A. MACHADO PAUPÉRIO. *Presidencialismo. Parlamentarismo e Governo Colegial*, Rio de Janeiro, Forense, 1956, p. 11).

É originário da prática política dos Estados Unidos, idealizado na Convenção de Filadélfia, institucionalizado na Constituição americana de 17 de setembro de 1787. Ao apontar algumas de suas características, podemos destacar:

- a) o Presidente pode constituir o Ministério e convocar o Congresso;
- b) pode colaborar na legislação, através da iniciativa, cabendo-lhe, em certas ocasiões, a iniciativa originária e exclusiva;
- c) pode usar o direito de veto, total ou parcial.

O elemento de equilíbrio no sistema presidencial está, principalmente, na *periodicidade do mandato presidencial*, sendo que a menor duração do mandato é uma garantia contra o autoritarismo, bem como o fortalecimento excessivo do poder. HAMILTON procurou encurtar o *mandato presidencial* para diminuir as consequências de seus erros e permanência.

O constitucionalismo americano, consagrado no presidencialismo, repercutiu em diversos Estados da América Latina. Várias são as preocupações com o presidencialismo, principalmente no que diz respeito às soluções extraconstitucionais. Dois mecanismos são considerados essenciais ao presidencialismo: *eletividade do Presidente da República e a teoria da separação de poderes*.

A questão da *responsabilidade* do Presidente é de grande importância, daí o surgimento do *processo de impeachment*.

O sistema de "freios e contrapesos" é relevante em seu funcionamento.

O sistema presidencial, mesmo nos Estados Unidos, tem passado por crises. Na América Latina o presidencialismo levou à hipertrofia do Executivo. Os abusos do presidencialismo têm gerado reflexões sobre o que se denomina *presidência imperial* (ARTHUR M. SCHLESINGER, Jr. *The Imperial Presidency*, Boston, Houghton Mifflin, 1973). Entre os inúmeros livros publicados, nos últimos anos, sobre a presidência americana, esse merece destaque.

No sistema presidencial, o Presidente da República é a figura central de toda atividade política, peça fundamental dos mecanismos institucionais. Pelo exame de suas atribuições reconhece-se a sua força. É o chefe do Estado e o Chefe do Governo, sendo que o mesmo órgão unipessoal acumula múltiplas atribuições. Apesar

das críticas que o sistema merece, convém lembrar alguns de seus defensores:

“O mal não é intrínseco ao regime, e a experiência tem ensinado, de maneira concludente, que a coordenação dos poderes, tal como a instituiu, previdente e sabiamente, a Constituição federal, é fácil de ser executada e cumprida, com as limitações e equilíbrios sugeridos para a eficiência do sistema.

Não há meio, pela exata aplicação dos textos constitucionais, de se estabelecer a supremacia de um poder sobre outro. É inevitável a tendência, nos governos representativos, que se baseiam na expressão da vontade nacional pelo sufrágio, de fazer Legislaturas, o ponto convergente das aspirações gerais” (ANNIBAL FREIRE DA FONSECA. *O Poder Executivo na República Brasileira*, Biblioteca do Pensamento Político Republicano, Câmara dos Deputados, Editora de Brasília, vol. 7, Brasília, 1981, p. 25).

Na apresentação das características do sistema presidencialista são elencadas:

- confusão das funções de chefia de Estado com chefia de Governo;
- eleição direta do Presidente da República, pelo povo;
- irresponsabilidade política do Presidente e de seu Ministério;
- impossibilidade de dissolução do Parlamento;
- preponderância do Parlamento em matéria legislativa.

Várias ponderações contra o presidencialismo são apontadas, principalmente no que diz respeito ao fortalecimento do Executivo.

O regime parlamentar, para BURDEAU (*Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Paris, 1957), é aquele no qual a direção dos assuntos públicos é exercida pelo Parlamento e pelo Chefe de Estado, conduzida por um Gabinete responsável perante o Parlamento. Essa definição apresenta alguns reparos. O regime parlamentar é aquele no qual um Gabinete ministerial, responsável perante a representação nacional, dirige a política do país.

O termo Parlamento, como instituição suprema do Estado, é empregado para definir a instituição que é encarregada de legislar e controlar o Executivo. Para a doutrina o regime parlamentar está assentado em três princípios fundamentais:

- a igualdade entre Executivo e Legislativo;
- a colaboração entre os dois Poderes;
- a existência de meios de ação recíproca entre os dois Poderes.

As críticas ao presidencialismo no Brasil têm levado à procura do parlamentarismo, como solução viável do processo político de democratização.

O sistema parlamentar no Brasil

A idéia parlamentarista, que volta a ser discutida no Brasil, como solução para corrigir os impasses institucionais, não é nova na história política nacional. O sistema foi praticado no segundo reinado, embora não previsto na Constituição imperial.

Na Monarquia vigorou durante 60 anos e deu certo, sendo escola de grandes estadistas como Nabuco, Ouro Preto, Paraná, Bernardo Pereira de Vasconcelos, Salles Torres Homem e outros.

O primeiro presidente do Conselho de Ministros de D. Pedro II foi o balano e grande financista Manuel Alves Branco, segundo Visconde de Caravelas. Outras figuras destacaram-se no regime parlamentar: Rio Branco, Saraiva, Cotegipe, Zacarias de Góes e Vasconcelos.

O parlamentarismo foi derrubado por uma revolta militar, em 15 de novembro. Não havia presidencialistas no Brasil, a não ser os positivistas, que eram partidários de um regime forte, muitos estavam entusiasmados pelo modelo presidencialista americano.

Os republicanos, como demonstrou o manifesto de 1870, pensavam numa *República parlamentar*. Gaspar Silveira Martins, fundador do Partido Federalista, lutou pela execução de uma *República federativa e parlamentar*, idéia que orientou a revolução de 1893. Desde essa época, o sistema parlamentar vem sempre à baila, quando surgem dúvidas quanto ao funcionamento do nosso regime. RUI BARBOSA foi um dos autores que fez diversos comentários sobre as possibilidades de sua aplicação no País.

Em 1934, na *segunda Assembléia Constituinte da República*, capitaneado por Agamenon Magalhães, um grupo de parlamentaristas conseguiu atenuar o rígido presidencialismo clássico da Constituição de 1891, enxertando-lhe alguns institutos próprios do parlamentarismo.

Na última Assembléia Constituinte, em 1946, os parlamentaristas chegaram a oitenta.

Ocorreu, também, a experiência parlamentarista na República. Muitos seguidores do parlamentarismo vêem como um sistema capaz de atenuar certas influências que perturbam o funcionamento das instituições republicanas, principalmente evitando a tendência de fortalecimento do Executivo.

Dentre as vantagens apresentadas pelos defensores do parlamentarismo situam-se aquelas que afirmam que seria uma barreira

às constantes intervenções militares e propiciaria melhor formação de lideranças, diminuindo o aventureirismo político.

Desde Epitácio Pessoa que o Brasil vem marchando entre as críticas à idoneidade dos políticos e a participação dos militares. Bernardes governou em "estado de sítio". Washington Luiz foi deposto. Getúlio Vargas, Café Filho e Carlos Luz não tiveram melhor destino político. Jânio Quadros renunciou. Esses episódios, para muitos, retratam a falência do presidencialismo no Brasil.

O processo democrático inaugurado pela Constituição de 1946 acabou desaguando no movimento autoritário de 1964, com mudanças que reforçaram o Executivo, principalmente nos textos de 1967 e 1969. Convém recordar, também, a hipertrofia do Executivo em 1937.

O Parlamento brasileiro, órgão verdadeiramente representativo no Estado, reconquistaria, para os adeptos do parlamentarismo, o papel que lhe fora usurpado em 1889, passando a ser o órgão diretor da política.

Vive-se sob um regime que permanentemente caminha para o fortalecimento do Executivo, possibilitando a ampliação do poder pessoal.

No regime parlamentar, desde que o Chefe de Estado transforme-se em uma figura mais neutra, colocando-se acima dos partidos, decorre um parlamentarismo bem sedimentado, circunstância que deve gerar novas condições para o processo democrático, em Estados que pendem para formação autoritária.

Outra tentativa parlamentar foi a emenda Raul Pila, que não passou, no começo do governo Juscelino Kubitschek, devido à intervenção do Marechal Lott, tendo apenas 100 votos a favor e cinqüenta contra.

As tentativas ocorriam em ambiente não preparado para recebê-las.

A adoção do parlamentarismo na República veio acompanhada de muitas dúvidas, até no que diz respeito à sua legalidade e legitimidade, sendo que anunciou-se até o propósito de submetê-lo ao Poder Judiciário pela inconstitucionalidade da reforma, que se operou em condições políticas anormais. Forças ponderáveis aglutinaram-se na campanha antiparlamentarista. O pronunciamento militar, de 1961, teve grande peso. Os chefes militares desejaram o rígido parlamentarismo alemão, mas o Congresso adotou um tipo mais flexível do clássico, da solução britânica e do estilo do Império brasileiro. Algumas soluções e sugestões do sistema germânico foram aproveitadas, com o objetivo de impedir-se a instabilidade de gabinete, embora vivêssemos em clima de instabilidade presidencial, que deixou longe a maioria dos regimes parlamentares.

O Presidente da República encaminhou as conversações entre os líderes políticos, para concretização de seus objetivos. Pensou-se na escolha de um nome para melhor vencer a crise política. O Presidente do Conselho de Ministros deveria dirigir a política do Brasil. Os Atos do Presidente da República só teriam validade, se referendados pelo Presidente do Conselho de Ministros, que seria o Chefe de Governo. O Chefe de Governo indicaria ao Presidente da República os demais componentes do Conselho de Ministros, sendo que o Governo apresentaria, perante a Câmara de Deputados, o pedido de sua confirmação. Se a aprovação fosse negada, o Chefe de Estado faria mais duas tentativas sucessivas. Se de novo malograsse, solicitaria ao Senado que escolhesse o Primeiro-Ministro por maioria absoluta. Em compensação, o Senado poderia, pelo voto de dois terços, recusar o nome ao Conselho de Ministros.

O processo era aparentemente complicado, mas visava evitar situações comuns nas repúblicas parlamentares. Os costumes e precedentes certamente fixariam normas futuras para simplificar os mecanismos institucionais adotados.

O governo terminaria quando a Câmara lhe recusasse a *confiança*, o que poderia originar-se de uma moção apresentada por cinquenta deputados e aprovada pela maioria absoluta deles. Admitiram alguns comentaristas que provavelmente surgisse uma forma indireta de moção de desconfiança: a rejeição de projeto do Governo ou a aprovação de projeto, contra o qual se manifestaria previamente o presidente do Conselho.

Caso não se conseguisse formar um Gabinete duradouro, o que se verificaria em três moções de desconfiança sucessivas, far-se-ia a consulta à Nação, isto é, haveria eleições legislativas. Segundo previa o texto do Ato Adicional, seriam raras as quedas de Gabinete, mas o País poderia mudar de governo a qualquer momento em que fosse necessário.

Passou-se do sistema presidencialista ao parlamentarista após uma crise, que inquietou todo o povo brasileiro. A fórmula encontrada pelo Congresso era a única que poderia evitar a guerra civil. O parlamentarismo deveria opor barreiras a dois males: aventureirismo político e pressão militar. Com o parlamentarismo evitaríamos os dois vícios. Aventureiro político não deveria chegar à Presidência da República, porque o Congresso, tendo o direito de escolha, optaria sempre por um elemento de tradição na vida pública, caso fosse feita a opção pelas eleições indiretas.

Apenas instaurado o regime parlamentar, começaram a articular-se as forças que pretendiam o imediato restabelecimento do

presidencialismo. Não era difícil identificar os principais interessados na volta à situação anterior ao Ato Adicional nº 4. Estavam no próprio seio das correntes políticas que constituíam a base do novo Governo. Foi notória e confessada a indisposição de Juscelino Kubitschek contra o regime de gabinete, como declarou o candidato a Presidente, em 65. O Presidente João Goulart, por sua vez, no mesmo ato em que prestou o compromisso de “manter, defender e respeitar a Constituição”, emendada para a adoção do parlamentarismo, lançou a suspeita sobre a legitimidade da deliberação do Congresso, ao declarar: “Cumpra-nos agora, mandatários do povo, fiéis ao preceito básico de que todo o poder dele emana, devolver a palavra e a decisão à vontade popular, que nos manda e que nos julga, para que ela própria dê seu *referendum* supremo às decisões políticas que em seu nome estamos solenemente assumindo neste instante”.

Entretanto, mesmo alguns modelos parlamentaristas são objeto de crítica, no que diz respeito à sua pureza institucional. Os sistemas da França e de Portugal vêm merecendo considerações sobre os seus respectivos funcionamentos. Nesse sentido, o quadro institucional comparado da Presidência da República tem permitido a qualificação de *Sistema semipresidencial*, graças ao conjunto de poderes efetivos detidos pelo Chefe de Estado. “A legitimação popular do Presidente nos regimes semipresidenciais, aliada à regra da sua irresponsabilidade política, fazem do Chefe de Estado senão o motor da vida política no âmbito do regime, pelo menos uma peça essencial do aparelho do Estado, conquanto uma observação conjunta dos vários sistemas de governo em referência faça sobressair o seu papel de árbitro institucional” (ISALTINO DE A. MORAIS. JOSÉ MÁRIO FERREIRA DE ALMEIDA. RICARDO LEITE PINTO. *O Sistema de Governo Semipresidencial. O Caso Português*, Lisboa, Editorial Notícias, 1984, p. 61; MARCELO REBELO DE SOUSA. *O Sistema de Governo Português, Antes e Depois da Revisão Constitucional*, Lisboa, Cognition, 1984, 3ª edição revista e atualizada).

JORGE MIRANDA, afirmando que a melhor qualificação era a de *sistema de governo semipresidencial*, mostra as particularidades daquele modelo, ao apontar as seguintes diferenciações:

- a) não é uma reprodução do *sistema de governo parlamentar*, em virtude do estatuto do Presidente da República;
- b) não é uma cópia do *sistema presidencial clássico*, desde que o Governo é órgão autônomo, responsável perante o Congresso, que pode ser dissolvido pelo Presidente da República;
- c) não é um *sistema de “tipo gaullista”*, pois o Presidente da República não pode presidir, por iniciativa própria, o Conselho de Ministros, além de não ter iniciativa de referendo, nem poder assumir poderes extraordinários;

- d) distingue-se do sistema de governo representativo simples, da Constituição portuguesa de 1933, desde que a ação do Presidente era coordenada com a do Conselho da Revolução e da Assembléia da República;
- e) não entende, também, que se possa falar de “parlamentarismo racionalizado” (JORGE MIRANDA. *Manual de Direito Constitucional. Preliminares. A Experiência Constitucional*, Coimbra Editora Limitada, 1982, 2ª edição, revista, p. 323).

GOMES CANOTILHO utiliza a expressão *o regime misto parlamentar-presidencial português*, tendo em vista as diversas relações entre os vários órgãos estabelecidos pela Constituição, onde ocorrem elementos típicos do presidencialismo e do parlamentarismo:

- a) Elementos do sistema parlamentar:
- existência de um “Gabinete” e de um “Primeiro-Ministro”;
 - responsabilidade ministerial;
 - referenda ministerial.
- b) Elementos do sistema presidencial:
- a instituição de um Presidente da República, eleito através do sufrágio direto;
 - o direito de veto político e legislativo;
 - a existência de poderes de direção política.
- c) Contribuição do regime parlamentar dualista:
- dupla responsabilidade do Governo;
 - direito de dissolução da Assembléia da República.

Esse autor compara o tipo institucional de Portugal com as experiências dos sistemas que vigoram em outros Estados: Áustria, Finlândia, Irlanda, Islândia, Sri Lanka e França. Apesar das semelhanças, reconhece as dificuldades de uma classificação capaz de abrangê-las em uma única categoria. A natureza mista parlamentar-presidencial realiza-se através de certa interdependência institucional, com reflexos nos seguintes mecanismos:

- Presidente da República e Primeiro-Ministro;
- Presidente da República e Assembléia da República;
- Assembléia da República e Governo (JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional*, Coimbra, Livraria Almedina, 1983, 3ª ed., pp. 586 e ss.); MOULIN, R. *Le Présidentialisme et la Classification des Régimes Politiques*, Paris, 1978; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *A Separação de Poderes no Brasil*, Curso Modelo Político Brasileiro, vol. IV, Programa Nacional de Desburocratização — PRND, Instituto dos Advogados de São Paulo, Brasília - DF, 1985, pp. 45 e ss.).

O ideal federalista nas revoluções brasileiras

MOACYR BENEDICTO DE SOUZA

Professor Titular nas Faculdades Inte-
gradas de São José dos Campos — SP

SUMÁRIO

- 1 — O fenômeno revolução e a “Revolução Brasileira da Independência”
- 2 — A Inconfidência Mineira (1789)
- 3 — A Conjuração Baiana (1798)
- 4 — A Revolução Pernambucana (1817)
- 5 — Confederação do Equador (1824)
- 6 — As Rebeliões Federalistas Baianas (1831 — 1832)
- 7 — A Revolução Farroupilha (1835)
- 8 — A Revolução Praieira (1848)
- 9 — As raízes profundas do nosso federalismo e a “Revolução Brasileira da Independência”

1. O fenômeno revolução, por conter implicações culturais as mais variadas, pode ser apreciado e avaliado sob inúmeros aspectos. Daí falar-se em revoluções científica, política, econômica, religiosa, artística etc. COPÉRNICO, MARX, LÚTERO, PICASSO e tantos outros vultos de vanguarda marcaram a História como autênticos revolucionários.

Dentro de uma teoria sociológica, revolução identifica-se com mudança, o que levou GEIGER a considerá-la como “uma modificação fundamental de uma determinada situação” (1).

Mas essa mudança, acrescenta FLORESTAN FERNANDES (2), ao apreciar o entendimento mais comum do vocábulo revolução, não deve ser “gradual” e sim “drástica e violenta” de uma determinada estrutura social, com o que não concordamos inteiramente. Não pertence à sua essência o requisito da violência. Pode ocorrer ou não. A

(1) Cf. RALF DAHRENDOLF, Alguns Problemas da Teoria Sociológica da Revolução. In *Documentação e Atualização Política*, Brasília, nº 1, outubro/dezembro, 1976, p. 61.

(2) FLORESTAN FERNANDES, *O que é Revolução*, 3ª ed., São Paulo, Ed. Brasiliense, 1981, p. 8.

mais importante e mais profunda revolução estrutural já registrada no Brasil — a abolição da escravatura — operou-se lenta e pacificamente.

Entretanto, em seu contexto político, que constitui o objetivo de nossa preocupação, o uso do vocábulo parece dever-se a MONTES-QUIEU⁽³⁾, ao mencionar as “revoluções populares”, embora já tenha sido utilizado por FUSTEL DE COULANGES em extenso capítulo de sua **A Cidade Antiga**⁽⁴⁾. Nessa concepção, revolução visa, conforme o entendimento de LOURIVAL VILANOVA, implantar “novas formas de organização e novas estruturas à sociedade na qual se exerce o poder”⁽⁵⁾. Sua principal característica é, pois, a substituição de poder.

Esta conotação encontramos na **Revolução da Independência**, designação pela qual compreendemos o conjunto dos inúmeros episódios (revoltas, insurreições, rebeliões, sedições etc.) que se desenrolaram em diversas regiões do País, de caráter nativista e autonomista, consumindo longo período de nossa História, intercalando momentos de exaltação teórica com instantes de lutas sangrentas, e que se revelaram de acentuada feição federalista. Tal constatação levou LEVI CARNEIRO a afirmar que “do estudo de todas as explosões do federalismo no Brasil, mais ainda, do estudo de sua evolução, resultaria, talvez, o estudo de todos os movimentos revolucionários e dos principais fatos que agitaram o País”⁽⁶⁾.

Em todos esses episódios a contra-revolução, comum em todo processo revolucionário, se fez presente. De tal sorte que, embora a separação da Metrópole distante se tenha consumado em 1822, na verdade a vitória da **Revolução da Independência** somente se verificou em 7 de abril de 1831, com o ato de abdicação de D. PEDRO I, pois foi no âmago desse acontecimento que a contra-revolução encontrou seu ponto final.

Uma análise sucinta dos principais movimentos que agitaram o Brasil desde os seus primórdios, como reação aos abusos do poder concentrado na Metrópole e que, segundo nossa historiografia político-administrativa acalentaram clara e decisivamente um ideal federalista, merece uma particular atenção.

(3) **Do Espírito das Leis**, Liv. V, Cap. II.

(4) FUSTEL DE COULANGES, **A Cidade Antiga**, Lisboa, Liv. Clássica Editora, Vol. II, pp. 5-181.

(5) LOURIVAL VILANOVA, Teoria Jurídica da Revolução, in **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, nº 52, janeiro 1981, p. 59.

(6) LEVI CARNEIRO, O Federalismo. Suas explosões. A Confederação do Equador, in **Revista do Instituto Histórico e Geográfico do Brasil**, Rio, Imprensa Oficial, Vol. III, Tomo Especial consagrado ao 1º Congresso de História Nacional, 1916, p. 197.

2. A conjuração de Minas Gerais, que teve seus antecedentes na Revolta de Vila Rica de 1720 (7), é geralmente apontada como a principal manifestação do nacionalismo brasileiro, de tal forma que outras importantes reações nativistas passaram para um plano secundário diante dos acontecimentos que se desenrolaram na atual Ouro Preto, no ano de 1789. CAPISTRANO DE ABREU, todavia, deliberadamente omitiu em seus **Capítulos da História Colonial** tão expressivo episódio da vida brasileira, enquanto que outros cultores de nossa pesquisa histórica procuram subestimá-lo, qualificando-o de mera "conspiração de poetas".

O descontentamento que tomara conta da outrora rica e opulenta Capitania de Minas Gerais diante das exigências da Metrópole que, ignorando o esgotamento de seu ouro aluvial, entendia ser fraudulenta a queda de arrecadação do **quinto**, e, para compensá-la instituir o sistema da **derrama**, pela qual toda a população, mesmo os estranhos às atividades mineralógicas tinham que contribuir para completar as 100 arrobas anuais fixadas pela Coroa, foi o estopim que viria a desencadear uma explosão de liberdade, que marcaria, decisivamente, o longo processo de nossa independência.

Inegavelmente, a Constituição norte-americana, promulgada dois anos antes dos acontecimentos de Minas Gerais, com sua Declaração de Direitos, e instituindo um sistema republicano e federativo, teria dado mais ênfase às confabulações dos conjurados que, de longa data, preparavam o movimento de libertação. Sabe-se que o próprio TIRADENTES trazia sempre consigo um exemplar do estatuto constitucional americano, com trechos traduzidos por um amigo, e que JOSÉ JOAQUIM DA MAIA E BARBALHO, estudante de medicina, traduzindo o espírito que animava a mocidade inconformada, escrevera a THOMAS JEFFERSON, em missão diplomática em Paris, consultando-o sobre a possibilidade de os norte-americanos auxiliarem os minei-

(7) Na verdade, inúmeros movimentos de rebeldia à coroa e sua política fiscal procederam a Conjuração Mineira. Assim, em 1715, a sedição do Morro Vermelho, contra o Governador BRÁS BALTASAR DA SILVEIRA, em razão do restabelecimento da cobrança do imposto por "bateias", e que se alastrou por todo o Distrito de Minas Gerais. Em 1719, a revolta dos paulistas em Pitangui dominada pelas tropas do Governador PEDRO DE ALMEIDA, Conde de Assumar. Mas a Revolta de Vila Rica, de 28 de junho de 1720, superou todas as anteriores. Ocupando a cidade, os rebeldes obtiveram do Governador a declaração de que suas exigências seriam atendidas. Essa concordância não passou, porém, de uma atitude contemporizadora, pois, logo depois, em um inesperado contragolpe o Conde de Assumar consegue prender os conspiradores, mandando sumariamente enforcar e esquartejar FELIPE DOS SANTOS FREIRE, seu líder. Diante de tanta agitação, revela DIOGO DE VASCONCELOS que o Governador de São Paulo e Minas chegou a informar o Monarca "que o princípio da rebelião se respira como o oxigênio no ambiente de Minas" (*História Antiga das Minas Gerais*, Imprensa Nacional, 2º Vol., Rio, 1948, p. 187).

ros no caso de tentarem igual movimento libertador. Dessa carta, datada de 21 de outubro de 1786, sobretudo um trecho passou aos registros históricos:

“Eu sou brasileiro e vós sabeis que minha desgraçada pátria geme sob uma terrível escravidão, que se torna cada dia mais insuportável desde a vossa gloriosa independência, porque os bárbaros portugueses nada poupam para nos fazer mais infelizes, receosos de que o vosso exemplo seja imitado”.

JEFFERSON recebeu-o em Nimes, na França, mas dessa entrevista nada de positivo transpirou. Entretanto, em seu relatório a JOHN JAY, Secretário de Estado de seu País, o futuro Presidente dos Estados Unidos relata a impressão favorável que lhe causara o jovem brasileiro e seu desejo de, em caráter pessoal, ajudá-lo e a seus companheiros na tarefa libertária. E assim o fez. Além de orientar MAIA na busca de recursos para a empreitada, JEFFERSON credenciou-o junto aos revolucionários de Bordéus, os quais obtiveram dos comerciantes da cidade a promessa da oferta de 3 navios, tão logo a insurreição tivesse início.

Segundo JOAQUIM NORBERTO DE SOUSA E SILVA, muito pesado sobre a decisão de TIRADENTES em pregar idéias de libertação e de reunir prosélitos em torno da causa que esposara, uma entrevista que tivera, no Rio de Janeiro, com o jovem JOSÉ ALVARES MACIEL, que estudara em Coimbra e na Inglaterra. Este lhe teria dito que os europeus não chegavam a compreender a indiferença dos brasileiros diante da opressão política em que viviam. A partir daí, conclui aquele historiador, que a idéia de libertação nacional passou a constituir “seu sonho dourado, a visão de sua alma” (*).

A conjuração, idealizada desde 1780, porém, mal planejada, foi abortada pela denúncia dos Coronéis JOAQUIM SILVÉRIO DOS REIS e BASÍLIO DE BRITO MALHEIRO DO LAGO e do mestre-de-campo INACIO CORREIA PAMPLONA ao VISCONDE DE BARBACENA, Governador de Minas, que, suspendendo a **derrama** fixada, determinou a prisão de todos os suspeitos. O processo-crime, iniciado em consequência, a 7 de maio de 1789, foi concluído após 29 meses, com a condenação à morte de 11 dos inconfidentes e ao degredo perpétuo ou temporário dos demais. As penas capitais, salvo a de TIRADENTES, foram comutadas em degredo por D. MARIA I, em 15 de outubro de 1790.

O sonho se findara. Mas a consciência política de nacionalidade que dele florescera ganharia novos adeptos nas mais diversas regiões

(8) JOAQUIM NORBERTO DE SOUSA E SILVA, *História da Conjuração Mineira*, Rio, Imprensa Nacional, 1948, Tomo I, p. 83.

do País, inspirando novas reações nativistas, em consonância com a bandeira desfraldada pelo **Patrono Cívico da Nação Brasileira** (9).

Hoje, não mais se duvida que dentre os objetivos dos inconfidentes estavam a República e a Federação. A capital se instalaria em São João del-Rei e as capitâneas de São Paulo e Rio de Janeiro se agregariam à de Minas dando origem a um novo Estado Federal em terras da América. Com o tempo, outras capitâneas viriam juntar-se àquelas, configurando-se, igualmente, como Estados-Membros.

No relatório que o Ministro MARTINHO DE MELLO E CASTRO apresentou ao VISCONDE DE BARBACENA, em 29 de setembro de 1790, fazendo uma síntese das pretensões da conjuração fracassada, destacou “a de se extinguir nessa capitania o domínio de Portugal, formando-se de toda ela uma República à imitação do que praticaram as colônias inglesas” (10). Portanto, regime republicano e federalismo como forma de Estado.

CAMPOS SALLES, ao estudar em sua obra **Da Propaganda à República**, juntamente com sua programação de governo, o problema da crise federativa, não se furtou em afirmar que “o próprio federalismo, princípio básico sobre o qual o **Manifesto** assentara os alicerces da futura República, encontra sua filiação histórica na **Inconfidência**, donde veio descrevendo a sua difícil mas segura trajetória, até chegar a fazer inscrever-se na sábia Constituição de 24 de fevereiro”.

Em trabalhos mais recentes, o mesmo entendimento. RENATO PAES DE BARROS relata que “Em Vila Rica, havia uma plêiade de intelectuais. O seu ouvidor TOMAZ ANTÔNIO GONZAGA, português, diplomado em Coimbra, centralizava uma constelação de poetas ilustres. E ali, em 1789, acalentaram a idéia da independência. As aspirações republicanas tiveram, então, a sua primeira consagração pública”. E, em seguida: “com a República aspirava-se à Federação” (11). ANHAIA MELLO considera que “À começar da Inconfidência Mineira, em 1789, transplantou-se para o Brasil a semente da Independência e da Federação” (12), enquanto que JOÃO CAMILLO DE OLIVEIRA TORRES entende que “os republicanos de 89 tiveram nos mártires da Inconfidência seus antepassados espirituais” (13).

(9) Pela Lei nº 4.897, de 9 de dezembro de 1965, editada pelo Presidente CASTELLO BRANCO, TIRADENTES foi declarado Patrono Cívico da Nação Brasileira.

(10) Cf. LEMOS BRITO, **Fundamentos Históricos de nosso Federalismo**, in **Boletim do Instituto da Ordem dos Advogados do Brasil**, Rio, 1931-1932, p. 593.

(11) RENATO PAES DE BARROS, **Do Regime Federal** (tese), São Paulo, Ed. do autor, 1940, pp. 142 e 144.

(12) JOSÉ LUIZ DE ANHAIA MELLO, **O Estado Federal e suas Novas Perspectivas** (tese), São Paulo, Ed. Max Limonad, 1960, p. 131.

(13) JOÃO CAMILLO DE OLIVEIRA TORRES, **A Formação do Federalismo no Brasil**, São Paulo, Col. Brasileira, Cia. Ed. Nacional, 1961, p. 339.

A **Inconfidência Mineira** não foi, portanto, uma lírica manifestação de poetas. Embora se registrem antecedentes, foram os acontecimentos de 1789 na antiga Vila Rica que, pela vez primeira, abalaram os rigores do colonialismo português (até para atravessar os riachos era exigida uma contribuição), plantando a semente republicano-federalista, que germinaria, sem muito viço, em 1889.

3. Menos divulgada pela nossa historiografia, menos analisada por nossos cientistas políticos, a **Inconfidência Baiana**, também conhecida por **Revolução dos Alfaiates**, porque dela participaram vários profissionais dessa categoria (10 no total dos 49 que foram detidos), difere da **Mineira** pelo fato de que foi declaradamente social, enquanto que aquela foi essencialmente política. A fonte da primeira, da qual participaram intelectuais, foi a Revolução americana, enquanto que a vertente da segunda, preparada por pessoas humildes do povo, inclusive escravos, foi a Revolução francesa. Daí seu caráter eminentemente social.

Estudando os dois acontecimentos marcantes na vida colonial brasileira, separados apenas por 9 anos um do outro, com objetivos assemelhados em meta política, mas distintos em sua fundamentação, onde apenas o aspecto econômico fazia causa comum, AFFONSO RUY assim se manifesta: "Processaram-se de forma oposta. Enquanto em Minas era objeto de estudos por pessoas influentes, não tanto para proclamar a República independente — citando ARMITAGE —, como para tentar qual seria a probabilidade de cooperação que deviam encontrar se houvesse de se tomar tal deliberação, na Bahia se efetuava na ação imediata para proclamar no Brasil a República, sem distinção de qualidade, mas seleção de valores". E mais: "Vindo a revolução mineira das classes elevadas, portanto do centro para a periferia, trazia o preconceito das castas, afastando dos destinos da Nação os párias, enquanto a conjura baiana, articulando-se na rua, radicando-se entre escravos e libertos, soldados, operários e agrários, desenvolvendo-se da periferia para o centro, abolia as classes para nivelar os homens" (14).

No final do século XVIII, embora tendo perdido sua condição de Capital com a mudança da sede do Governo para o Rio de Janeiro, a cidade de Salvador experimentava um considerável desenvolvimento, alterando de modo substancial suas condições de vida, o que viria a acarretar uma série de agitações no seio das classes populares. Os choques eram freqüentes, especialmente a partir do instante em que a força em que se aplicava a pena capital aparecera incendiada, sem que os autores de tão ousada façanha pudessem ser identificados. A 12 de agosto de 1798, a cidade foi inundada por panfletos, vasados em péssimo português, o que evidenciava procederem de camadas incultas da população, conclamando o povo à revolta, sob o lema "liberdade —

(14) AFFONSO RUY, **Primeira Revolução Social Brasileira**, 2ª ed., São Paulo, Col. Brasileira, Cia. Editora Nacional — MEC, 1978, p. 113.

igualdade — fraternidade”, e pregando o advento de uma República à qual — se afirmava — se juntariam outras capitanias descontentes, com o apoio de apreciável contingente militar. Esses boletins, muitos dos quais manuscritos, o que veio a facilitar a identificação das autorias, não produziram o efeito desejado. E, ao invés de somarem forças aos idealizadores da insurreição, deram origem a uma violenta repressão, provocando o abortamento da nova era prometida.

AFFONSO RUY retrata bem o episódio: “Tudo estava fadado a uma vitória certa e talvez incruenta. Tremeria até os alicerces o Reino de Portugal com o esboroar do seu império colonial da América. Era a hora da prestação de contas, agitada pelos nacionalistas rubros, levantada pelo ódio, recalçado por séculos, dos pardos e mestiços, amálgama de três raças, que tornara, por isso mesmo, aquela gente a mais perigosa e temida do País. Foi, entretanto, bastante para tudo desfazer, desmoronar todo aquele castelo de esperanças, o arrojo de um desavisado conspirador, lançando boletins e proclamações ao povo, na ânsia de obter maior número de prosélitos e rápido avanço da causa que o enchia de destemido fervor” (15).

De posse de algumas das proclamações, o Governador D. FERNANDO JOSÉ DE PORTUGAL determinou o confronto das mesmas, nos arquivos das repartições públicas, com cartas e documentos ali existentes. As primeiras suspeitas recaíram sobre DOMINGOS DA SILVA LISBOA, sabidamente useiro e vezeiro em críticas à Coroa e à religião. Preso, contra ele nada se constatou. Posteriormente, as suspeitas voltaram-se ao soldado LUIZ GONZAGA DAS VIRGENS. Este, após negar obstinadamente a autoria, acabou propiciando condições para a identificação de todos os insurretos. A 8 de novembro de 1799 quatro dos implicados foram executados, dos quais dois eram alfaiates. Alguns sofreram a pena de degredo. Poucos foram absolvidos.

Foi evidente a influência da Revolução francesa no ideário da revolução. O próprio Ministro do Reino, em carta de 14 de outubro de 1798 dirigida ao Governador da Capitania, esclarecia que “as principais pessoas dessa cidade, por uma loucura incompreensível, e por não entenderem seus interesses se acham infectadas dos abomináveis princípios franceses” (16). Também na linguagem utilizada essa influência se observa, conforme anotam alguns autores (17): “prelo” como “aviso”; “dieta” significando “assembléia”; “compativelmente” como “compatível”; e “abatimento” como “constrangimento”.

Que o movimento visava a implantação de uma República é ponto pacífico em todos que dele cuidaram. Os registros históricos são unâni-

(15) AFFONSO RUY, *op. cit.*, p. 67.

(16) Cf. NELSON DE SOUSA SAMPAIO, O Processo da Independência do Brasil, in *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, janeiro 1971, vol. 30, p. 49.

(17) Cf. AFFONSO RUY, *op. cit.*, e NELSON DE SOUSA SAMPAIO, *op. cit.*, p. 49.

mes em ressaltar esse aspecto da **Inconfidência Baiana**. Também, embora menos freqüente, é a menção aos propósitos federalistas dos revolucionários. A busca da adesão de capitanias circunvizinhas à causa defendida, se vitoriosa, objetivando a constituição de um Estado descentralizado naquela região do País estão a indicar essa tendência. Nesse sentido, vários emissários foram enviados a Pernambuco e ao Maranhão, que, entretanto, foram presos e entregues ao Governador da Bahia.

SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA vai mais longe: "Ficou apurado — diz ele — que os conspiradores tramavam realmente uma revolução, tendo por fundamento ideológico os princípios franceses visando ao estabelecimento de uma república, que não seria limitada à Bahia, mas ao "continente do Brasil" (18).

4. O movimento de 1817 representa, sem dúvida, um expressivo esforço nativista, objetivando nossa descolonização. Assim nossa História o registra.

Igualmente inspirados nos ideais vencedores com a Revolução francesa e nos eventos da América do Norte, e, ainda, movidos por uma intensa lusofobia, os revolucionários de Pernambuco, através de um plano bem elaborado e com a colaboração da já atuante maçonaria, lograram conquistar o poder a 6 de março daquele ano, instituindo uma República, que duraria apenas 74 dias.

Comparativamente às duas revoluções anteriormente estudadas, deve-se ressaltar-lhe aspectos bem característicos. Enquanto que a **Inconfidência Mineira** se inspirou nos princípios defendidos pelos norte-americanos em sua Constituição federativa e a **Insurreição Baiana** se posicionou no quadro de idéias concretizado com a Revolução francesa, a **Revolta Pernambucana de 1817** abeberou-se nessas duas preciosas fontes. Por outro lado, enquanto que as anteriores não se concretizaram, permanecendo apenas no campo da tentativa e da frustração, a de Pernambuco viu-se vitoriosa, embora por período efêmero.

Dentre as causas desencadeantes do movimento, há que se ressaltar as sérias dificuldades por que passavam as antigas capitanias do Nordeste, sobretudo as da Bahia, Pernambuco e Maranhão, em razão da baixa dos preços dos produtos de exportação, principalmente do açúcar e do algodão, bem como da sempre crescente influência inglesa na débil economia brasileira. Esta última, que também motivara a Revolução portuguesa de 1820, provinha dos tratados de 1810, que haviam atribuído à Inglaterra a condição de potência privilegiada e com direito a tarifas especiais, como paga pelo auxílio inglês à expulsão das tropas do exército napoleônico.

(18) SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA e OUTROS, **História da Civilização Brasileira** — a época colonial, São Paulo, Difel — Difusão Editorial, Tomo 2, 1973, p. 416.

Do Governo Provisório, com cinco membros, então instalado, e caracterizando o caráter social da insurreição, participaram representantes das classes militar, eclesiástica, judicial, comercial e agrícola. Os títulos nobiliárquicos e os privilégios de classe foram abolidos. Igualmente, suprimiu-se o uso da expressão “senhor”, pois todos deveriam tratar-se de “vós”, ou, preferentemente, de “patriotas”.

Estabelecida a República, moldada na Constituição francesa de 1795, cuidaram seus organizadores de atrair para a nova ordem outras províncias. Como centro catalizador da vida econômica da região, Recife, por cujo porto escoavam todos os produtos da lavoura e da incipiente indústria nordestina, teria, por via de consequência, que exercer também acentuada influência em sua vida política, de sorte que qualquer movimento que aí se iniciasse teria repercussões imediatas nas províncias dependentes. E foi o que aconteceu. Entretanto, por motivos diversos, o apoio obtido não pôde concretizar-se em termos de efetiva colaboração, muito embora Alagoas, Paraíba, Rio Grande do Norte e Bahia tivessem aderido à sublevação.

A repressão foi das mais violentas. E, a pouco e pouco, as Províncias revoltadas voltaram à normalidade anterior. A 20 de maio o sonho republicano e federativo chegava ao fim, com o fuzilamento, após julgamento sumário, de seus principais mentores, DOMINGOS JOSÉ MARTINS, o padre MIGUELINHO e JOSÉ LUÍS DE MENDONÇA. O julgamento e a execução da pena de morte ocorreram na Bahia, para onde foram enviados. Outros líderes da insurreição fugiram. O padre JOÃO RIBEIRO suicidou-se.

Nossos mais antigos cultores da historiografia brasileira muito divergiram na apreciação do movimento de 1817. VARNHAGEN repudiou-o. OLIVEIRA LIMA, ROCHA POMBO, JÔNATAS SERRANO e MARCÍLIO TELXEIRA DE LACERDA elogiaram-no. E FRANCISCO MUNIZ TAVARES, que dele participou, escrevendo um alentado trabalho sobre o episódio, com análise de todo o seu desdobrar, não emitiu qualquer juízo crítico⁽¹⁹⁾. É curioso notar que, na “Introdução” à 2ª edição dessa obra, MAXIMIANO LOPES MACHADO relata que a conspiração de Pernambuco vinha de longe, pois já em 1801 tramou-se o estabelecimento de uma República naquela província, sob a proteção de NAPOLEÃO BONAPARTE.

Também é fora de dúvida que o movimento deflagrado em Pernambuco tivera inclusive caráter federalista. Tendo Recife como centro político, administrativo e econômico da região, em torno dele deveriam gravitar, como unidades autônomas, mas integradas num sistema, as antigas capitânicas nordestinas que, com a criação do Reino Unido, em 1815, haviam passado à condição de províncias. CARLOS GUILHERME MOTA, em sua obra **Nordeste 1817**, com apoio em AMARO QUINTAS,

(19) FRANCISCO MUNIZ TAVARES, *História da Revolução de Pernambuco em 1817*, 3ª ed., Recife, Imprensa Industrial, 1917.

pôde afirmar que, “no final do primeiro mês revolucionário, ante o perigo de desconjuntamento da revolução de Pernambuco e na Paraíba, JOÃO RIBEIRO escrevia sobre a necessidade de melhor articulação entre as duas ex-capitanias, Ceará e Rio Grande do Norte, que deveriam formar uma só República, devendo-se edificar uma cidade central para capital”. E conclui: “O ideal federalista insinuava-se dessa forma, nas palavras do discípulo de ARRUDA CÂMARA” (20).

THEMISTOCLES CAVALCANTI, com sua inquestionável autoridade, assim se manifesta: “a revolução de 1817, de cunho republicano, era, também, federalista e seu projeto de lei orgânica assim o proclamava expressamente” (21).

5. Com a Proclamação da Independência, a primeira medida que se impunha era dotar o Brasil de uma Constituição. Para tanto, D. PEDRO convocou uma Assembléia Constituinte, que se instalou a 3 de maio de 1823. Na sessão solene de abertura dos trabalhos, o Imperador fixou os fundamentos da Carta Magna a ser elaborada e aprovada, com base no “Projeto ANTÔNIO CARLOS”, “a fim de que merecesse sua imperial aceitação, e ser por ele defendida”, pois devia ser “digna do Brasil” e dele. Essa “Fala” provocou vivas reações, entendendo os mais prestigiosos constituintes que iriam trabalhar sob coação, posto que uma Assembléia dessa natureza deveria decidir com plena autonomia. Além disso, a concessão de títulos nobiliárquicos por Sua Majestade, sem que a Assembléia tivesse aprovado tais distinções, concorreu, ainda mais, para agravar a situação em nossa incipiente vida independente. Em face dessas reações, D. PEDRO resolveu dissolver, com o suporte das forças militares, em 12 de novembro do mesmo ano, a Assembléia, sem que o Projeto tivesse sua discussão iniciada.

A atitude do Imperador causou forte descontentamento em todas as províncias, com manifestações populares no Ceará, na Bahia, no Pará, no Maranhão e, especialmente, em Pernambuco. A nomeação, por lei promulgada a 11 de outubro, de Presidentes, Secretários e Comandantes de Armas para as diversas províncias foi causa de novos motins. Pernambuco não se conformou com a nomeação de FRANCISCO PAES BARRETO, não o reconhecendo como preposto imperial e, sob a inspiração de MANOEL DE CARVALHO PAIS, que poucos meses antes fora designado pela Câmara de Olinda para chefiar a Junta governativa, começou a conspirar.

Nascia, assim, o movimento que envolveria, igualmente, a Paraíba, o Rio Grande do Norte e o Ceará, e que resultaria no estabelecimento da **Confederação do Equador**, pregada principalmente pelo Jornal **Typhis Pernambucano**, fundado e dirigido por FREI CANECA (FREI

(20) CARLOS GUILHERME MOTA, *Nordeste 1817* (tese), São Paulo, Editora Perspectiva, 1982, p. 55.

(21) THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Manual da Constituição*, 2ª ed., Rio, Zahar, Editores, 1963, p. 67.

JOAQUIM DO AMOR DIVINO CANECA), no qual defendia, com veemência, suas idéias revolucionárias e liberais. Vale ressaltar que esse sacerdote já participara, embora não na condição de líder, da insurreição de 1817.

O bloqueio do porto de Recife imposto pelo Imperador, através do Capitão JOHN TAYLOR, diante da recusa dos pernambucanos em aceitarem o representante imperial, viria agravar ainda mais a situação e, a 2 de julho, na liderança do movimento, PAIS DE ANDRADE lançou seu **Manifesto**, no qual expunha a todos os brasileiros os motivos da instituição do novo sistema político-administrativo, congregando 4 províncias, e exortando as demais a seguirem o exemplo de suas irmãs rebeladas. Na verdade, uma Federação.

O movimento durou até 22 de novembro, quando, então, não resistindo à forte repressão das forças imperiais os rebeldes se renderam. Após rápido julgamento, os 16 líderes revolucionários foram executados, inclusive FREI CANECA.

Conforme salienta PAULO BONAVIDES, “durante a Constituinte de 1823, a idéia federalista fora objeto de debates” (22), e isso mesmo sem a discussão do Projeto ANTÔNIO CARLOS, o que, por certo, viria reforçar os propósitos de uma Federação nas lideranças políticas de Pernambuco, a partir do fracasso de 1817. PAIS DE ANDRADE, em suas **Mensagens**, sempre defendera a descentralização do poder no Império, chegando a propor, no auge do movimento de 1824, segundo relata VICENTE TAPAJÓS, “a organização de uma República Federativa, com a Constituição da Colômbia, enquanto não fosse promulgada a Lei Orgânica da Confederação, chamada de Equador” (23).

Em interessante trabalho publicado em jornal de São Paulo e intitulado “A Gênese do Federalismo Brasileiro”, MÁRIO MELLO esclarece que “a idéia federalista fora pregada em Pernambuco, em 1824” e que “o movimento conhecido por Confederação do Equador não era mais do que uma república federativa. Provam-no — continua — os artigos de FREI CANECA no seu **Typhis Pernambucano**, o manifesto do Presidente da Confederação, MANOEL DE CARVALHO PAIS DE ANDRADE e o projeto da malograda República”. E conclui: Foi a revolução afogada em sangue, mas o ideal federalista subsistiu” (24).

Os historiógrafos e publicistas brasileiros são concordes a esse respeito. PEDRO CALMON registra que “A Confederação do Equador hesitou, entre a federação, que era seu grito autonomista, e a repú-

(22) PAULO BONAVIDES, O Federalismo e a Revisão da Forma de Estado, in **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, n. 37, janeiro-março 1973, p. 22.

(23) VICENTE TAPAJÓS, **História do Brasil**, 10ª ed., São Paulo, Cia. Editora Nacional, 1960, p. 321.

(24) **Diário Popular**, São Paulo, ed. de 11-11-1936.

blica, que era seu objetivo final” (25). E LEMOS BRITO, em conferência proferida em 1932, relata “que o movimento pernambucano conhecido por Confederação do Equador foi uma nova erupção do incêndio mal abafado em 1817. Fossem quais fossem as precipitações e os erros dos revolucionários, fosse qual fosse a causa imediata do movimento, e raros tiveram tão sangrento desfecho — acrescida — o certo é, senhores, que aí registramos uma das mais interessantes reações nativistas, e não só isto, mas ainda que, sobre forma republicana, se cogitou de federalizar algumas províncias, da Bahia ao Ceará, pelo menos, sendo evidente que, vitorioso o movimento, se procurariam atrair ao núcleo pernambucano as demais províncias do Brasil. Nesse sentido depõem, entre outros, o BARÃO DO RIO BRANCO, EUCLIDES DA CUNHA e OLIVEIRA LIMA, todas autoridades incontestes na matéria” (26).

Na mesma linha, os entendimentos de THEMISTOCLES CAVALCANTI (27), JOÃO CAMILLO DE OLIVEIRA TORRES (28), RENATO PAES DE BARROS (29) e ROSAH RUSSOMANO (30), dentre outros.

6. As vésperas da abdicação de D. PEDRO I (1831), novas manifestações federalistas se registraram. Em seu regresso da visita a Minas Gerais o Imperador teve pela frente a **Noite das Garrafadas**, uma manifestação bastante ousada e desrespeitosa, em que grupos de antilusitanos, frente a S. Alteza, davam vivas à Federação e à República.

Mas foi na Bahia que novas rebeliões ocorreram. A 4 de abril de 1831, irrompe um movimento de caráter nacionalista e federativo, sob o comando de BARBALHO, congregando elementos de todas as classes sociais e que se não restringiu à Capital. Com a chegada da notícia da abdicação, 15 dias após sua ocorrência, os ânimos se acalmaram e a ordem de expulsão dos portugueses dada pelo Governo Provincial, como medida pacificadora, foi sustada. Entretanto, dias após, amotina-se o Forte de São Pedro exigindo a revogação da medida e a imediata execução das deportações, além do afastamento do Presidente CESIMBRO, o que efetivamente veio a ocorrer.

A 28 de outubro nova sedição. Populares e militares tentaram invadir a Câmara para deliberarem, face à inércia de seus representantes, enquanto que em outros bairros da Capital tiroteios e mortes se registravam. Dando conta ao Governo Geral destes últimos eventos,

(25) PEDRO CALMON, *Vida de D. Pedro I*, São Paulo, Col. Brasiliense, Cia. Editora Nacional, 1946, p. 144.

(26) LEMOS BRITO, *op. cit.*, p. 594.

(27) THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *op. cit.*, p. 67.

(28) JOÃO CAMILLO DE OLIVEIRA TORRES, *op. cit.*, p. 339.

(29) RENATO PAES DE BARROS, *op. cit.*, p. 149.

(30) ROSAH RUSSOMANO, *O Princípio do Federalismo na Constituição Brasileira*, Rio, Liv. Freitas Bastos, p. 39.

o Presidente BARROS PAIM mencionava que vivas tinham sido ouvidos “à Federação, ao desarmamento e exclusão dos brasileiros nascidos em Portugal das guardas municipais, e à deposição do atual comandante das armas” (31). SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA assinala que, neste outubro, iniciava-se com objetividade “a crise federalista” (32).

Em fevereiro de 1832 irrompe em Cachoeira outro movimento, sob a chefia do Capitão BERNARDO MIGUEL MINEIRO, proclamando “um sistema federal” (33), o qual uma semana após é sufocado por BARROS PAIM.

A 26 de abril de 1833 revolta-se o Forte do Mar em uma luta das mais violentas, que durou apenas quatro dias. À intimação para deporem as armas responderam “queremos a Federação” (34).

Os programas dos federalistas nos levantes de 1822 a 1823, segundo ainda BUARQUE DE HOLANDA, muito se assemelhavam. Neles se registram itens de *expressiva intolerância, tais como, “o ex-Imperador, tirano do Brasil, será fuzilado em qualquer parte desta Província se acaso aparecer e a mesma pena terão os que o pretenderem defender e admitir”*; e “*todo cidadão brasileiro fica autorizado a matar o tirano ex-Imperador D. Pedro I, como o maior inimigo do Povo Brasileiro, no caso que apareça em qualquer parte do território desta Província*” (35).

No plano puramente federativo propugnavam por um Governo para a Bahia, “nos seus negócios internos”, “independente de qualquer outra Província, fazendo, porém, aliança com todas as mais, bem como obedecendo ao chefe da Nação, o Senhor D. PEDRO II, em os negócios gerais dela”. O Conselho da Província seria extinto, convocando-se uma Assembléa Constituinte que determinaria “os limites da independência da Província”, bem como seu relacionamento com a Capital da Nação, revogando-se toda a legislação contrária ao regime federativo e aos interesses provinciais.

7. O Rio Grande do Sul foi, historicamente, uma Província com características próprias, distinta das demais do País, pois jamais fizera parte de qualquer capitania. Por isso mesmo, sua vida político-administrativa sempre apresentou contrastes relativamente às demais, revelando uma certa independência em relação ao Poder Central. Face a isso, seu relacionamento com a Corte, que desde o início fora difícil, cada vez mais se deteriorava. De há muito se sentia desprestigiado e

(31) Cf. SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA e OUTROS, *História Geral da Civilização Brasileira — O Brasil Monárquico*, São Paulo, Difusão Européia do Livro, Vol. II, 1972, p. 276.

(32) *Idem, ibidem*, p. 276.

(33) *Idem, ibidem*, p. 276.

(34) *Idem, ibidem*, p. 276.

(35) *Idem, ibidem*, pp. 277-278.

relegado a um plano secundário. Segundo WALTER SPALDING, “o Rio Grande de muito vinha sendo barbaramente explorado, martirizado e, mesmo, achincalhado pelo governo central” (36). Para muitos não passava de “uma estalagem do império” (expressão muitas vezes usada por BENTO GONÇALVES), enquanto que outros o consideravam simplesmente “a Província mártir”. Tal situação, que viria logo mais alcançar as classes populares, constituiu a causa mestra do movimento deflagrado a 20 de setembro de 1835, com a conseqüente deposição do Presidente da Província, FERNANDO BRAGA, que se refugiara no Uruguai.

E assim nasceu a **República Rio-Grandense**, também chamada **República de Piratini**, que duraria quase 10 anos.

É curioso assinalar que, de início, o movimento pelo menos aparentemente, tivera caráter reivindicatório, pois BENTO GONÇALVES, após a tomada de Porto Alegre, se dirigira ao Governo Central afirmando obediência. Mas as idéias de separação, República e Federação estavam, na verdade, latentes no espírito da liderança revolucionária.

Para dar maior amplitude à nova República e viabilizar a idéia de Federação, os **farrapos**, com o auxílio de JOSÉ GARIBALDI, invadiram e tomaram a Província de Santa Catarina. A 25 de julho de 1839 era proclamada a **República Catarinense**, com capital na Vila de Laguna, que passara a denominar-se **Cidade Juliana**, sendo a Presidência confiada a VICENTE FERREIRA CARDOSO.

Entretanto, essa situação foi por demais efêmera, pois, 4 meses após, as forças imperiais lograram restituir ao Brasil a mencionada Província.

PEDRO CALMON esclarece por que eram chamados **farrapos** seus participantes e, conseqüentemente, de **farroupilha** a revolta. Dois eram os partidos que se digladiavam na Província: o dos **caramurus**, de tendência monarquista, e os dos **farroupilhas**, de inspiração republicana, porém “divididos por uma nítida separação social”. No primeiro, se integravam “os aristocratas do primeiro reinado, portugueses, conservadores, estabelecidos nos centros populosos”, e temerosos de uma guerra civil; e no segundo “os nativistas, os estancieiros, que abominavam os preconceitos da Corte” e que, por isso, constituíam a “ralé”, isto é, os **farrapos** (37). A estes se juntaram agitadores estrangeiros, entre os quais o jornalista bolonhês TITO LÍVIO ZAMBECCARI.

Sempre foi ponto pacífico que, entre os propósitos dos revolucionários de 1835, se incluía a Federação. O próprio BENTO GONÇALVES DA SILVA — chefe farroupilha e eleito Presidente da efêmera Repú-

(36) WALTER SPALDING, *Revolução Farroupilha*, 2ª ed., São Paulo, Col. Brasileira, Cia. Editora Nacional, 1980, p. 12.

(37) PEDRO CALMON, *História do Brasil*, São Paulo, Col. Brasileira, Cia. Editora Nacional, 4ª Vol., 1947, pp. 295-296.

blica —, em sucessivos pronunciamentos, pregara claramente o Estado Federal, envolvendo as demais Províncias brasileiras do Sul. Em sua proclamação de 11 de março de 1835, estampada no jornal **Estrela do Sul**, foi bastante incisivo: “recíproca conveniência uniria hoje todas as Províncias irmãs, tornando mais forte e respeitável a Nação brasileira” (38).

No **Manifesto** dos revolucionários vitoriosos, distribuído em 29 de agosto de 1830, entre outros tópicos, se continha o seguinte: “Os rio-grandenses, reunidos às suas Municipalidades, solenemente juraram e proclamaram a sua independência política, debaixo dos auspícios do sistema republicano, dispostos, todavia, a federarem-se quando nisso se acordem as Províncias irmãs que venham a adotar o mesmo sistema”.

E, em artigo publicado em 1935 na imprensa do Rio de Janeiro, sob o sugestivo título “*O Ideal Federalista dos Farrapos*”, o escritor MANSUETO BERNARDI reproduz trechos da conferência que proferira em 1923, no Instituto de Belas-Artes de Porto Alegre. Por ele tomamos conhecimento dos pronunciamentos de ZAMBECCARI, através de **O Republicano**, nas vésperas do movimento rio-grandense, nos quais são postos em destaque, com nítido relevo, o ideal federalista. Deles destacamos passagens de alguns editoriais. Assim, em “Os Princípios da Federação”, de 11 de março de 1834, afirmava que “cada vez mais nos convencemos das vantagens que o sistema federal traz ao Brasil”; em “Das vantagens da modificação federal” do mesmo mês e ano, o escritor e revolucionário arrola os principais aspectos positivos do sistema federativo, que “reúne em si todas as vantagens do regime republicano com a força das monarquias, porque o supremo Poder Executivo da Nação tem os mesmos meios para cobrar e é obedecido pelos seus agentes que são chefes dos Estados, do mesmo modo que o chefe do Executivo em o sistema unitário ou central, em tudo o que toca aos negócios gerais da Nação”; e, em abril de 1834, novo editorial no qual fixa a abrangência do federalismo, e que termina com estas palavras: “à vista do que fica dito, segue-se que o regime federal é o melhor porque assegura a liberdade de cada Província e põe uma forte barreira aos homens ambiciosos” (39).

Um documento de suma importância também vale ser mencionado. Trata-se de o **Manifesto** assinado por BENTO GONÇALVES e DOMINGOS JOSÉ DE ALMEIDA, seu Ministro do Interior, e dado a público em agosto de 1838. Nele, após arrolarem as causas que motivaram o desligamento do Rio Grande do Sul, fazem uma confissão de fé no federalismo. Merece destaque esta passagem: “é assim que o seu poder se debilita — referia-se ao Governo Imperial — e se aproxima

(38) Cf. WALTER SPALDING, *op. cit.*, p. 66.

(39) *Correio da Manhã*, Rio, ed. de 22-9-1935.

ma o dia em que banida a realeza da Terra de Santa Cruz, nos havemos de unir por estreitos laços federais à magnânima nação brasileira, a cujo grêmio nos chama a natureza e nossos mais caros interesses”.

“Só a federação — bradava PEDRO BOTICÁRIO, em seu **Constitucional Rio-Grandense**, de maio de 1831 — poderá livrar esta Província das harpias que a Corte nos manda”. Mais audaciosa, porém, visando explorar o entusiasmo e o ardor federalista dos revolucionários, foi, sem dúvida, a proposta de LAVALLEJA de 1832: uma aliança entre o Rio Grande do Sul, o Uruguai e o Governo de ROSAS. Esse projeto seria substituído mais tarde pela idéia da chamada **Confederação do Quadrilátero**, reunindo Piratini, Uruguai, Entre-Rios e Corrientes, segundo nos dá conta DUARTE DA PONTE RIBEIRO, em sua obra **As Relações do Brasil**.

Por sua vez, a Assembléia Geral Constituinte, ao responder ao discurso do Presidente da República, em 17 de janeiro de 1843, foi incisiva: “quicá raie então um dia de glória, em que possa verificar-se a lisonjeira idéia de nossa união à grande família brasileira pelos laços da mais estreita federação”.

Também é bastante válido registrar os pronunciamentos de ASSIS BRASIL, quando, ao analisar as razões da irrupção do movimento, expressa que “no fundo de todas essas queixas está, latente, mal expresso, o anseio federalista”⁽⁴⁰⁾; de LEVI CARNEIRO, para quem “a aspiração federalista e o sentimento nacional se revelam na expressa declaração de que o novo Estado se poderia ligar por traços de federação àquelas Províncias e se quisessem federar o novo Estado”⁽⁴¹⁾; e, mais recentemente, de THEMISTOCLES CAVALCANTI, que inclui na **Revolução Farrroupilha** a “tendência descentralizadora”, que considera “anterior à vinda ao Brasil das grandes correntes imigratórias”⁽⁴²⁾ e de VICTOR RUSSOMANO para quem “o anseio de brasilidade, era o sentir do patriotismo gaúcho, era a confissão de que, quando já sorria aos revolucionários a vitória, eles queriam viver dentro da comunhão brasileira, ligados pela Federação dos Estados”⁽⁴³⁾.

8. A luta no Sul do País só terminaria em 1845. Mas o período de tranqüilidade seria apenas temporário. Três anos após, nova agitação sacudiria o Império e, desta vez, no Nordeste.

(40) ASSIS BRASIL, **História da República Rio-Grandense**, Porto Alegre, 1936, p. 29.

(41) Apud LEDA MARIA CARDOSO NAUD, **O Federalismo**, in **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, ns. 13-14, 1967, p. 159.

(42) THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, **Os Estados na Federação**, in **As Tendências Atuais do Direito Público** (Estudos em Homenagem ao Professor AFONSO ARINOS DE MELLO FRANCO), Rio, Ed. Forense, 1976, p. 48.

(43) VICTOR RUSSOMANO, **A Revolução dos Farrapos**, Porto Alegre, 1935, pp. 19-24.

No final da primeira metade do século XIX, Pernambuco se apresentava como uma das mais importantes Províncias e centro comercial de todo o Nordeste. Isto porque se transformara em um respeitável pólo de imigração, principalmente de portugueses, que vieram a monopolizar, praticamente, o comércio da região. Em consequência, o sentimento nativista e antilusitano adquiria, dia a dia, mais expressão e mais adeptos, a ponto de, na Assembléia, os representantes da Província propugnarem, pela nacionalização do comércio em todo o País.

Em 1842, uma ala radical do Partido Liberal passa a liderar um movimento dissidente representado pelos políticos inconformados com a apatia dos liberais, motivo da queda de sucessivos Gabinetes. Os adversários dessa ala passaram a designar seus integrantes de **praieiros**, com evidente intenção pejorativa, e isto porque o seu órgão de apoio, o **Diário Novo**, tinha sua sede na Rua da Praia. Pouco tempo após, o grupo já era conhecido como **Partido da Praia**.

Da programação do Partido constavam, além da nacionalização das atividades mercantis da Província, então nas mãos dos portugueses, o combate aos grandes latifundiários, especialmente os CAVALCANTIS. Para vencerem o que denominaram de “feudalismo dos Senhores de Engenho” passaram a defender a implantação de um imposto territorial progressivo, o que ensejaria, a seu ver, a fragmentação das grandes propriedades rurais.

Os primeiros atos de violência para a concretização desses ideais tiveram lugar em junho de 1847, quando os praieiros, armados, saíram às ruas de Recife aos gritos de “mata marinho” (designação dada aos portugueses), dirigindo-se, em seguida, à sede do Legislativo Provincial para exigirem a expulsão dos estrangeiros e a nacionalização do comércio.

Com a nomeação do conservador HERCULANO FERREIRA PENA para a Presidência da Província de Pernambuco, os **praieiros** partem para a luta. E a 7 de novembro de 1848 é iniciada a revolta. Partindo de Olinda, Igarauçu e outros centros de agitação, marcham sobre Recife, dando início ao confronto armado que, pelo reduzido número de participantes e pela ausência de uma estratégia bem definida, durou apenas dois meses. Entre seus líderes, destacaram-se os deputados JOAQUIM NUNES MACHADO, FELIPE LOPES NETO, JERÔNIMO VILELA TAVARES e o jornalista BORGES DA FONSECA, dentre outros.

Na repressão, um jovem oficial viria a destacar-se — o 2º-Tenente MANUEL DEODORO DA FONSECA, a respeito do qual vale destacar a observação de R. MAGALHÃES JÚNIOR, seu biógrafo: “Singular contraste o desta vida de soldado: começou a carreira militar ajudando a sufocar uma rebelião e encerrou-a à frente de uma revolução! Só

uma coisa distingue, aliás, as rebeliões das revoluções. São rebeliões as revoluções que não vingam. São revoluções as rebeliões que triunfam (...)’ (44).

Dentre as reivindicações dos revoltosos, no plano político se inseriam o voto livre e universal, a liberdade de manifestação, a extinção do Poder Moderador e uma organização federativa para o Império, caracterizada pela autonomia das Províncias. R. MAGALHÃES JÚNIOR, a propósito, destaca no rol dos objetivos do movimento “o federalismo, que desse às Províncias a desejada autonomia, a ampla liberdade de pensamento, o direito ao trabalho para os brasileiros e a substituição gradual do trabalho servil pelo trabalho livre” (45). WAMIREH CHACÓN, por seu turno, considera como simplista a tese de que a **Praieira** foi apenas “o último dos movimentos autonomistas e federalistas do Império”, e destaca que “o exaltado republicano JOÃO DE BARROS FALCÃO DE ALBUQUERQUE MARANHÃO, que já participara da Insurreição Praieira, teimava em manter-se fiel ao espírito de 48, muitos anos depois, editando no Recife um jornal republicano, federativo e universal (...)” (46).

9. O federalismo brasileiro tem, pois, raízes profundas. Nossa vocação federalista se revela desde a fase em que se iniciou a colonização de nosso território. JOAQUIM NABUCO, ao ser discutida em 1885, na Câmara dos Deputados, a temática do modelo federal, fora incisivo: “Ao passo que o abolicionismo é um fenômeno recente em nossa história, a federação é um fenômeno de todo o nosso passado. Nós a encontramos no crescimento gradual e lento do nosso País, encontramos-la associada às antigas capitanias” (47). E LEMOS BRITO, por sua vez, acrescenta que “o espírito federativo no Brasil é um desdobramento do sentimento de autonomia que teve sua primeira manifestação nos núcleos espalhados pela vastidão do território brasileiro, desde a fundação das capitanias” (48).

Face à nossa vocação histórica, era de esperar-se que as inúmeras manifestações de autonomia registradas ao longo do período pré-republicano trouxessem em seu bojo o ideal federalista. E foi o que aconteceu. Essa é a conclusão a que nos leva a análise dos conteúdos da seqüência de movimentos que, no seu todo, compõem a que denominamos **Revolução Brasileira da Independência**, a qual efetivamente viria a findar-se em 1831, com a abdicação de D. PEDRO I.

(44) R. MAGALHÃES JÚNIOR, *Decdoro, a Espada contra o Império*, São Paulo, Cia. Editora Nacional, Vol. I, 1957, p. 40.

(45) *Idem, ibidem*, p. 34.

(46) WAMIREH CHACÓN, *História das Idéias Socialistas no Brasil*, Rio, Ed. Civilização Brasileira, 1965, pp. 23-24.

(47) *Anais da Câmara dos Deputados*, Sessão de 14-9-1885.

(48) LEMOS BRITO, *op. cit.*, pp. 131-132.

Direito e justiça (a propósito da Constituinte)

EDMA ROMARIZ

Assessora Legislativa da
Câmara dos Deputados

SUMÁRIO

1. Nota introdutória.
2. O que é direito?
3. Poder e Estado.
4. Legitimidade e legalidade.
5. O que é justo?
6. A justiça e o Estado.
7. A igualdade formal da justiça.
8. Lei e justiça.
9. A justiça como fim da ordem social.
10. Justiça x dominação.
11. Estado de Direito e a administração da justiça.
12. Democracia e ordem justa.
13. A justiça e os grandes sistemas de direito.
14. Existe o direito justo?

1. NOTA INTRODUTÓRIA

Os conceitos de direito, de justiça, o comportamento do fenômeno jurídico e seu vínculo de causalidade com o poder (legítimo ou legal) — aspectos centrais condutores do percurso de nossas indagações — demonstram ser, ao longo da própria experiência evolutiva da espécie, razão de ser e condição permanente de profusas mudanças sociais. Planetariamente, o ser político, movido pela convicção pura do discurso (ideológico?) mobilizador de atitudes renovadoras, houve por bem determinar a problematização da ordem subordinante e provocar alterações significantes nos rumos da história. Cabe-nos, hoje, questionar, não a nível histórico, possivelmente sociológico: até que ponto as alterações de rumo implicaram realmente *mudanças*? Ao nível da teoria do direito, até que ponto as “mudanças” contribuíram para promover a conquista dos ideais da justiça?

Os horizontes do exercício hermenêutico totalmente despido da contaminação tautológica do direito positivo, por ser utópico, tornam-se desafiadoramente atraentes. Nada menos do que reunir forças suficientemente hábeis para desarmar o poderoso jugo do ciclope estatal. Mesmo porque, tanto na utopia grega, como na bíblica, os gigantes nunca tiveram vez. Golias que o diga.

2. O QUE É DIREITO?

A atitude conceitual tipicamente despida de consciência crítico-dialética apóia a concepção de direito como dogma estatal do sistema de normas que tem por objetivo a formulação de regras específicas de comportamento, prevendo situações de desvio, estabelecendo sanções para os eventuais atos infracionários. Equivale a aceitar: o direito positivado firmou o compromisso inalienável de garantir o bem comum, a justiça e a paz social.

Aparentemente, nada de estranho, se considerarmos que o controle da ordem numa sociedade sempre se fez ditar em nome de seu normal funcionamento. As sociedades mais primitivas, até mesmo as pré-estatais, já se valiam (e se valem) de mecanismos internos, nos mais diversos graus de coercibilidade de comportamento. Tudo inspirado no elementar propósito de "arrumar" as posições, de definir o papel de cada membro na divisão social do trabalho e no conjunto orgânico dos valores estabelecidos. "Sem lei não há civilização, e a idéia de penalizar aqueles que transgrediram as leis vigentes na sociedade é essencial para a própria sobrevivência dela. A existência e a eficácia de uma justiça reparadora são condições essenciais para a manutenção de uma ordem social" (TADEU BARBOSA, *O Que é Justiça*, p. 76).

A partir daí, indaga-se, a título de levantar a questão: se a lei sempre emana do Estado e permanece, em última análise, ligada à classe dominante (LYRA FILHO), qual o nível de isenção, independência e credibilidade a ser conferido à ordem a que somos contingencialmente submetidos? Ou ainda: Estaria preocupado o direito assim positivado com o vínculo de fidelidade e harmonia entre as relações jurídicas e sociais? Onde situar o direito formalizado na regra estatal, à luz da essencialidade dos valores da honra, da dignidade e do direito humanos?

Vínculos nítidos e transcendentais a meras categorias conceituais apontam-nos o quanto o campo da ciência do direito se aproxima e compactua com os valores que informam o campo da ciência social. Não se trata de uma simplificadora transumância epistêmica, onde os princípios de ação de um campo alimentariam as espécies do outro. O conúbio existe e identifica-se; entretanto, acima das perigosas e inconvenientes formalizações teorizantes. Está implícito mesmo na perspectiva do próprio devenir, onde ambas as ciências se projetam como *expressões dialéticas do pensar e do fazer humano*.

O problema jurídico é o problema humano por excelência (PONTES DE MIRANDA, *Sistemas de Ciência Positiva do Direito*, T. 1, p. XXX).

A relação homem-direito não escapa ao diálogo mais elementar sobre os fundamentos ideais de uma sociedade mais justa.

Podemos afirmar, sobretudo, que o senso comum trabalha incessante, mas ainda em grau primário de conscientização, com os prolegômenos da questão em causa. As contradições internas do ordenamento jurídico, em

face dos reais interesses a que estão voltados, geram a descoberta consciente da negação do direito. "A legislação abrange, sempre, em maior ou menor grau, direito e antidireito: isto é, direito propriamente dito, reto e correto, e negação do direito, entortado pelos interesses classísticos e caprichos continuístas do poder estabelecido" (LYRA FILHO, *O Que é Direito*, p. 8).

Admitida sem mascaramento, pelos próprios positivistas do direito, a ciência do direito é o saber dos dogmas estatais, que se rebelando contra as dogmáticas eclesiástica e feudalista, houve por "honrar" o papel independente do Estado em face das matérias ideológicas que alienavam a expressão e a liberdade do governo.

O postulado metodológico kelseniano cumpriu a tarefa de confrontar princípios da ciência do direito perante os das ciências sociais:

"Relativamente às ciências sociais falta ainda — e o seu estado pouco evoluído não é das razões que menos concorrem para tal — força social que possa contrabalançar os interesses poderosos que, tanto aqueles que detêm o poder como aqueles que ainda aspiram ao poder, têm numa teoria à medida dos seus desejos, quer dizer, numa ideologia social (KELSEN — *Teoria Pura do Direito*, p. 12).

KELSEN não encontra nas ciências sociais a prova da cientificidade com que obsessivamente admitiu fundamentar a teoria pura do direito. Deve-se, portanto, à ciência jurídica normológica a fatídica herança do direito dogmático, que supervaloriza o direito-lei na própria dinâmica interna do ordenamento.

O primado da lei no direito ocidental vem a ser o fenômeno asfixiante do legalismo, submetido ao "estatismo" do direito, cujos efeitos teratogênicos lastreiam a proliferação incontida e diversificada do processo legislativo contemporâneo.

O que é o direito? Perguntamos ao início. Pelo encadeamento espontâneo das idéias comprometidas com a busca do conceito (ainda não razoavelmente respondido), não nos furtaremos à imposição de perpassar necessariamente por entre os meandros da discussão sobre poder e Estado, como requisito principal da análise que propõe posicionamento reflexivo em torno da realidade jurídica circundante.

3. PODER E ESTADO

Contratando viver em comum (ROUSSEAU), os homens consentiram na aglutinação em sociedade, que deles exigiu a formulação de normas básicas de organização e comportamento.

Acrescente-se que, a propósito dessa disposição gregária, ARISTÓTELES dispusera que "toda comunidade se formou tendo por fim um determinado

bem — já que todas as ações da espécie humana, em sua totalidade, se praticam com vista posta em algo que os homens crêem ser um bem” (*Política*, Livro I, cap. I).

O ser político em ARISTÓTELES era o ser integral, sujeito e objeto das múltiplas influências e manifestações revoltas no terreno fértil das injunções comunitárias que provocam a necessária interação sistêmica que caracteriza o Estado.

Temos, portanto, que o ser, aderindo coletivamente ao compromisso de ordenamento, veio a constituir o Estado, estando obviamente implícita a idéia do comando por uma liderança que, desta forma, exercitasse o poder. Mesmo nas sociedades primitivas ou pré-estatais uma voz de comando assegura a medida de ação do grupo, já o afirmamos anteriormente.

Há que apreender-se, contudo, que o poder, apesar de se manifestar no sentido da ordenação, e esta, por sua vez, vislumbrar o bem comum, corre o risco de inebriar-se ante a “euforia” da liderança. Trataremos dos desvios mais adiante.

Podemos identificar inúmeras formas de exercício do poder, quando reconhecemos que dentro da sociedade a Igreja, por exemplo, é um poder; assim como a representação de uma classe trabalhadora é um poder; a máfia, mundialmente organizada, é um poder.

Assim é que em *A República*, PLATÃO, possivelmente interpretando ou textualizando o pensamento de SÓCRATES, aborda o tema do poder, entendendo-o como uma faculdade essencial ao organismo social. As inúmeras manifestações do poder, PLATÃO sobreleva o poder político, ou o poder do Estado. “O Estado é o poder por excelência, porque ele observa dentro de si a capacidade de dispor sobre a ordenação e o funcionamento de todos os demais poderes da sociedade.” A assertiva pertence ao Professor AFONSO ARINQS DE MELO FRANCO que, reportando-se ao texto de PLATÃO, acrescenta ao poder do Estado “a característica de se impor a todos os demais poderes existentes na sociedade: família, religião, etc. E chega mais longe: afirma que a diferença entre o poder do Estado e os demais poderes estava em que os demais poderes tinham por objetivo o interesse ou atribuição individual ou grupal daqueles que estavam submetidos a esse mesmo poder, ao passo que o poder do Estado estava sempre condicionado a uma idéia de justiça (ou seja, ao interesse geral e interesse global)” (*Curso de Introdução à Ciência Política — Sobre Maquiavel/UnB*).

Mais à frente retornaremos à colocação feita quanto à “idéia de justiça”, porquanto, baseada nela, a noção de poder terá amplificados seu espectro de tratamento e seus fundamentos de validade.

Por enquanto, cumpre-nos proceder à íntima relação contida nos conceitos de poder e Estado, particularmente quanto ao progressivo acréscimo das inúmeras atribuições desempenhadas pelo Estado.

Manifestando a sua presença através de leis, decretos, regulamentos e toda sorte de dispositivos que constituem o ordenamento jurídico, no qual se ampara e sustenta, o Estado promove, cada vez mais, o aumento das prerrogativas do poder nas mãos dos governantes, esvaziando, por conseguinte, formas outras de manifestação do direito fora do "seu direito". É um dado comum aos países em desenvolvimento, em que o elenco de *fatores históricos da formação institucional, econômica e social* não deixa escapar aos cientistas sociais as múltiplas tarefas desempenhadas pela força da dominação do poder estatal.

Dai entendermos fundamental rever-se o aspecto jurídico no qual o poder se ampara, determinando-lhe legalidade de ação. Sobre o binômio direito/Estado, HANS Kelsen defende que "o Estado cumpre a sua missão histórica (...) criando o direito, o "seu" direito, a ordem jurídica objetiva, para depois se submeter ele próprio a ela, quer dizer: para se obrigar e se atribuir direitos através do próprio direito. Assim, o Estado é, como entidade, meta jurídica, como uma espécie de poderoso *macro-anthropos* ou organismo social, pressuposto do direito e, ao mesmo tempo, sujeito jurídico que pressupõe o direito, porque lhe está submetido, é por ele obrigado e dele recebe direitos. É a teoria da bilateralidade e autovinculação do Estado que, apesar das patentes contradições que repetidamente lhe são assacadas, se afirma contra todas as objeções com tenacidade sem exemplo". (*Teoria Pura do Direito*, A. Amado, Coimbra, 1974).

Defendendo a autovinculação entre direito e Estado, Kelsen acusa a *doutrina jurídica tradicional de estimular o dualismo, porquanto a oposição e os contrastes permitem o exercício da função ideológica do uso do poder: "O Estado deve ser apresentado como uma pessoa diferente do direito para que o direito possa justificar o Estado — que cria um direito e se lhe submete. E o direito só pode justificar o Estado quando é pressuposto como uma ordem essencialmente diferente do Estado, oposta à sua originalidade, natureza, poder, e por isso mesmo, reta e justa em qualquer sentido".* Mais adiante, conclui sua argumentação asseverando que "as ideologias não visam propriamente ao aprofundamento de conhecimento, mas à determinação de vontade. Aqui não se trata de apreender a essência do Estado, como antes de fortalecer a sua autoridade" (op. cit.).

Certo é que o fenômeno do gigantismo do poder estatal, forjado e socorrido pela ordem jurídica vigente, não resistiu, através da história, a episódios cíclicos de neutralização e controle. Os conflitos sociais que então se sucederam não vieram contestar senão o caráter da legitimidade do poder em relação às finalidades do Estado e aos interesses da população.

Remonto, no curso desse raciocínio, à indagação feita pelo Professor DJACIR MENEZES, em debate publicado na *Revista da Ciência Política*, nº 2 — vol. 22 — 1979: "... a legitimidade se realiza por meio da legalidade, quer dizer, a legalidade não é um instrumento pelo qual se procura organizar ou justificar o poder, portanto, legitimá-lo?"

Para alcançar-se maturidade reflexiva em torno de proposição formulada, sugiro revisarmos primeiramente colocações essenciais sobre a questão da legalidade em relação ao conceito de legitimidade. O que, de certo, nos conduzirá à assunção de favorável posição crítica quanto à outra dicotomia: direito legal/direito justo.

4. LEGALIDADE E LEGITIMIDADE

De início, temos que legalidade é o estado de tudo que é lícito, isto é, permitido pela lei. A norma jurídica revela, com maior contorno, a força coercitiva que *não coloca em discussão* o fato de ser, ou não, justa, de estar atendendo ou não aos interesses ou às expectativas sociais.

Portanto, o conteúdo da lei não é o fator preponderante. O aspecto formal da validade, dentro do universo jurídico que a gerou, como o aspecto temporal da vigência, é que sobrepõem realisticamente *na ótica do parecer quanto à legalidade*.

“De fato, lei é toda norma de direito, a que o Estado emprega sua força coercitiva, e que obriga a agir ou que proíbe a ação. Se, num determinado Estado soberano, uma lei entra em vigor, qualquer que tenha sido o processo legislativo adotado, tudo o que se fizer de acordo com essa norma é legal ou lícito, assim como tudo o que a contrariar será ilegal ou ilícito. Um conjunto dessas leis, vigentes nesse mesmo Estado, formará o respectivo ordenamento jurídico estatal, a que todos indistintamente, estão submetidos” (Prof. VALMIR PONTES FILHO *Rev. da Procuradoria-Geral* — nº 2/1980).

Assumindo vertente diversa, a legitimidade coloca-se em dimensão distinta, onde, em lugar de instância formal, prevalece a instância do valor da norma.

Informa-nos COTRIM NETO, que a “legitimidade é a consagração jurídica do título que possibilita ao chefe usar atributos do poder estatal” (*Rev. Ciência Política*, vol. 22/79).

É o momento, então, de indagarmos: quais os mecanismos de que se vale a legitimidade para poder usar desses atributos e superestimar o aspecto jurídico-formal da legalidade? Fácil deduzir que o direito positivo não esqueceu este aspecto, conseguindo utilitariamente subverter a chamada instância do valor, assim como o fez com a da eficácia. Daí por que encontram-se vários “tipos” de legitimidade.

Vejamos CARL SMITT, constitucionalista alemão, que estabeleceu conceituação clássica sobre a matéria, classificando a legitimidade em dois tipos: dinástica e democrática. A primeira, emanada de autoridade soberana e indelegável da figura do rei; a segunda, resultante da plena manifestação da vontade do povo.

Recordamos, ainda, a teoria lançada por GUGLIELMO FERRERO ao estabelecer pressupostos para embasamento do princípio da legitimidade, classificando-a em quatro modalidades de manifestação: a eletiva, a democrática, a aristocrática e a hereditária.

Comenta, citando FERRERO, o Professor COTRIM NETO: "O princípio aristomonárquico, aristocrático e o princípio hereditário, (...), geralmente convivem bem; e convivem mal com o princípio eletivo. Mas, nós o sabemos pela história, que houve estruturas de poder aristomonárquicas que não foram hereditárias. Era o caso do antigo reino da Polônia. Aliás, o fato de se estabelecer um poder sobre bases aristomonárquicas, mas dependente de eletividade, foi, segundo se considera, a grande fraqueza da Polônia e que provocou sua tragédia histórica. (...) O princípio eletivo coabita com o princípio democrático" (op. cit.).

Conclusivamente, a eletividade que reconhecemos ser a fonte e o fundamento da autêntica legitimidade não atrai o poder que deseja se perpetuar. Para tanto, utiliza da força legal para dar aparência de legitimidade ao comando do regime. Portanto, exercita nada mais que o direito ilegítimo e o ilegal.

Insistimos: a legitimação do poder está condicionada, desta forma, a variáveis subjacentes ao fator espacial da abrangência de atuação e controle e ao fator temporal, que lhe permite condições de ampliar ainda mais os tentáculos.

Impossível recusar-se à legitimidade, mesmo forjada, a força capaz de sustentar o poder, "validando" as estruturas coercitivas e instalando "estabilidade" favorável à ação estatal.

Vale afirmar-se, por outro lado, que o fenômeno de submissão de um povo ao "estado de direito estatal" é conduzido pacificamente na medida em que os ideais de justiça não forem subestimados. Em decorrência, o não reconhecimento dos efeitos da justiça da ação do poder virá desafiar toda a moldura legalista de que se valia a ordem jurídica.

Conveniente, a esta altura, desenvolver-se a "idéia de justiça" a que o poder do Estado se encontra condicionado.

Conceituada a legitimidade como princípio que atua numa dimensão axiológica, o valor *justiça*, assume lugar de destaque no mecanismo de *legitimação de um poder*. Em sua obra clássica *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho* (México, 1956), LUIZ RICASENS SICHES, jurista conservador, assinala que, "quando os interesses que se acham em jogo estiverem direta e imediatamente relacionados com os supremos valores, tais como os da dignidade e liberdade da pessoa, os direitos fundamentais do homem, os das elementares exigências da justiça social, então, parece que, sem dúvida, no caso concreto, deve dar-se primazia à justiça sobre a certeza e a segurança formais".

Permitimo-nos citar o depoimento do Professor JOAQUIM BLANCO ANDE, da Universidade de Madrid, quanto ao fato de que "la legitimidad es una noción inserta en el marco del poder, que lo juridifica y cubre con el manto ético. El poder así investido no se reduce a una causa provocadora de obediencia, sino que lo transforma en el "derecho", socialmente reconhecido, a exhibir obediencia. Es una de las fuentes más vigorosas de estabilidad del poder. Un poder legítimo suscita la adhesión espontánea de sus súbditos" (*Teoría del Poder*, Madrid, 1977).

Recolocando a questão deixada em aberto, tomada ao Professor DJACIR MENEZES, recordemos os termos da indagação: a legitimidade do poder se realiza apenas por meio da legalidade, quer dizer, a legalidade não é um instrumento pelo qual se procura organizar ou justificar o poder, portanto, legitimá-lo?

O princípio da legalidade é, em muitos exemplos da história, condição efêmera de sustentação de um poder dominante. O mecanismo que se assegura fiador da legalidade e, por conseguinte, garantidor da permanência do poder é o princípio da legitimidade, a aceitação popular.

Prova mais real e concreta a história pátria nos assegurou muito recentemente com o ocaso de um período de governo que se posicionou unicamente nos pilares da legalidade e no que de mais frio, formal e sectário conseguiu extrair da autoridade encerrada nos restritos domínios do poder não tornado legítimo.

A legitimidade pressupõe, enfim, o exercício de uma vontade livre e soberana. Enquanto retórica, formal, despida de arguição de conteúdo, a legalidade decide apenas e tão-somente acerca do enquadramento normativo de uma dada situação de poder.

Por isso, assegura-nos LYRA FILHO que "nem a legalidade do Estado de direito pode substituir a legitimidade, nem se pode presumir, por outro lado, que, instituído o modo de produção socialista, não há mais lugar para qualquer forma jurídica que não seja "de transição", com vista à sociedade sem direito" (*Razões de Defesa do Direito*, p. 23).

Correntes normalmente conhecidas como dos "legalistas democráticos", por influência de interpretação particular do contrato social de ROUSSEAU, não se constrangeram em dissolver legitimidade em legalidade, desvirtuando, em causa própria, conceitos universalmente consagrados pela teoria da ciência política.

Não restam dúvidas de que a discussão sobre legitimidade situa-se nas fronteiras da origem e do exercício do poder público, o que nos permite também afirmar: na origem e exercício da soberania pelo comando do Estado.

É a soberania, conforme se apreende, um dos mecanismos de legitimação do poder. JEAN BODIN, em sua obra *A República*, ao tratar do princípio

da legitimidade, localiza-o em primeiro lugar na ordem familiar do Estado — ou seja — “a autoridade soberana recorre ao pai de família, à obediência e respeito quase sagrados ao pai, e ele mesmo representa Deus. A soberania seria ampla e perpétua”.

Muito comum entre as correntes de teorizadores católicos, a soberania nacional, *da qual o povo é o titular*, confunde-se com a “verdadeira dádiva divina”, no desenvolvimento axiológico de que todo o poder emana do Alto.

JOÃO ARRUDA explicita que se deu na Idade Média, pela primeira vez, a discussão em torno da legitimidade do poder. O próprio SANTO TOMÁS fez digressões sobre a ilegitimidade do poder tirânico e a legitimidade da sedição (*Do Regime Democrático*, Biblioteca Pensamento Republicano — vol. 18).

Assim posto, soberania e legitimidade caminham harmonicamente, no mesmo compasso da evolução histórica do Ocidente.

Sem pretender esgotar o tema da legitimidade do poder, porquanto sua discussão existe desde que o Estado moderno se implantou, seria imperdoável ignorar a contribuição posta por MAX WEBER, consubstanciada na sua chamada tipologia descritiva. WEBER submete o sistema da autoridade (o poder) a três formas de legitimação: a) *legal* ou de caráter racional, que tem como fundamento a crença na validade da legalidade dos regulamentos estabelecidos e na legitimidade dos chefes designados de acordo com a lei; b) *tradicional* (consuetudinária), que se ampara na santidade (deificação) das tradições em vigor e na legitimidade daqueles que são chamados ao poder em virtude do costume; c) *carismática*, baseada na submissão dos membros ao valor pessoal de um homem que se distingue pelas qualidades morais.

O próprio WEBER manifestou que o método proposto não resiste à comprovação científica ou histórica, situando-se ao nível abstrato, em estado puro e ideal.

Invariável e dominante, pode-se afirmar até este ponto, o fato de que a abordagem do caráter de legitimidade pela ciência política, se faz dentro dos parâmetros da origem consensual do poder e, por isso mesmo, vinculada à forma democrática de governo.

Mesmo HEGEL que, ao longo de suas premissas dialéticas, não distingue campos para a ação da legitimidade em relação ao poder (entende que aquela é intrínseca a este), identifica que o conceito de legitimidade vincula-se de modo inexorável ao princípio da fórmula consensual.

Seria o caso, então, de questionarmos: Como determinados golpes de Estado se consolidam por razoável espaço de tempo, independentemente da via do consenso popular? Napoleão, por exemplo, consolidou o seu regi-

me pela legitimidade da usurpação do poder que se operou por seu intermédio. O Xá Pahlevi era o herdeiro legítimo da dinastia nascida da usurpação do poder.

HANS Kelsen responder-nos-ia, sem vacilar, apoiando-se nos fundamentos da teoria pura, que a legitimidade encontra vínculos diretos com a eficácia. Ou seja, a permanência do poder tem relação íntima com o processo intrínseco da ação governamental que se protege através da via legal, nascida e conquistada nos foros da representação popular (o Congresso), também a ele submetido.

Lembremos que, em 1964, os militares, logo que assumiram o controle do governo, buscaram legalizar o golpe instaurado por meio de atos baixados pelos titulares que ascenderam à condição de autoridade. Não se descuidaram do aspecto da legitimidade dos poderes de que a Revolução passaria a estar investida. Assim ficou textualizado no preâmbulo ao Ato Institucional nº 1, de 1964:

"A revolução vitoriosa se investe do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como o Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória (...). Fica, assim, bem claro que a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato Institucional resultado do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções, a sua legitimação."

Não se enganara OLIVEIRA VIANNA quando afirmava que o povo brasileiro sempre foi muito reverente com o poder estatal.

Houve quem já afirmasse que cada povo, em cada momento da história, tem sua concepção de poder e de Estado. Desse binômio decorre conseqüentemente a concepção básica da democracia e sua principal componente: a justiça.

Alguns teóricos consideram para a questão formulada o estágio de cultura do povo submetido a um poder. Se bem que casos há que contrariam a lógica natural dos fatos, ou seja, o raciocínio baseado nos chamados "requisitos culturais prévios para que uma democracia funcione com sucesso", segundo o valioso ensaio de SEYMOUR MARTIN LIPSET (tradução de Delauro Baumgratz — in *Rev. Brasileira de Estudos Políticos* — nº 13, jan., 1962).

Entre os casos divergentes a que se reporta o consagrado teórico, cita o da Alemanha, "exemplo de uma nação em que as mudanças estruturais

— industrialização crescente, urbanização, riqueza e educação — favoreceriam o estabelecimento de um sistema democrático, no qual, entretanto, uma série de fatores históricos adversos impediam a democracia de firmar legitimidade aos olhos de muitos e importantes segmentos da sociedade e, assim, enfraqueciam a capacidade da democracia alemã de resistir à crise”.

Um nítido vínculo de complementaridade mantém *legitimidade* e *legalidade* próximas à garantia da autoridade e à realização do poder. Uma, porém, não se esgota na capacidade de exercício da outra. Não se diluem (RAYMUNDO FAORO), não se misturam. Trabalham em solos de cultura diversos. A legitimidade é a garantia da vigilante disposição de resistência às eventuais ameaças de um legalismo (poder das leis) que negue os fundamentos da democracia.

5. O QUE É JUSTO?

Centrada na obra *O Que é Justiça*, de JÚLIO CÉSAR TADEU BARBOSA, que integra a *Coleção Primeiros Passos*, da Editora Brasiliense, nossa discussão gravita basicamente em torno dos aspectos que caracterizam a difícil jornada da civilização pela afirmação, pela realização da paz e a promoção do progresso.

Muito mais presente em múltiplos exemplos, a injustiça (assim como a desigualdade) garante ao autor o suporte fático causal para discorrer mais à vontade (sem preocupação conceitual) sobre os direitos da pessoa, perante a farsa da democracia reduzida ao formalismo das leis.

Sem qualquer pretensão de complementar a obra de TADEU BARBOSA (que dispensa considerações elogiosas à excelência da pesquisa e invulgar fluência discursiva), mas, particularmente, em atenção à proposta de associação da resenha à visão comparada dos grandes sistemas de direito, desenvolvida no fabuloso compêndio de RENÉ DAVID, a segunda parte deste estudo tenta identificar as relações subjacentes ao sistema jurídico vigente, em conformidade com os antecedentes históricos e culturais que confirmam a chamada família romano-germânica.

No momento em que a sociedade brasileira experimenta impressionante transição para um estágio político que desejaríamos ver fortalecido pela legitimidade do poder e pelo primado da lei justa, entendemos que, de alguma forma, as deficiências consentidas pela ausência de um “sopro dialético” (LYRA FILHO) possivelmente haverão de suprir a incomensurável lacuna da problematização dos fatos de que também somos responsáveis.

Mais que um anseio, a justiça representa “une condition du progrès” (ADOLPHE PRINS) e o fundamento para a garantia da liberdade, em todas as suas formas de expressão. Justiça que supera os limites da letra de lei, reconhecendo o direito, segundo defendeu o mestre JOÃO MANGABEIRA,

como "o equilíbrio de forças que se chocam, o princípio que estabelece a harmonia no conflito dos interesses humanos, a síntese que permite à sociedade resolver as contradições que a sobressaltam e a dividem".

6. A JUSTIÇA E O ESTADO

"Pode-se dizer com segurança que o interesse primordial do homem sobre a Terra é a justiça."

Incisivo e sonoro — este o sinal de partida com que JÚLIO TADEU BARBOSA nos introduz no aprofundado e bem dirigido percurso, rumo a paragens históricas, filosóficas, políticas e sociológicas, por entre campos e cidadelas onde o conhecimento aflora sensível à indagação e luxuriante em diversidade de formas e origens.

Seu programa de trabalho: sondar e trazer à discussão elementos de análises "tentando chegar não a uma definição ou um conceito, mas à idéia do que seja justiça", segundo palavras textuais.

Oferecendo uma seqüência lógico-discursiva ao tratamento do tema, TADEU BARBOSA adverte o leitor para o fato de que não teve a preocupação de trabalhar a idéia de justiça vinculada ao conceito jurídico, mesmo porque norteia sua pesquisa à sombra dos filósofos "que mais influenciaram suas sociedades, seja em suas épocas ou ulteriormente."

Apesar da referida observação, que constatamos verdadeira e inteiramente validada, pela amplitude do propósito em causa, a obra de TADEU BARBOSA ajusta-se rigorosamente ao padrão da abordagem que dirige nosso intento de colher impressões fundamentais quanto a problemas concretos no campo do direito e das leis, em relação ao fenômeno da intencional participação do Estado na administração da justiça. Neste ponto, identificaremos o momento do veículo ideal (o gancho) que nos permite "atrelar" a coleta analítica desses valiosos dados de informação ao extraordinário comboio dos elementos de pesquisas que *Les Grands Systèmes*, de RENÉ DAVID, expressa ser em seu monumental arcabouço compilatório voltado entusiasticamente para a investigação comparativa dos diversos direitos nacionais.

Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo é o que se poderia afirmar incomparável obra de fôlego. Dedicar-nos-emos especificamente à sua apresentação no item 13 deste trabalho, quando então será buscado consolidar a pretensão de acompanhar a presença do ideal de justiça e suas diferentes formas de realização através das consagradas famílias de direito que estratificam e confirmam os grandes sistemas contemporâneos de organização do direito.

Cabe-nos, nesta fase inicial, perquirir a proposta de TADEU BARBOSA, no entendimento de que, mesmo descomprometido com a ótica meramente jurídica, do comportamento reflexivo emprestado ao texto emerge transpa-

rente em todos os momentos da obra, imponente pano de fundo a compor toda a órbita cênica do movimento discursivo, como que buscando delimitar fronteiras e estabelecer contornos ao questionamento hermenêutico da tese humanística quanto ao valor da justiça.

Sem se deter no caráter da ontogênese, a obra deixa fluir suavemente, por entre múltiplas esferas da prática reflexiva, o caráter crítico da elaboração intelectual que persegue, ao longo dos nove capítulos, o amparo de noções de ordem histórica, filosófica e política para alcançar, no lastro do esforço integrativo, esboço da pretendida idéia de justiça, como “ideal supremo, a virtude primeira de qualquer sociedade, em qualquer época”.

O enfoque epistemológico de que se vê impregnado nosso estudo, dirige-nos forçosamente para o estabelecimento de um critério particular de análise da obra *O Que é Justiça*, que escolhemos angulado pelas idéias tônicas emanadas do seu texto e de cuja identificação passaremos, de imediato, ao registro:

“Não se pode negar que dentro de cada pessoa há uma medida informal capaz de discernir quanto àquilo que seja justo ou injusto. Na realidade esta capacidade que temos é muito complexa. Para percebermos isso, basta verificar a alta variedade e infinidade de julgamentos que normalmente fazemos. Frases do tipo o sistema é injusto, os pobres não têm acesso à justiça ou uma injustiça, o salário mínimo, além do clássico e repetido “a Justiça é cega”, são exemplos de alguns dos juízos que costumeiramente fazemos” (TADEU BARBOSA, *op. cit.* p. 13).

“Sem intenção dogmática, possivelmente ilustrativa, dois postulados gregos são trazidos à questão: primeiro, que as próprias ações do governo devem ser justas; segundo, que as instituições governamentais, como os tribunais, devem garantir a manutenção da justiça” (TADEU BARBOSA, *op. cit.* p. 16).

Opera-se, neste exato ponto, a intervenção do pensamento crítico quanto à definição qualitativa desse valor justiça. A que justiça se referem os filósofos gregos: à justiça contida na lei (ínsita à legalidade reinante) ou à justiça fundamentada no direito ideal?

Certo é que a história nos revela, através da longa experiência acumulada pelos povos, que a idéia de justiça defendida e praticada pelas classes dirigentes não se confunde nem interpreta o ideal de justiça aspirado pelas classes dominadas.

Afirma TADEU BARBOSA que “tais idéias, ao mesmo tempo que são decorrentes da situação de classe, fornecem às diversas classes sociais antagônicas as justificativas para o seu comportamento e posicionamento sociais em torno dos quais gira a concepção ideológica” (*op. cit.*, p. 17).

Muito a propósito da questão ideológica, o Prof. LYRA FILHO, em seu *O Que é Direito* detém-se enfaticamente no desenvolvimento do pretenso mito de neutralidade de que se vale a ideologia positiva quando sustenta que “o direito é apenas uma técnica de organizar a força do poder”, desmascarando a intenção e a “teimosia” kelseniana de justificar a força “enquanto monopólio da comunidade” e dirigida à realização da “paz social”. Concluimos com LYRA FILHO que, nesse caso “paz social” (e o ideal da justiça, completariamos) seria a ordem estabelecida, só que “em proveito dos dominadores e tentando disfarçar a luta de classes e grupos” (LYRA FILHO, *O Que é Direito*, p. 50).

Inúmeros são os exemplos flagrantes do quanto a ordem estabelecida muito distante se mantém do ideal de justiça: a quota de contribuição previdenciária cobrada dos assalariados em favor de um sistema praticamente falido, assim como as leis tributárias que sugam aos Estados e Municípios recursos de capital importância para seu desenvolvimento integram o amplo e difuso universo de disposições legais soberanamente impostas em nome do ideal da justiça social.

Entendemos que a “relação homem-direito não escapa ao diálogo mais elementar sobre os fundamentos ideais por uma sociedade mais justa” (E. ROMARIZ, *Por um Direito Justo*, p. 3), podemos compreender a face ontológica da luta que reclama por leis elaboradas em consonância com os anseios populares, com as aspirações de progresso comum, leis para serem cumpridas pelo Estado, por seus dependentes e por todos os cidadãos, leis que garantam os direitos fundamentais da pessoa humana.

Nunca será demais retomar-se a palavra autorizada do eminente mestre Professor JOÃO MANGABEIRA ao proclamar a superação da tese kelseniana da identificação recíproca entre direito e Estado, advertindo-nos que “o Estado não é um fim em si mesmo, mas apenas um meio, uma organização social, e por isto mesmo, submetido ao direito” (*Oração dos Bacharelados*).

7. A IGUALDADE FORMAL DA JUSTIÇA

Trata-se do princípio defendido por KARL POPPER que decorre notadamente da declarada linha neopositivista de pensamento e que trouxe conhecida contribuição filosófica à discussão. Para ele a lei garantiria a igualdade formal (a justiça, no conceito positivista) se observasse:

- a igual distribuição de ônus da cidadania e dos benefícios;
- o tratamento igual aos cidadãos perante a lei;
- a imparcialidade das cortes de justiça.

Sob a égide da redução da idéia de justiça aos limites da lei, a formulação positivista fez estagnar não apenas a perspectiva da realização da justiça, como ainda fez submeter e subverter o conceito de direito à

noção de Estado, na medida em que este detém o poder e a autoridade de ditar as leis.

Lembra-nos DALMO DALLARI que “na realidade, o direito usado para dominação e injustiça é um direito ilegítimo, um falso direito” (*O Que São Direitos da Pessoa*, p. 15).

Retomamos, por oportuno, a assertiva de que “admitida sem mascaramento pelos próprios positivistas, a ciência do direito é o saber dos dogmas estatais que, se rebelando contra as dogmáticas eclesiásticas e feudalistas, houve por “honrar” o papel independente do Estado em face das matérias ideológicas que alienam a expressão e a liberdade do governo” (E. ROMANIZ, *op. cit.*, p. 4).

Ou, ainda: “o primado da lei no direito ocidental vem a ser o fenómeno asfíxiante do legalismo submetido ao “estatismo” do direito, cujos efeitos teratogênicos lastreariam a proliferação incontida e diversificada do processo legislativo contemporâneo” (*idem*, pp. 3/4).

Acrescentamos, a título de esclarecimento, que, se julgamos atitude “sem máscara” aquela dos que professam a tese positivista, encorajando o Estado à responsabilidade cada vez mais ampla sobre “os interesses de paz e justiça”, é porque identificamos, anterior à prática e aos postulados teóricos assim consolidados, uma arena de lutas e tramas que remonta histórica e geograficamente à base da origem e da formação do sistema de direito contemporâneo europeu.

Admitimos o quanto difícil se torna reformular a ótica da apreciação crítica que desvia, do próprio direito positivo, e de seus seguidores, o vetor da condenação dos princípios artificiosos de que se vale.

Nossa tentativa tenta aproximar-se à de um inevitável “corte transversal” (epistemológico ou, ainda, dialético, como alguns poderiam até identificá-lo) de superar a tendência “intelectualista” muito comum de desconhecer que, por trás de toda essa ampla estrutura cênica do poder estatal, a ordem (tão exaltada pela ideologia positivista como pela naturalista) veio a assumir o estratégico papel de ilustre protagonista no complexo palco das ações jurídicas, por força, determinação e interesse dos traços da cultura européia, que respondem pelas consagradas linhas de direito consolidadas nas famílias romano-germânicas, da *common-law* e do direito socialista.

Mesmo consciente dos fantasmas e das ciladas ideológicas, armados pelo próprio sistema para neutralizar os processos de contestação, a práxis libertadora admite correr o risco de não encontrar saída nem resposta para seus permanentes reclamos, uma vez que os elementos formais da cultura em questão se enclausuram, reduzindo ao próprio sistema ordenador de valores as alternativas de profundas modificações para a prática da justiça.

Quem desconhece que “a burguesia chegou ao poder desfraldando a bandeira ideológica do direito natural – com fundamento acima das leis – e, tendo conquistado o que pretendia, trocou de doutrina, passando a defender o positivismo jurídico (em substância, a ideologia da ordem assente?)” (LYRA FILHO, *op. cit.*, p. 31).

Apesar do desafio, mas sobretudo, por causa dele, nada nos impede de vislumbrar que, dentro do nosso universo fechado de opções, “a positividade do direito não conduz fatalmente ao positivismo e que o direito justo integra a dialética jurídica, sem voar para nuvens metafísicas, isto é, sem desligar-se das lutas sociais, no seu desenvolvimento histórico, espoliados e oprimidos, de um lado, e espoliadores e opressores, de outro” (LYRA FILHO, *op. cit.*, p. 35).

8. LEI E JUSTIÇA

É justamente à luz deste enfoque que TADEU BARBOSA desenvolve a sustentação crítica contrária à *redução do objeto da justiça à lei*, sugerindo as seguintes questões quanto ao formalismo proposto pela teoria de KARL POPPER (*op. cit.*, p. 19):

1) As desigualdades decorrentes da própria divisão social do trabalho devem ser tratadas como iguais perante a lei?

2) O fato de ser dado a todos um tratamento igual não é por si só intrinsecamente injusto?

Por oportuno, retomamos aqui a célebre *Oração aos Bacharelados*, de JOÃO MANGABEIRA, em que defende que “a regra de justiça deve ser: a cada um segundo o seu trabalho, como na sentença de São Paulo, na carta aos Tessalonicenses, enquanto não se atinge o princípio de “a cada um segundo a sua necessidade”. Esclarecendo que todos os passos da civilização resultam de um processo integrado no qual cada cidadão deixa para o outro o legado de uma descoberta a ser aperfeiçoada, o mestre MANGABEIRA manifesta sua profunda indignação ao denunciar a extrema subversão desse processo em favor do poder capitalista que detém todo “o lucro resultante da exploração, por exemplo, do invento de Marconi e Brandy, que nada teriam inventado se Hertz não tivesse inventado a onda eletromagnética, o qual nada teria descoberto se Maxwell não houvesse formulado as equações com que revolucionou a física”.

3) Certas minorias sociais ou raciais não devem ter tratamento desigual e, por isso, mais justo (por exemplo, as crianças, os idosos, as mulheres grávidas etc.)?

Incorrendo na aparente defesa da justiça, o princípio romano *jus suum cuique tribuere* longe se encontra de fortalecer o direito dos mais fracos, havendo por servir notadamente aos interesses das elites governantes e das classes economicamente influentes. “Aplicada em toda a sua inteireza

— reforça JOÃO MANGABEIRA —, a velha norma é o símbolo da descaridade, num mundo de espoliadores e espoliados”. (...) “É um dos dogmas do que Arnoldo chama “a religião da desigualdade”.

4) Como as classes economicamente desprivilegiadas — formalmente iguais, mas concretamente diferentes — teriam acesso à justiça? E este problema, longe de ser um mera formulação teórica, é um dos mais graves que ocorrem na administração da justiça pelo Estado.

Uma última questão, a de número cinco, vem reabrir a tradicional discussão em torno do que vem a ser *lei justa*. Mais adiante deter-no-emos especificamente neste aspecto.

9. A JUSTIÇA COMO FIM DA ORDEM SOCIAL

Reafirmando a convicção de que a justiça deve ser o objeto, a razão de ser das instituições sociais, aponta-nos, entretanto, a própria evolução das condições em que o homem vive, independentemente do sistema a que se encontra incorporado, que a civilização planetária longe está de atingir as vias de acesso para a efetiva concretização daquele fim: a ordem justa.

O que restar-nos-ia afirmar quanto à relação *justiça/ordem social*?

Discorrendo em torno do que o Estado Moderno pretendeu arquitetar como solene aparato “garantidor da justiça”, TADEU BARBOSA faz menção às funções atribuídas às chamadas injustiças formais:

— justiça política ou constitucional (a que diz respeito à essência do Estado);

— justiça administrativa (a que protege os atos do Estado);

— justiça tributária (que em lugar de proteger os assalariados contra a incidência dos impostos, defende a capitalização dos cofres públicos);

— justiça judiciária (a justiça no sentido amplo dos tribunais);

— (in) justiça previdenciária (a que deveria proteger a saúde e a integridade física e moral dos cidadãos);

— justiça econômica (a que regulamenta a distribuição e o consumo dos bens, a propriedade e controle dos meios de produção e a propriedade em geral, bem como a sua utilização);

— justiça educacional e cultural (a que protege o direito à educação e à instrução);

— justiça profissional (a que regulamenta e protege o exercício das profissões);

— justiça sindical (a que protege as relações entre trabalhadores e patrões);

— justiça penal (a destinada a reparar os danos causados a outrem);

— e a justiça internacional (em se tratando do plano das relações externas). Relativamente a esta TADEU BARBOSA reserva, bem mais adiante, capítulo especial, em que desmistifica o plano “das sofisticadas formas de dominação à distância”.

A sistemática da abrangência da ordem social se oferece tão ampla quanto avassalador se manifesta o controle do Estado sobre a vida (e a morte) de seus cidadãos. É o caso de citarmos o Código Penal sueco que pune com rigor a tentativa da prática de suicídio. No Brasil, o mesmo só não ocorre em virtude da ampla aceitação do pensamento manifesto pelo Professor NELSON HUNGRIA para quem, apesar de a vida ser propriedade do Estado (é do interesse do Estado garantir sua proteção), aquele que chega ao desespero de atentar contra ela deve ser poupado de maior sofrimento e humilhação, não devendo ser objeto de processo de punição.

10. JUSTIÇA X DOMINAÇÃO

Estabelece TADEU BARBOSA uma espécie de taxinomia pedagógica para didatizar aspectos que, na verdade, fluem simultânea e livremente na ordem prática do fazer cotidiano. Em dois grandes aspectos, visualiza a justiça:

1 — o aspecto dos valores éticos, culturais e morais;

2 — o aspecto dos direitos, ou seja, os sistemas sociais e as instituições, os direitos individuais, a ordem jurídica da sociedade (as leis internas) e a ordem internacional (leis internacionais e as relações entre as diferentes nações).

Quer-nos parecer que, desafiando o risco da simplificação do fenômeno, então reduzido a itens e subitens, TADEU BARBOSA esboça ao leitor a visão disciplinada do arranjo codificado a que a justiça foi parametrizada no curso da história da civilização. Assim é que, na medida em que as pretensões (e os *mores*) não foram atendidas, a justiça se tornou “um dos fermentadores das incessantes transformações sociais”... (*op. cit.*, p. 29).

Ao discorrer sobre o exemplo da censura e o papel de dominação que sua prática muito recentemente representou, fazendo instaurar e disseminar ações reacionárias catalizadoras da indignação perante o envelhecimento do sistema do controle governamental, TADEU BARBOSA dá-nos eficiente sustentação quanto à discussão de que “o fenômeno da submissão ao Estado de direito estatal é conduzido pacificamente na medida em que os ideais de justiça não forem subestimados” (E. ROMARIZ, *op. cit.* p. 11).

Nesse ponto, ainda, identificamos o pensamento de WILLIAM GRAHAM SUMNER, citado pelo sociólogo DONALD PERSON (in *Teoria e Pesquisa em Sociologia* — Aula inaugural da Escola de Sociologia e Política de São Paulo, em março de 1940) sobre o papel dominante que os *mores* exercem na conduta humana, de modo a estabelecer força de coerção sobre o indivíduo. Mesmo não expressos em norma de direito, os *mores*,

muito além dos hábitos de um grupo (os *folkways*), atuam pela inabalável convicção coletiva de que um determinado hábito se transformou em regra passível de punição (andar nu, por exemplo). Assim, por extensão ao ordenamento jurídico e à legitimidade de que devem se valer as inspirações normativas, assiste razão à assertiva de SUMNER de que “a legislação deve procurar base firme nos *mores* existentes”. Ou, ainda: “É fácil de se verificar se a lei, para ser forte, deve concordar com os *mores* (...). Mas, nem o rei ou “chefe” político, nem a maioria política alcançarão êxito durável se desafiam, por longo tempo, os *mores* do povo em apreço (...); é necessário que os regulamentos *concordem com os mores*, de modo que o público não os julgue injustos e demasiadamente severos” (*op. cit.*, pp. 290/291).

Entretanto, a bem da verdade, conforme ressalta, com lucidez e propriedade, o Professor LYRA FILHO, o primado da lei na sociedade ocidental se manifesta tão basilarmente arraigado, que o direito não hesita em captar para si, para a esfera ciclópica de seu domínio, a possibilidade da manifestação da espontaneidade dos costumes principais, os chamados *mores* — “estes *mores* são sempre os da classe e grupos dominantes, mascarados pelo historicismo positivista sob o rótulo de produtos do “espírito do povo” (*op. cit.*, p. 41). Em nome da “vontade e do anseio popular”, as leis são elaboradas, sancionadas, aplicadas, sem que se intensifique fundamento de validade neste “aperfeiçoamento” das relações sociais de produção e trabalho.

Se buscarmos coerência das ações, lá estará ela, sorridente e esperta ao nível da dominação e dos interesses do Estado.

É desta (in) coerência que nos fala JEAN-BAPTISTE SAY: “a conservação da ordem não deve servir de pretexto aos abusos do poder, nem deve a subordinação fazer nascer o privilégio”.

O abuso gera a desestabilização social. Mesmo reprimida pelo império da lei do Estado, a idéia de justiça social que constitui a essência da ideologia das revoluções (das transformações sociais) desafia a tirania do poder, enfrentando o monstruoso “dragão da maldade”.

Como falar se de uma sociedade justa quando as liberdades de cidadania se “amoldam” a situações forjadas pelo próprio instrumento da lei? Caso típico é o tratamento dado aos silvícolas, vítimas dos interesses econômicos e políticos do homem “civilizado”. O disposto no art. 198 da Constituição federal, quanto à inalienabilidade das terras habitadas pelos silvícolas, jamais conseguiu impedir ou neutralizar as injustiças que contra sua cultura são cometidas.

Exemplo flagrante característico da lei não cumprida é a que regula o salário mínimo. O Governo, ao estipular o valor do salário mínimo, não atende ao determinado em lei quanto às condições de o trabalhador manter-se e à sua família.

11. O ESTADO DE DIREITO E A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Representa “um avanço significativo sobre uma ordem autoritária, freqüentemente casuística, não democrática e invariavelmente injusta”. Acrescenta, ainda, TADEU BARBOSA ao conceito: “A idéia de Estado de direito requer que as leis sejam elaboradas de uma maneira tal que as pessoas tenham motivo para concordar com elas, e isto pressupõe que todos participem do seu processo de elaboração, mesmo que indiferentemente” (*op. cit.*, p. 55).

Mesmo definida ao Poder Legislativo a função elaborativa das leis, os demais Poderes dela participam alimentando avidamente o já intenso processo de regular as ações múltiplas da sociedade.

Uma outra face da questão revela-nos TADEU BARBOSA, quanto aos profundos reflexos que se fazem sentir na administração da justiça pelo Estado: “o aviltamento dos níveis de ensino — fenômeno que não se restringe ao ensino de direito — gerando advogados, juizes e promotores com formação deficiente”.

A qualificação profissional (intelectual e moral) de nossos juizes, promotores públicos e advogados, justapõe-se o desafio do anormal funcionamento do órgão do Poder Judiciário, em geral: a grande queixa quanto à morosidade.

Objeta TADEU BARBOSA, que o “Poder Judiciário é o menos culpado pelo seu emperramento. Não participando do processo de elaboração das leis que o regulamentam, ficando à margem do processo decisório, sequer decidindo qual sua verba orçamentária, o Judiciário é o último dos culpados” (*ob. cit.*, p. 59).

A complementar o aspecto das falhas relativas à administração da justiça, TADEU BARBOSA não olvidou o aspecto de *acesso*. Ou seja, a discriminação, a eletividade do sistema. “Normalmente ela (a justiça) se polariza sobre os feitos que considera de maior importância, segundo critérios relativos, relegando a um plano inferior os pequenos direitos, esquecendo-se que eles podem ser vitais para os mais humildes, deixando-os, na prática, sem qualquer proteção” (*op. cit.*, p. 60).

Parafraseando um juiz do Rio de Janeiro, já é comum afirmar-se que as prisões, no Brasil, são feitas predominantemente para os pretos e para os pobres. A ampliar a imagem, temos que estudos dirigidos à questão do sistema penitenciário, por sua vez, denunciam (como o fez o professor PAULO SÉRGIO PINHEIRO, quanto à violência institucionalizada contra as classes populares) que no Brasil a polícia, a lei e a justiça (aqui, no sentido jurisdicional) se detêm na opção preferencial pelos pobres: “as classes trabalhadoras e desempregadas compõem a população das prisões”.

A pena de morte como “instrumento eficaz” para fazer valer a justiça constitui-se em tese perigosamente dominante no seio de uma sociedade que não se deu conta de que a criminalidade nada mais é senão o efeito social devastador decorrente do fracasso das políticas públicas de recessão que historicamente condenam as camadas menos favorecidas da população à pobreza mais absoluta.

A administração da justiça pelo Estado somente será viável quando privilegiar os aspectos sociais em sua inteireza — ou seja — quando conseguir escapar à restrita observância da legalidade: “A realização de justiça impõe a cada um a participação ativa na construção da sociedade que se traduz, no plano político, na elaboração das leis (...), mas a luta pela justiça pode exigir que se ultrapasse a ordem estabelecida (...) em conformidade com os princípios mais elevados da própria justiça”.

A greve é, por sinal, uma manifestação exata do reconhecimento coletivo de que é imperativo abolir a lei injusta. “Os direitos fundamentais do homem estão acima das leis, dos governos e dos Estados, e uma ordem jurídica justa é construída a partir deles, incorporando-os” (TÁDEU BARBOSA, *op. cit.*).

12. DEMOCRACIA E ORDEM JUSTA

Utópico ou não, certo é para TÁDEU BARBOSA que o ideal por uma sociedade justa deve mobilizar as forças sociais e servir de referencial para a convergência de vontades em favor da construção democrática.

Realizar a justiça é colocar em prática os princípios de liberdade e democracia.

“Mas, qual democracia?” — avança TÁDEU BARBOSA, ao tempo em que repudia o formalismo das leis e o império da burocracia. Defende a democracia econômica, a democracia da informação, a democracia política, onde haja alternância no poder, onde “as leis sejam elaboradas de acordo com as necessidades da população, sejam cumpridas por todos e garantam os direitos fundamentais da pessoa humana” (*op. cit.*, p. 100).

13. A JUSTIÇA E OS GRANDES SISTEMAS DE DIREITO

O estudo desenvolvido por RENÉ DAVID sobre os grandes sistemas de direito fundamenta-se organicamente no dado descritivo comparado das diferentes formas de consolidação dos preceitos jurídicos por diversas nações do Planeta, expressando, em última análise, as múltiplas variações da busca universal pela realização do princípio da justiça.

Em nota prévia à 1ª edição, ficou necessariamente assentado e esclarecido que o direito comparado visa, “não decerto à unificação do direito, mas à universalização da ciência jurídica”.

Relevante reconhecer, no impressionante acervo de informações que a obra encerra, não apenas a “confrontação dos sistemas jurídicos nacionais (...)”, mas o instrumento e o caminho de descoberta de valores essenciais à realização, em cada Estado, de uma autêntica *comunidade de justiça*: essenciais à construção da sociedade moderna numa base e com um sentido verdadeiramente humanista” (*Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*, p. 140).

Basicamente vigente ao longo de toda a exposição (podemos assegurar) a preocupação permanente do percurso discursivo de RENÉ DAVID repousa na comprovação de que, independentemente dos métodos ou critérios para o controle interno da conduta, o direito nacional sempre reflete a manifestação concreta do domínio por uma determinada classe, cuja expressão de força submete as demais, utilizando invariavelmente para tal a justificativa do “bem comum”, seja pelo argumento da ordem divina ou do valor da tradição, seja pelo do ideal de justiça.

No caso particular do universo jurídico brasileiro, em que o padrão de justiça sempre se viu profundamente subvertido pela ação degenerativa de interesses elitistas, torna-se notadamente imperativo identificar formas correlatas de processos, mesmo que patrocinadas por culturas de diferentes raízes, mas que, ao final, denunciam conteúdos e condicionamentos senão semelhantes, possivelmente aproximados.

Considerando as cinco diferentes famílias de direito, temos que o nosso caso situa-se especificamente na família romano-germânica: a que tem como base o direito romano, estabelecendo as regras de direito como regra de conduta, “estritamente ligadas à preocupação de justiça e moral” (*op. cit.*, p. 45).

As demais famílias de direito são: as da *common law* (na Inglaterra e nos Estados Unidos), a do direito socialista (na Rússia e os chamados países “satélites”), as dos direitos religiosos e tradicionais da África e da Ásia (muçulmano, hindu, japonês, malgache, africanos) e o direito chinês.

Tendo por berço a cultura européia, tanto a família romano-germânica como a da *common law* e a do direito socialista, apesar da diversidade dos aspectos conceituais, fundam-se originária e estruturalmente no caráter da *racionalidade*, do *empirismo*, da *cientificidade*, voltadas para a determinação, a codificação das regras de conduta e para a axiologia de valores inerentes à natureza dogmática das razões históricas, invocadas como suporte legítimo. A regra de direito, com caráter mais preservativo do que restaurador, surgiu não por ordem de poder político, mas sim pela determinação cultural.

Afirma RENÉ DAVID que as famílias romano-germânicas, da *common law* e do direito socialista “dividem entre si o mundo atual; não existe, por assim dizer, neste mundo, nenhum direito que não tenha tirado, a uma ou outra destas famílias, alguns de seus elementos, e a muitos parece

que todos os outros sistemas constituem simples sobrevivências destinadas a desaparecer num futuro mais ou menos próximo, com o progresso da civilização” (*op. cit.*, p. 50).

Segundo as lentes do jurista ocidental, o mundo muçulmano, a Índia, a África e o Extremo-Oriente oferecem estranhos matizes que se opõem à sistematização preconizada pelo chamado direito ocidental. Assim, para os chineses, o direito é “instrumento de arbitrariedade e fator de desordem (...), o cidadão deve viver de maneira que exclua toda a reivindicação dos seus direitos e todo o recurso à justiça dos tribunais (...); a conduta de cada um deve ser dominada continuamente, fora de qualquer consideração jurídica, pela procura da harmonia e da paz. A conciliação tem mais valor do que a justiça; a mediação deve servir para dissolver os conflitos, mais do que o direito para os resolver”.

Tendo por premissa as características que enquadram o direito brasileiro na família romano-germânica, cumpre necessariamente identificar os vínculos de formação cultural que confirmam a validade da afirmação.

De início, temos em mente que a família do direito romano-germânica, ao ultrapassar as fronteiras do antigo Império romano, alcançou a América Latina, grande extensão da África, os países do Oriente-Próximo, o Japão e a Indonésia. As relações de mercado aceleraram o processo da expansão que teve na *codificação* a principal técnica para recepção do novo corpo jurídico pelos povos colonizados.

Da Antigüidade à Idade Média, a Europa apresenta contornos singulares de sistemas de direito. O Império romano consolidou o gênio de uma estrutura sólida e estratificante. Com a invasão dos bárbaros, a Europa passa a viver sob a égide de diferentes direitos, segundo as leis próprias das diversas tribos. Com o tempo, transformam-se em costumes territoriais, ou seja, a transição para o feudalismo nascente. Não havendo tribunais, vigora a lei do mais forte. “Os tribunais aparecem pela primeira vez numa sociedade quando esta estende seu controle, além da comunidade local, às regiões onde os seus *mores* não tenham achado a aceitação e o apego desejado” (DONALD PERSON, *op. cit.*, p. 292).

Acentue-se que a “lei romana era a corporificação dos *mores* do povo romano que, evidentemente, eram diferentes dos *mores* dos demais povos (...). Por exemplo, nunca (os romanos) foram capazes de extinguir os sacrifícios de crianças entre os cartagineses” (*idem*, p. 290).

Somente, então, podemos apreender por que DONALD PERSON insiste em vincular direito a *mores*: “as leis são esforços para enquadrar esta idéia de uma maneira suficientemente geral que possa ser aplicada a novas situações”. A intenção de associar e identificar o conceito de direito à noção de justiça nasce provavelmente desse esforço. Um esforço que não consegue desvincular-se das malhas pegajosas da teia positivista. A noção de justiça embutida na pseudoliberalidade de despir-se de normas

extra-códigos vem a ser uma das faces do modo de ser positivista tida como a de linha historicista. "O positivismo historicista prefere voltar-se para as cristalizações institucionais pré-legislativas; mergulha nas normas sociais de menor grau de formalização, as normas não escritas, não codificadas em documentos oficiais e consideradas como uma espécie de produto espontâneo do "espírito do povo". Este fantasma utilíssimo, todavia, e não por mera coincidência, atribui ao povo o que estabelecem os mores da classe e grupos dominantes (LYRA FILHO, in *Razões de Defesa do Direito*, p. 18. O grifo é nosso).

Quer identificado na *performance* historicista, quer na sociologista, na psicologista ou, ainda, no seu modo de ser originário, o de cunho lógico ou legalista, não há como a tese positivista escapar ao caráter (quase sempre escamoteado) da ordem imposta pelos grupos do poder.

Tendo à frente a marca estratificante do Estado, as sociedades modernas consagraram o império da lei e fizeram gerar os problemas endócrinos da aplicação do direito.

A análise do percurso reflexivo da obra de TADEU BARBOSA bem nos revela o quadro caótico do domínio legalista em face das ecoantes contradições econômicas e sociais decorrentes das profundas incoerências do sistema jurídico.

As contradições remontam aos antecedentes históricos e constituem a raiz da cultura da civilização européia.

RENÉ DAVID, em sua obra clássica, conceitua o sistema romano-germânico, do qual fazemos parte, como "um monumento, edificado por uma ciência européia, que visa, ao fornecer quadros aos juristas, um vocabulário, métodos, a orientá-los na procura de soluções de justiça (...). Nas suas Escolas de direito procura-se descobrir, com auxílio dos textos romanos, as regras mais justas, as regras conformes a uma ordem bem concebida numa sociedade cuja existência é exigida pela própria natureza das coisas" (*op. cit.*, p. 65).

O conhecimento de que o direito deve reger a sociedade impôs-se no séc. XIII. Os estudiosos identificam o período como o do renascimento da idéia do direito, quando as Universidades, adaptando-se à evolução dos tempos, afastam-se do ensino do direito romano, para adotarem um direito mais sistemático, baseado na Providência, na ordem natural e, mais à frente, na razão. Nos séculos XVII e XVIII, consolida-se a regra do direito subjetivo: "Recusando-se a concepção clássica de uma ordem alicerçada na vontade divina e na própria natureza das coisas, relacionando-se todas as regras ao homem considerado como única realidade existente; a Escola do direito natural, *mal denominada*, recusa o direito como um dado natural. O direito procede, segundo ela, da vontade do homem. O homem, que cria o direito, pode também modificar o seu conteúdo" (*idem, op. cit.*, p. 66. O grifo é nosso).

O chamado direito natural, inspirado pelo ideal antropocêntrico, volta-se para a defesa das regras de justiça de um direito universalizante. No seio palpitante da renovação que se intensifica, “a Escola do direito natural exige que, ao lado do direito privado, fundado sobre o direito romano, a Europa elabore o que lhe faltou até então, porque a Universidade, orientada para o estudo das leis romanas, não se ocupou disso: um direito público, consagrando os direitos naturais do homem e garantindo as liberdades da pessoa humana” (idem, *op cit.*, p. 68).

Dos eflúvios liberalizantes desta corrente alimentou-se o movimento revolucionário em França, até o momento em que, vitorioso e senhor do Poder, despe-se da casaca do direito natural e transmuda sua face de atuação em defesa da ordem positiva.

Oportuna a colocação de que, “enquanto o direito natural identifica a lei com a idéia de justiça, o positivismo jurídico identifica-a com a vontade do Estado, redu-la a uma expressão técnico-formal da soberania” (CELSE BARROS, in *O Direito como Razão e como História*, p. 38).

Importa lembrar, entretanto, que, por ser direito natural, não representou perfeita correspondência entre lei e justiça. Também ele mostrou subserviência à classe dominante. O jusnaturalismo cosmológico justificou, na Antiguidade, a escravidão (LYRA FILHO); o direito natural teológico serviu à estrutura aristocrática e à burguesia ascendente, promulgando a lei injusta, ditada pela suprema autoridade.

Essa a visão dicotômica que “aparentemente” divide e antagoniza as linhas mestras do nosso direito como herança (realista) da grande família romano-germânica. Na verdade, a idéia de justiça que dimana do direito natural não se oferece passível de concretização dentro dos estritos limites da axiomatização de um ideário.

Romper a polaridade *Ordem x Justiça* e desfazer a trama da gigantesca malha legalista e estatolatra a que o direito nacional se encontra reduzido — esta a palavra de ordem que deve conduzir a vontade consciente dos que, voltados para a importância da hora presente e inspirados pela lição de civismo que desponta da obra de TADEU BARBOSA, repudiam a “esclerose do direito” e anseiam defender o reconhecimento de uma ordem supralegalista, onde seja possível contemplar o exercício de um direito capaz de assegurar a integridade das instituições democráticas e de garantir a presença e a força da justiça social.

14. EXISTE UM DIREITO JUSTO?

“Não se pode identificar direito e lei. Se assim o fizéssemos estaríamos, em última instância, dizendo que as contradições cessaram com o texto legal, eis que atendidas as reivindicações e necessidades dos jurisdicionados, nada mais havendo a ser

transformado” (Juíza MAGDA BARROS BLAVASCHI — in: termo de sentença judicial proferida em Porto Alegre, 1983).

“O direito, em resumo, se apresenta como positividade da liberdade conscientizada e conquistada nas lutas e formula os princípios supremos da justiça social que nelas se desvenda” (LYRA FILHO. *O que é Direito*, p. 124).

Alcançamos finalmente o ponto pretendido. Uma vez convencidos de que o fenômeno jurídico não existe em estado puro, sendo impraticável destituí-lo da dimensão tèmporo-espacial que lhe determina dinamicidade e integração sociológica, podemos, assim, arguir se a lei (um dos instrumentos do fazer jurídico) se revela como a expressa materialização da concepção da justiça que o direito preceitua e defende.

Em acordo com as aspirações democráticas do povo, a resposta nem sempre é positiva. Em acordo com a noção “democrática” da classe dominante, a resposta será sempre positiva.

De qual direito vive, então, o homem hodierno? Da idéia de justiça da classe dirigente ou do ideal de justiça das classes dominadas? “Esta controvérsia permite-nos traçar uma linha democrática entre posicionamentos políticos progressistas e conservadores, revolucionários e reacionários, esquerda e direita, etc. Esta dualidade de concepção é resultante de diferentes noções de sociedade e de visões opostas das necessidades naturais e das oportunidades da vida humana. (...) A constatação do injusto nos impele a reivindicar o que nos parece justo. Nossas reivindicações de justiça normalmente se referem a um estado de coisas desejado. Aquilo que é desejado pode ser concebido em termos concretos (“as prestações do BNH deviam ser mais baixas”) ou então mais abstratamente (“queremos mais democracia”) (TADEU BARBOSA, *op. cit.* p. 17).

Em sua célebre *Oração aos Bacharelados da Faculdade de Direito da Bahia*, o eminente mestre JOÃO MANGABEIRA reafirmou que “o Estado não é um fim em si mesmo, mas apenas um meio, uma organização social e, por isso, submetido ao direito” (in *Idéias Políticas de João Mangabeira*, p. 21).

Mas, a que direito?

Consegue, então, o Estado administrar o direito, sem o risco de sobreexceder seus próprios limites ontológicos? Como pode o Estado renunciar ao exercício da própria soberania, em favor da soberania do direito? Quando a exploração cederá lugar à cooperação, determinando o estádio societário dos homens livres? Alcançar-se-ia “o direito do indivíduo de compartilhar das decisões que respeitam à sua vida e da ação necessária à execução de tais decisões”, consoante o conceito de democracia expresso por TURNER e citado por JOÃO MANGABEIRA (*op. cit.*, p. 34).

Nesse momento, *direito legal* e *direito justo* deixariam de ser atitudes paralelas, intocáveis, na secular trilha da “evolução” do saber. Quebrar-se-ia o encanto da dogmática jurídica, murchando, em definitivo, a flor do pântano ideológico em que deitava suas raízes histórico-sociais (LYRA FILHO, *Para um Direito sem Dogmas*, p. 11). Delírio ou realidade?

Como tornar possível e factível a abdicação pelo direito positivo de suas prerrogativas avassaladoras que estimulam a “plenitude” do ordenamento jurídico e sectarizam a consecução da idéia de justiça?

Possível resposta JOÃO MANGABEIRA já nos confidenciara quanto aos ideais socializantes que esperava ver realizados através da ordem social, cujo nascimento, “como no castigo bíblico, se processaria num parto pleno de dor” (*op. cit.*, p. 41).

O mestre LYRA FILHO, por sua vez, a propósito da experiência alemã, na crise pós-nazista, defende que seria preciso “que emergisse a teoria dialética do direito; sem desvios mecanicistas, para que o novo caminho se abrisse na jusfilosofia. O abandono da eiva fixista do direito natural clássico e a visão sociológica, não presa ao parâmetro da estrutura e a seu controle social, demandariam a síntese dum supralegalismo e um supranormativismo social (pois vinham — legalismo e normativismo social — apenas trocando a lei pela *instituição* ou pela *engenharia* da classe dominante). Aí é que se inaugura o repensar dialético do conjunto” (*op. cit.*, p. 41).

Convence-nos o Professor LYRA FILHO que, “em síntese, a base de toda dialetização eficaz há de ser uma ontologia dialética do direito, sem eiva de idealismo intrínseco e sem compartimentos estanques, entre a síntese filosófica, a análise da dialética social das normas, em ordenamentos plurais e conflitivos e sob o impulso da práxis libertadora” (*op. cit.*, p. 42).

Estimulado por esse impulso, o Professor JOSÉ GERALDO DE SOUSA JÚNIOR abraça com maior vigor ainda a proposta por um *direito novo*, revelando, através de magnífica produção intelectual e efetiva determinação discursiva, ser um dos mais entusiastas discípulos da nova escola jurídica brasileira, fundada por ROBERTO LYRA FILHO. Acentua o Professor JOSÉ GERALDO as evidências da situação anômica instalada dentro do direito, fortalecendo a discussão quanto à questão da legitimidade em face das contradições e insuficiências do ordenamento jurídico.

A consciência crítica, então, a ser buscada coloca em xeque o fenômeno do reducionismo que o direito estatal fez promover em todos os campos da atividade jurídica, construindo barreiras ideológicas que isolam e repudiam a ameaça de um direito decorrente da força social da massa popular.

Sobre o exercício dessa força, esclarece o Professor JOSÉ GERALDO que o seu reconhecimento e concretização, como “forma do poder político,

são a proposta da organização popular de base. Trata-se, portanto, de, em primeiro lugar, assegurar a liberdade real de organização e expressão popular, segundo suas esferas de interesses imediatos e gerais para garantir, através dela, o efetivo exercício de um poder popular” (SOUSA JÚNIOR, José Geraldo — *Para uma Crítica de Eficácia do Direito*, p. 153).

Contra esse isolacionismo, a que nem mesmo os Estados socialistas ficaram imunes, apesar dos princípios não identificados com os da sociedade burguesa, uma nova doutrina do direito vem fazendo irromper, dialeticamente, postura crítica em favor da complementaridade da ação positivada e da reformulação dos ideais de justiça. A condição vital para chegar-se ao chamado direito justo não estaria só em conseguir escapar ao controle do Estado. Na instauração do repensar da atividade hermenêutica pelo Estado, estaria também a saída. “A contradição entre justiça real das normas que apenas se dizem justas e a injustiça que nelas se encontra *pertence ao processo*, à dialética da realização do direito, que é uma luta constante entre progressistas e reacionários, entre grupos e classes espoliadores e opressores. Esta luta *faz parte* do direito, porque o direito não é uma “coisa” fixa, parada, definitiva e eterna, mas um processo de libertação, permanente” (LYRA FILHO, Roberto. *O Que é Direito*, p. 115).

No Brasil, a nova escola jurídica, fundada pelo eminente Professor ROBERTO LYRA FILHO, preocupa-se com a busca de uma “visão crítica e totalizadora do direito, que lhe devolva a dignidade real dum instrumento libertador, e não de mera e crua dominação visceralmente iníqua”. Alerta-nos, com critério, para o “perigoso equívoco de ver o lado positivo da elaboração do direito (na dialética da libertação) como uma coisa não-jurídica; e, conseqüentemente, o risco de assim favorecer o errado culto dos “socialismos” ditatoriais e prepotentes (LYRA FILHO. Prefácio à *Ciência do direito*, de AGOSTINHO RAMALHO MARQUES NETO, p. XV).

Os fatores edáficos contidos na advertência lyriana estão consubstanciados, de forma exaustiva e brilhante, no capítulo 4 — “Anomia e Dualidade de poderes”, da dissertação de Mestrado defendida pelo Professor JOSÉ GERALDO DE SOUSA JÚNIOR, publicada sob o título *Para uma Crítica da Eficácia do Direito*, em 1984.

Recolho ao já notável discípulo da nova escola jurídica brasileira a certeza de que as alternativas que se lançam à desafiadora práxis libertadora não se farão na estratégia revolucionária que (remontando ao pensamento de BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS) “pretende a destruição do Estado capitalista, incluindo até a violência, e substituindo-se pela ditadura do proletariado, uma nova forma estatal que surge da luta dos trabalhadores e que é adequada à persecução das tarefas do período de transição para a comunismo” (SOUSA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 83).

Contra o “discurso competente”, o que serve à dominação social dos “donos do poder” (MARILENA CHAUI. *O que é Ideologia*), o direito refor-

mista também não encontra saída, reproduzindo o impasse burguês que se expande ao sabor das reformas sociais objetivas na transformação do Estado capitalista no socialista (SOUSA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 54).

A doutrina lyriana vai mais longe, ao concluir que o direito positivo somente alçará à condição de justo, se reconhecer no direito natural (com todos seus defeitos) o complemento da atitude dialética que ligará à totalidade jurídica a totalidade histórico-social, referenciando a tese do filósofo alemão ERICH FECHNER que, em sua obra, se refere à viabilidade da construção da sociologia jurídica.

Comprova-nos a história que a justiça sempre mostrou ser fator gerador de revolução e transformação sociais. Justiça e ordem social são valores que alimentam a construção de um direito capaz de garantir a integridade das instituições sociais.

“Devem-se rejeitar as teorias falsas, ainda que elegantes ou econômicas; da mesma forma, as leis e as instituições, se injustas, mesmo que eficientes e bem estruturadas, devem ser abolidas” (TADEU BARBOSA, *op. cit.*, p. 29).

Duas questões não respondidas ficaram “acumuladas” ao longo do percurso reflexivo do nosso trabalho: o que é direito? E se existe um direito justo?

Louvo-me da providencial assertiva de TADEU BARBOSA (*op. cit.*, p. 77) para responder de forma única e objetiva: “O direito é uma realidade cultural que se põe a serviço do valor da justiça. Ao mesmo tempo que ordena a hierarquia na sociedade, ele se apresenta como a idéia do que é justo”.

Esse, pelo menos, o esforço que se desenvolve em favor da dignidade contemplada e buscada para a construção de uma nova ordem institucional que concretize um mínimo de justiça social.

BIBLIOGRAFIA CITADA E LEITURAS COMPLEMENTARES

- ARRUDA, João. *Do Regime Democrático*. Biblioteca do Pensamento Político Republicano/C.D. — 1982.
- BARBOSA, Júlio Cesar Tadeu. *O Que é Justiça*. São Paulo, Brasiliense, 1983.
- BARROS, Celso. *O Direito como Razão e como História*. Tese ao Concurso de Introdução à Ciência do Direito, na Faculdade de Direito do Piauí, Brasília, Senado Federal, 1977.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo, Editora Universidade Católica, 1975.
- BIAVASCHI, Magda Barros. Sentença proferida por ocasião do termo de lide entre o Sindicato dos Jornalistas Profissionais de Porto Alegre e a Televisão Guaíba Ltda., em 1983.

- BONAVIDES, Paulo. "A crise constitucional e o problema da legitimidade". In: *Arquivos da Comissão de Constituição e Justiça/C.D.* — Brasília/1979.
- BRASIL, Francisco de Souza. O Poder — Sua Legitimidade. In: *Revista de Ciência Política* — vol. 7/1973.
- CARDOSO FILHO, José. "Legitimidade em Direito". In: *Revista dos Tribunais* — nº 586/mar./1949.
- CARVALHO NETO, Joviniano Soares. "Sistemas de Governo: Institucionalização e Busca de Legitimidade". In: *Caderno da CEAS* — nº 40/1975.
- CASTRO, Francisco Ferreira. *Modernização e Democracia*. Editora de Brasília, 1969.
- CHAUÍ, Marilena. *O Que é Ideologia*. São Paulo, Brasiliense, 1985.
- DALLARI, Dalmo. *O Que são Direitos da Pessoa*. São Paulo, Brasiliense, 1985.
- DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. Lisboa, Meridiano, 1972.
- FAORO, Raymundo. *Assembléia Constituinte. A Legitimidade Recuperada*. São Paulo, Brasiliense, 1985.
- FARIA, José Eduardo. "Legalidade e Legitimidade". In: *Curso de Introdução à Ciência Política/UnB*, 1979.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. "A Constituinte Instituída". In: *Revista de Ciência Política* — nº 1/62.
- "O Pensamento Político no Renascimento". In: *Curso de Introdução à Ciência Política* — UnB/1977.
- JAGUARIBE, Hélio. *Desenvolvimento Político*. São Paulo, Perspectiva, 1975.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra A. Amado, 1974.
- LYRA FILHO, Roberto. *O Que é Direito*. São Paulo, Brasiliense, 1985.
- *Para um Direito sem Dogmas*. Porto Alegre, Fabris Editor, 1980.
- *Razões de Defesa do Direito*. Brasília, Editora Obreira, 1961.
- MANGABEIRA, João "Oração aos Bacharelados da Faculdade de Direito da Bahia". In: *Idéias Políticas de João Mangabeira*, Senado Federal, 1980.
- MCDONOUGH, Peter. "Os Limites da Legitimidade Autoritária no Brasil". In: *Revista DADOS*, Instituto Universidade de Pesquisas do R.J. — nº 20/1979.
- MENEZES, Djacir et alii. "Conceito político e jurídico de legitimidade". In: *Revista de Ciência Política* — nº 2/1979.
- PERSON, Donald. *Teoria e Pesquisa em Sociologia*. Aula inaugural da Escola de Sociologia e Política em São Paulo, em março de 1940. São Paulo, Edições Melhoramentos.
- PONTES FILHO, Walmir. "Juridicidade e legitimidade". In: *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Ceará*. Tomo I — 1980.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de Ciência Política do Direito*. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972.
- PRINS, Adolphe. *L'Organisation de la Liberté et le Devoir Social*. Librairie Européenne C. Muquardt, 1985.
- RAWLS, John. *A Theory of Justice*. London, Oxford University Press, 1978.
- ROMARIZ, Edma. *Da Lingüística à Linguagem pelo Discurso*. Brasília, Senado Federal, 1984.
- *Por um Direito Justo*. Estudo monográfico publicado pela autora. Brasília, 1985.
- SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. *Para uma Crítica da Eficácia do Direito*. Porto Alegre, Fabris, 1984.

Sistema jurídico

HÉRBAT SPENCER B. MEIRA

Advogado e Procurador do Estado
do Rio Grande do Norte

O sistema jurídico é expressão técnica do direito das mais abrangentes que se conhece. Sistema jurídico é o direito na sua aparelhagem institucional legal atingida por toda a atividade jurídica fática.

Dir-se-á que a aparelhagem institucional legal de um sistema jurídico se compõe dos órgãos judiciários e das normas legais. É que a atividade jurídica fática se constitui do exercício judiciário, criando o caudal de decisões judiciais formadoras da jurisprudência do sistema jurídico; do exercício intelectualivo jurídico da doutrina, resultado dos estudos que se aprofundam do sistema legal, da jurisprudência e da indicação interpretativa de aplicação da norma legal.

O conjunto desses elementos, sintetizados nas expressões “órgãos judiciários”, “sistema legal”, “jurisprudência” e “doutrina”, forma o sistema jurídico de cada Estado, unitário ou federado.

O sistema jurídico do Estado do Rio Grande do Norte, na sua condição de unidade da Federação brasileira, se compõe, conseqüentemente, dos órgãos judiciários de ambas as competências; do conjunto de leis de aplicação nacional e, nos limites da competência estadual, das leis estaduais em vigor; das decisões judiciais atinentes a esses dois âmbitos de competência judiciária (federal e estadual); da doutrina nacional geral quanto às normas de aplicação geral na Federação e, afinal, da doutrina específica aos sistemas legal e jurisprudencial, nos mesmos níveis.

O sistema legal do Brasil, portanto, como Federação de Estados, se constitui numa malha de leis federais de aplicação geral a todas as unidades, tendo, cada Estado, nos limites de sua competência material, formal, subsidiária ou supletiva, seu sistema legal estadual. O conjunto de todos os sistemas legais estaduais, aí o dos Municípios, Dis-

trito Federal e Territórios, acrescido ao sistema legal da União ou federal, forma o sistema legal nacional. Desse modo, os órgãos judiciários, a jurisprudência e a doutrina. E, a soma de todos esses elementos, reavive-se, forma o sistema jurídico nacional.

O sistema legal e os órgãos judiciários de cada país recebem influências as mais variadas, não se omitindo, em cada uma delas, a força do sistema político, que se forma a partir do sistema jurídico e que, em recíproca criação, o informa.

O sistema político é que estreita ou amplia os canais de recepção de influência jurídica vivenciada, de modo a definir as linhas de sustentação e definição de cada sistema legal.

De seus órgãos judiciários, na atividade de aplicação da lei, e de seus cientistas do direito, no estudo e indicação dos caminhos à criação e aplicação da lei, recebe o sistema jurídico as mais lentas, porém, as mais profundas influências. Daí a importância da jurisprudência e da doutrina.

Se a jurisprudência, entretanto, está para o direito como um rio a desaguar de acordo com as permissões das comportas do sistema legal, a doutrina, mais livre, se desenvolve em sua carreira de leito de rio sem comportas, insopitável ante as mais diversas apreciações da evolução do direito como um todo, não se limitando, sequer, à territorialidade dos sistemas legais, da jurisprudência e dela própria.

A doutrina tem colunas indestrutíveis que lhe orientam a formação: o direito natural na Grécia, em Roma, na Idade Média. A Escola do direito natural de HUGO GROCIUS (GROTIUS), a concepção da lei positiva e do direito na teoria racional de KANT, as concepções filosóficas de HEGEL, a escola histórica de SAVIGNY, a teoria do fim do direito de IHERING, a teoria da solidariedade social de DUGUIT, a teoria pura do direito de Kelsen, a escola materialista de ENGELS, MARX e SELIGMAN, a teoria de STAMLER do direito acima dos fatos econômicos e a teoria valorativa do direito de CARLOS COSSIO, da escola kelseniana.

O direito natural, entre os gregos, tem expoentes do pensamento jurídico em:

1) HERÁCLITO, na noção de “que o universo moral é governado por uma razão ordenadora, constituindo a suprema virtude e a verdadeira sabedoria o obedecer à lei divina comum a todos”. Filósofo do “devenir”, do “nada é, tudo está sendo em busca do ser”, dele bebeu ENGELS quando afirma que “o mundo não pode ser visto como um complexo de coisas concluídas, porém como um **processus** em que coisas, aparentemente estáveis, assim como seus reflexos no nosso cérebro, passam por um nascer, desaparecer e trans-

formar, não em linha reta, mas, dialeticamente, em espirais”;

2) SÓCRATES, na teoria objetiva do direito e do justo;

3) PLATÃO, na teoria do mundo ideal, perseguido pelo mundo dos fatos, na coordenação do Estado, em busca da felicidade, através da luz da moralidade e da justiça;

4) ARISTÓTELES, na distinção do justo segundo a natureza e segundo a lei. Para ele, a lei positiva procede do legislador e a lei natural, do justo pela natureza. Esta última, imutável, universal, possuindo, por toda parte, o mesmo valor. Para ARISTÓTELES a lei positiva é a forma de realização da lei natural como meio de materialização da idéia universal de justiça consoante as circunstâncias concretas de cada época. Aconselha o filósofo que, “se a lei escrita dispõe contra nós, devemos apelar para a lei universal e insistir em sua maior equidade e justiça”.

De Roma pinacula ULPIANO, com a afirmação de que “*ius naturale est quod natura omnia animalia docuit*” (o direito natural compreende manifestações comuns aos homens e aos animais). Elaborou as três bases do direito romano: a) “*ius naturale*”; b) “*ius gentium*” e c) “*ius civile*”. O direito natural imanente aos homens e aos animais, universalmente; o direito das gentes, imanente a todos os homens; e o direito civil, circunscrito aos cidadãos romanos.

Entre os romanos, ainda se destaca a corrente do pensamento ou a escola estoíca. Nascido na Grécia, com ZENON, o estoicismo alcançou seu apogeu e conhecimento em Roma, com SENECA, EPICTETO, MARCO AURÉLIO e CÍCERO.

Amantes do belo, da verdade e do bem, pregavam o exercício da virtude através da reta razão (“*recta ratio*”) ensinando que a natureza e a razão formam um todo único. Opunham-se à verdade subjetiva e circunstancial dos sofistas, com afirmações compactadas no “*De officiis*” de CÍCERO, onde diz: “Há, de fato, uma verdadeira lei denominada reta razão, que é conforme a natureza, aplica-se a todos os homens, é imutável e eterna”.

Na Idade Média o direito ganhou duas colunas básicas do pensamento doutrinário de então: A Escolástica de Santo TOMÁS DE AQUINO, nos princípios dessa divisão das eras, e a Escola do Direito Natural, de HUGO GROTIUS, no seu entardecer.

Santo TOMÁS, tentando reconciliar a filosofia de ARISTÓTELES com as verdades reveladas do cristianismo.

GROTIUS, já ante a abertura dos caminhos comuns entre países, saídos do Mediterrâneo para o Atlântico, a formação de grandes companhias, a criação das indústrias, o surgimento dos portos, do capita-

lismo e de novos modos de vida, retirou o direito dos fundamentos dogmáticos religiosos, criando a "Ciência do Direito Natural", gizando a distinção entre direito e moral. Para GROTIUS o direito natural não era uma emanção divina, mas uma decorrência da natureza racional e sociável do homem. A religião, legou-a aos temas de foro íntimo dos indivíduos.

EMMANUEL KANT recusa o direito natural na sua acepção clássica. Em sua teoria positiva do direito a lei se vincula e decorre do Estado, regendo um mundo transitório e variável, por isso dinâmico. Para ele, entretanto, o direito, como conceito, transcende o empirismo da lei positiva e se liga à ética, que confunde com a liberdade do homem. E, segundo ele, o direito, nessa acepção, informa e postula a criação de leis morais de que decorrem deveres para a liberdade humana. Tem-se de KANT a seguinte expressão, que lhe condensa o pensamento: "Age de modo que a máxima de tua vontade possa elevar-se a princípios de legislação universal".

HEGEL, um dos maiores filósofos modernos, concentra sua concepção de que a realidade última do Universo é a Idéia ou Espírito Absoluto, que se desenvolve no tempo e torna-se consciente de si mesma através da razão humana. Para HEGEL a moralidade se define no conjunto de regras ditada pela consciência do indivíduo para controle de seu próprio Eu. É apologista do Estado como órgão foco que concentra e realiza as atividades individuais. Todas as teorias modernas da supremacia do Estado bebem, de HEGEL, suas raízes.

SAVIGNY contestou a construção de qualquer ordem jurídica afastada da História. Para ele era inadmissível uma ordem jurídica para cada época, criada livre e arbitrariamente. SAVIGNY defendia que cada indivíduo é uma unidade de seu meio, pois não há existência humana isolada, de modo que o passado tem efetiva influência sobre o presente.

IHERING assevera que a ordem jurídica se forma sob a determinação de fins precisos e objetivos. Assegura que todo fato é consequência de uma causa efetiva: no mundo material, a causa necessária; no mundo da vontade, a causa psicológica. Defende que o direito se forma a partir de dois elementos: a norma e a coação. Quanto ao conteúdo ou substância do direito aceita ser variável e circunstancial. Objeta como fim do direito a garantia das condições de vida da sociedade, asseguradas pelo poder de coação de que o Estado dispõe. A vontade, para IHERING, deve ser julgada segundo o fim a que se dispõe. Esse fim caracteriza o ato como "justo" ou "injusto". "A justiça é a medida da ação, a verdade é o método teórico da percepção". Seu traço marcante de pensamento se informa na "luta pelo direito". IHERING afirmava: "Todos os direitos da humanidade foram conquistados na luta; todas as regras importantes do direito devem ter

sido, na sua origem, arrancadas àqueles que a elas se opunham, e todo direito, o direito de um povo ou o de um particular, implica a decisão de mantê-lo com firmeza”.

LÉON DUGUIT se opôs ao direito como identidade da consciência do povo ou como criação do Estado. Para ele o direito se originava do sentimento de solidariedade e no sentimento de justiça do homem.

A solidariedade ou a “interdependência social”, como também chamava, origina, em sua teoria, o sentimento de justiça que intervém, em grande parte, na formação da regra jurídica, inspirando o conceito de “justo” e “injusto”.

Para LÉON DUGUIT “uma regra moral ou econômica torna-se regra de direito no momento em que reina o sentimento unânime entre os indivíduos que compõem um grupo de que a solidariedade social seria gravemente comprometida se o respeito desta regra não fosse garantido pela aplicação da força social”.

HANS KELSEN tem sido objeto das maiores atenções e caminho à maioria dos cientistas do direito. Ele próprio denominou seu trabalho de “Teoria Pura do Direito”, elevou e restringiu o direito que confunde com a norma, como objetivo único do conhecimento jurídico.

Embora não negue a validade e a importância dos estudos sociológicos, preocupações ético-políticas, reflexões crítico-filosóficas, não admite sua interferência no direito enquanto norma. A teoria de KELSEN busca saber o que é o direito e como é o direito, abstraindo o “como deve ser” ou “como se deve elaborá-lo”.

A norma jurídica não pertence à natureza, segundo KELSEN, mas ao espírito. Não é “fato natural” mas juízo hipotético. A norma se inclui na categoria do dever-ser e não do ser. A ciência do direito, na teoria de KELSEN, é de caráter normativo. Ciência das normas que enunciam não “o que sucedeu” ou “como sucedeu”, mas “o que deve suceder” dadas essas ou aquelas condições. A ciência do direito é a ciência da “previsão legal”. Na concepção de KELSEN o direito e o Estado são inseparáveis. “O direito positivo é precisamente a ordem coativa com que o Estado se identifica”.

MARX, ENGELS e SELIGMAN conjugam a noção de direito à ordem econômica.

SELIGMAN adverte que “o direito é realmente um servo da história econômica”, e “todo desenvolvimento jurídico se torna inexplicável se isolado das forças econômicas”. Para SELIGMAN “o fato econômico é a causa, a situação legal, o resultado”. Para ele as transformações econômicas determinam as mutações do direito.

MARX deu a fórmula mais completa da interpretação materialista, aplicada à sociedade humana e sua história. Para ele a estrutura jurídica e política tem sua base de real sobre o conjunto das relações de produção que constitui a estrutura econômica.

Chama a atenção para o fato de que o direito, como a religião, carecem de história própria. ENGELS, partícipe e cooperador do pensamento de MARX nas "Críticas dos Programas de Gotha e Erfurt", afirma com Marx que "o direito não pode nunca ser mais elevado que a ordem econômica e o grau de civilização que lhe correspondem".

STAMLER não só combate a interpretação materialista como ele próprio apresenta sua doutrina de inspiração Kelseniana. Para STAMLER a experiência jurídica só é tal, graças ao conceito de direito em que se funda. "Direito é a forma. Economia é a substância", afirmava. Através do direito, na teoria de STAMLER, os homens se propõem os fins que desejam alcançar pelo domínio dos fenômenos econômicos.

CARLOS COSSIO, jurista e filósofo argentino, adepto da Escola Kelseniana, traz a essa Escola seu marco pessoal, observando "que a experiência jurídica, por ser uma experiência humana, não é uma experiência natural, neutra em relação aos valores, mas uma experiência estimativa, valorizadora. O conteúdo da norma, segundo COSSIO, está sempre a reivindicar seu lugar na determinação do próprio conceito do direito. A distinção entre poder e direito, entre outras, é inerradicável do pensamento jurídico.

A partir dessas Escolas e correntes do pensamento filosófico e doutrinário, se firmam as posições atuais de pensamento e da doutrina.

Assim, também, no Estado do Rio Grande do Norte, como ademais no Brasil e no mundo, o pensamento doutrinário atual é resultado das lições e princípios de todas essas doutrinas e escolas.

Formar-se, hoje, distinção perfeita no pensamento filosófico doutrinário do sistema jurídico desse ou daquele jurista local, seria temeridade.

O que se tem é a evolução do pensamento doutrinário não restrito a escolas estanques do pensamento desse ou daquele filósofo ou cientista do direito.

Dizer dos pensamentos doutrinários com traços marcantes de seguidores herméticos, dessa ou daquela Escola que vimos, seria revoltar aos primórdios do pensamento jurídico. A evolução se aprimora na escolha das melhores idéias e não na fixação obsessiva em pensamento restrito.

As lacunas no direito constitucional

CELSO FERNANDES CAMPILONGO

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

Refletir sobre as lacunas do direito constitucional, especialmente num momento pré-constituente, implica na discussão simultânea de dois problemas. Primeiro: quais as possibilidades técnicas de a nova Constituição superar as lacunas da malha constitucional herdada do regime militar? Segundo: em que medida a conjuntura política, econômica, social e cultural brasileira permite falar num ordenamento jurídico coerente, unitário e sem lacunas?

A primeira indagação revela a expectativa de que o novo texto fundamental — pelo menos ao nível da racionalidade e coerência de seus princípios estruturais — se consubstancie num todo ordenado, fechado e completo, capaz de harmonizar o sistema normativo com o conjunto das relações sociais. A segunda questão, por outro lado, transfere o eixo do debate para a função das lacunas do direito constitucional. Em outras palavras: a primeira indagação demonstra uma preocupação com os aspectos estáticos da reforma constitucional; a segunda está voltada para a dinâmica das lacunas em sua correlação com o processo social.

As duas posições reproduzem aspectos importantes do pensamento a respeito da reforma constitucional. A maior parte dos juristas — sempre suscetível à tradição do positivismo kelseniano — dedica sua atenção à primeira problemática, isto é, ao enfoque formalista. Contudo, as duas abordagens não são necessariamente excludentes. Em razão disso, a análise que se segue tentará enfrentar o tema das lacunas do direito constitucional apontando para as insuficiências da redução da questão a uma dimensão formal, ampliando o referencial analítico e chamando a atenção para aspectos que, com frequência, são omitidos da análise jurídica.

O problema das lacunas no direito está intrinsecamente ligado, em suas origens históricas, ao processo de positivação do direito do século XIX. As lacunas sempre estiveram ligadas a temas como a lei enquanto fonte privilegiada do direito, a noção de sistema normativo, a hierarquia das leis, a individualização dos conflitos, a separação dos poderes, a soberania nacional e o aparecimento das codificações. Portanto, a um conjunto de pressupostos que embasou teoricamente tanto o liberalismo político dos séculos XVIII e XIX quanto o positivismo jurídico, caracterizando o que alguns autores denominam por “paradigma dogmático da ciência do direito” (1). Cabe saber se estes postulados, ao longo do tempo, têm resistido às transformações pelas quais a sociedade, o Estado e o direito vêm passando.

A título exemplificativo, convém alinhar algumas dessas alterações nos fundamentos da estrutura jurídico-política do paradigma dogmático:

— *expansão da cidadania política*: enquanto o liberalismo clássico restringia a participação política das massas (voto baseado no requisito da renda, proibição do sufrágio feminino ou do voto do analfabeto etc.), as conquistas democráticas alargaram as bases da cidadania política (2);

— *intervenção do Estado na economia*: o Estado guardião da ordem é substituído pelo Estado intervencio-

(1) Ver ENRIQUE ZULETA PUCEIRO. *Paradigma Dogmático y Ciencia del Derecho*. Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1981.

(2) Ver UMBERTO CERRONI. “Democracia y estado representativo”, in *La libertad de los modernos*. Barcelona, Martínez Roca, 1972.

nista, regulador do mercado e participante ativo do processo de produção e consumo de bens ⁽³⁾;

— *a separação entre Estado e sociedade*: com o surgimento das grandes organizações (empresas, sindicatos, partidos), com o crescimento do papel do Estado (que, inclusive, passa a atuar como empresário), a linha divisória entre Estado e sociedade, tida como pressuposto das construções teóricas do liberalismo político e jurídico, deixa de ser nítida. O público e o privado confundem-se em vários setores da vida social ⁽⁴⁾;

— *princípio da soberania nacional*: a representação da nação, imaginada independentemente dos corpos intermediários e retratando uma relação individual entre representante e representado, vai sendo substituída pela representação de interesses tanto ao nível parlamentar quanto ao nível informal dos anéis burocráticos ⁽⁵⁾;

— *separação dos poderes*: o equilíbrio entre os poderes também é rompido. O Executivo não só assume funções judiciais (contenciosos administrativos) como retira do Parlamento grande parte da titularidade da iniciativa legislativa ⁽⁶⁾;

— *monopólio estatal da produção legislativa*: nas áreas do direito empresarial e das relações de trabalho ⁽⁷⁾ e mesmo em setores para os quais o direito oficial não possui eficácia (como nas relações de posse e vizinhança em loteamentos clandestinos) ⁽⁸⁾, a produção normativa

(3) Ver GIANFRANCO POGGI. *A evolução do Estado Moderno*. Rio, Zahar, 1981.

(4) *Idem, ibidem*.

(5) Cf. NORBERTO BOBBIO. *Il Futuro della Democrazia*. Torino, Einaudi, 1984, pp. 10-13.

(6) Ver JOSÉ EDUARDO FARIA. *A Crise Constitucional e a Restauração da Legitimidade*. Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1985.

(7) Cf. NORBERTO BOBBIO. "Derecho y Ciencias Sociales", in *Contribución a la Teoría del Derecho*. Valência, Fernando Torres, 1980, p. 231.

(8) Cf. JOAQUIM DE ARRUDA FALCÃO, "Justiça social e justiça legal: conflitos de propriedade no Recife", in *Conflito de Direito de Propriedade* (Joaquim de Arruda Falcão organizador). Rio, Forense, 1984; e BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS. "Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada", in *Sociologia e Direito* (Cláudio Souto e Joaquim Falcão organizadores) São Paulo, Pioneira, 1980, pp. 109-117.

extralegislativa tem rompido o monopólio estatal da produção de normas jurídicas;

— *identificação do direito com a lei*: deixando de lado a concepção meramente legalista da justiça, a solução de muitos conflitos tem sido obtida por fórmulas novas de negociação e barganha que passam ao largo da legislação e do Judiciário (9);

— *hierarquia das leis*: toda a discussão sobre a pluralidade das cadeias normativas e a presença de múltiplas normas-origem refutam a tese de que o ordenamento seja uno, hierarquizado e originário de uma única norma fundamental (10).

Todas essas transformações, frutos de um processo de mudança social acelerada, conduzem a um crescente esvaziamento do paradigma dogmático da ciência do direito. Conceitos da teoria jurídica tradicional como certeza, segurança, legalidade, racionalidade, abstração, generalização, completude e sistematização são relativizados. A estrutura lógica da norma, seus caracteres constitutivos e sua identidade com a idéia de direito perdem sentido diante da impossibilidade prática de redução do pluralismo social à unidade formal da norma. O sistema jurídico já não pode ser concebido como isento de contradições, aporias e lacunas.

É dentro desse prisma que o problema das lacunas do direito constitucional deve ser analisado. Num contexto em que as referências ao sujeito abstrato da velha cultura liberal, à racionalidade do legislador e à impessoalidade da lei são desmentidas por uma sociedade estratificada, fragmentada em classes e conflituosa, as lacunas do direito, mais do que um problema de técnica jurídica, são reflexos de um contraditório processo de tutela de interesses antagônicos. Por outras palavras: discutir as lacunas do direito constitucional significa refletir sobre o estatuto teórico da ciência do direito, a natureza das categorias jurídicas, o papel do jurista e, principalmente, os limites de eficácia da noção de norma como mecanis-

(9) Cf. JOAQUIM DE ARRUDA FALCÃO. "Justiça social e justiça legal", *op. cit.*

(10) Cf. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. *Teoria da Norma Jurídica*. Rio, Forense, 1978, p. 139.

mo apto a compatibilizar o pluralismo de interesses, sujeitos, razões e, até mesmo, formas de juridicidade.

A irrupção da idéia democrática no mundo do direito é o experimento crucial para a contestação do normativismo assentado na unicidade da razão universal. O regime democrático mostra com clareza que direito e política são coisas inseparáveis (11). Na medida em que tanto a vida pública quanto a vida privada passam pelo crivo da discussão democrática, pela politização de todos os temas e pelo abandono da crença no princípio da legalidade, a racionalidade formal inerente ao paradigma dogmático é posta em questão. Dito de outro modo: a quebra da concordância a respeito dos pressupostos da teoria jurídica e o rompimento com a crença na racionalidade científica significam um "esgotamento da lógica interna do paradigma dogmático e a radicalização de suas contradições e ambigüidades de base" (12).

Neste ponto caberia a pergunta: o que as transformações no papel do Estado e a crise do paradigma dogmático têm a ver com o problema das lacunas no direito constitucional? A resposta talvez possa ser dada por meio de casos de práticas institucionais que, de um lado, mostram com nitidez a existência de lacunas no direito constitucional, e, de outro, são reveladores tanto das transformações do papel do Estado quanto da crise do paradigma dogmático.

Antes das exemplificações são necessárias algumas observações sobre uma categoria da sociologia política que pode auxiliar na compreensão desses casos. Trata-se da noção de crise de sistema, desenvolvida, basicamente, por HABERMAS. Segundo este autor, uma formação social é "determinada por um princípio fundamental de organização que delimita no abstrato as possibilidades de alteração das situações sociais" (13). HABERMAS entende que esses "princípios organizacionais são regulamentações altamente abstratas que definem alcances de possibilidades" (14). Traduzindo: o

(11) Cf. GEORGES RIPERT. *O Regimen Democrático e o Direito Civil Moderno* São Paulo, Saraiva, 1937, p. 6.

(12) Cf. ENRIQUE ZULETA PUCEIRO. *Paradigma Dogmático y Ciencia del Derecho*, op. cit., p. 263.

(13) Cf. JURGEN HABERMAS. *A Crise de Legitimação no Capitalismo Tardio* Rio, Tempo Brasileiro, 1980, p. 19.

(14) Cf. JURGEN HABERMAS, idem, p. 29.

princípio de organização é o núcleo que dá sentido e identidade a um sistema social. Na formação social capitalista liberal, o “princípio de organização” é o relacionamento entre trabalho e capital.

Assim, “princípio de organização” é a estrutura básica que possibilita a existência continuada do sistema no tempo. A crise de sistema ocorre quando o princípio de organização de uma formação social faz com que indivíduos e grupos “se defrontem com pretensões e intenções que sejam, a longo prazo, incompatíveis” (15). Neste caso, ocorre uma contradição fundamental, ou seja, um distúrbio no qual os fundamentos consensuais das estruturas normativas são danificados a ponto de o sistema social perder sua identidade, comprometer sua existência e não resolver os problemas de condução que se lhe apresentam.

Num momento de “contradição fundamental”, isto é, quando os princípios de organização políticos e econômicos são questionados, os sistemas jurídicos enfrentam incessante dificuldade não só para solucionar, em termos práticos, os conflitos sociais, mas também para sustentar sua validade teórica como único instrumento da ciência do direito para o controle social. Ou seja: diante de uma crise de sistemas o direito positivo — na qualidade de estrutura fundamental do sistema — é posto na berlinda tanto ao nível da prática judicial quanto da teoria do direito.

Encurralado de um lado pela expansão da cidadania política, pela politização dos conflitos sociais e pelo excesso de expectativas geradas pelo processo de democratização e, de outro, pelos limites da capacidade de resposta do Estado a essas exigências (já que o aparelho estatal tem sua atuação política bloqueada pelas forças em conflito), o sistema constitucional baseado no positivismo clássico tende, gradativamente, a perder eficácia, a se desfigurar e a tornar as lacunas constitucionais não numa exceção, mas sim numa rotina do sistema.

Em contextos sociais tensos e fragmentados como o brasileiro, a rigidez do modelo positivista de Constituição conduz à oscilação entre duas alternativas: ou a perda da eficácia da ordem constitucional ou o alargamento de suas bases pelo recurso a fórmulas mais flexíveis e abertas. Qualquer que seja a tendência, o conceito

(15) Cf. JÜRGEN HABERMAS, *idem*, p. 42.

de sistema jurídico como um todo fechado, harmônico e completo torna-se inadequado.

A idéia de lacuna na perspectiva de um vazio excepcional a ser preenchido mediante mecanismos técnicos de integração normativa (sempre preocupados em reestabelecer a completude do ordenamento positivo) perde de vista o fato de que as lacunas, mais do que um momento excepcional, são reflexo da constante impossibilidade de os sistemas normativos serem completos. Não se trata de constatar que o ordenamento não é completo, mas pode ser completado através da atuação legislativa ou jurisdicional. A questão vai mais longe: reside em se reconhecer que a ordem jurídica constitucional, além de lacunosa, é muitas vezes preenchida por mecanismos extralegislativos, extrajurisdicionais e extranormativos que nem por isso deixam de ser jurídicos. Por esta razão, como já foi dito, debater as lacunas no direito constitucional significa colocar em questão o estatuto teórico da ciência do direito e a noção de norma jurídica.

Um ordenamento constitucional vago, impreciso e lacunoso, através da utilização de uma linguagem capaz de seduzir segmentos sociais antagônicos, permite duas coisas. De um lado, que o Estado sutilmente alargue suas bases de intervenção e regulação por meio da interpretação oficial do direito positivo. Mas também possibilita, de outro lado, que pequenas conquistas das classes dominadas sejam “incorporadas às normas vigentes, ampliando os espaços para sua atuação política num nível antes totalmente manipulado pela dominação burguesa. É justamente dentro dessa percepção que, dentro das tendências do pensamento neomarxista de explorar o desgaste dos dogmas positivistas da unidade, da completude, da coerência e da certeza dos sistemas normativos, bem como dos postulados da imparcialidade e neutralidade do Estado liberal, emerge a doutrina do “uso alternativo do direito”: a disposição de explorar as lacunas da lei, as antinomias jurídicas e o próprio modo de inserção do Judiciário no aparelho estatal para a reforma orgânica do sistema político. Como o legislador do Estado capitalista se vê obrigado a ampliar cada vez mais suas “abstrações generalizantes” para fazer frente aos elevados níveis de incerteza decorrentes da complexidade social, torna-se possível o aproveitamento de todas as ambigüidades e generalidades da lei com o objetivo de orientar

a luta de classes no próprio universo jurídico" (16). Aqui, novamente, a crescente complexidade social vai retirando dos mecanismos normativos as características de certeza e segurança concedidas pelo paradigma positivista e confirmando a utilização política e casuística de figuras como as lacunas do direito.

Dois exemplos práticos desse esgotamento dos sistemas normativos constitucionais e da sua conseqüente falta de respostas legislativas aos problemas de condução política podem ilustrar melhor a questão das lacunas na Constituição.

O primeiro exemplo é o do chamado caso austríaco (17). Entre 1949 e 1966 a Austria foi governada por uma grande coalizão de forças políticas. Essa experiência provocou uma sensível modificação da Constituição formalmente vigente. A base do equilíbrio institucional austríaco era fornecida pelo acordo de coalizões. Esse acordo, por sua vez, trazia, implicitamente, uma série de derrogações das normas constitucionais, chegando mesmo a subordinar o funcionamento dos órgãos constitucionais aos acordos obtidos fora do Parlamento. O acordo era um pacto de legislatura que continha cláusulas de exclusão de terceiros partidos, limitações à atividade parlamentar, atribuição de competência ao Comitê da Coalizão para fixar políticas de governo e uma série de outras disposições em relação às quais o texto constitucional era totalmente lacunoso.

O exemplo permite algumas considerações interessantes para o estudo das lacunas no direito constitucional. Em primeiro lugar, trata-se de uma demonstração prática de rompimento com os princípios básicos do positivismo jurídico (a supremacia da lei como fonte de direito, a superioridade hierárquica da Constituição como forma de comando jurídico-político da nação e o Parlamento como "locus" privilegiado da tomada de decisões políticas são substituídos e têm sua eficácia condicionada aos acordos firmados fora do Parlamento). Em segundo lugar, configura uma elucidação da assertiva de que o suprimento de lacunas do direito constitucional (na condução do processo político) pode se dar por meio de uma atuação extralegislativa e extrajudicial, como é o caso da coalizão

(16) Cf. JOSÉ EDUARDO FARIA. *Retórica Política e Ideologia Democrática*. Rio, Graal, 1983, pp. 170-172.

(17) Cf. GIUSEPPE DE VERGOTTINI. "La forma de gobierno de oposición garantizada", in separata da *Revista Estudios*, s.d., pp. 39-41.

partidária. Em terceiro lugar, o suprimento das lacunas, neste caso, ao invés de ser excepcional ou circunstancial, teve uma vigência de quase vinte anos.

O segundo exemplo vem da realidade brasileira. Paralelamente à proposta de convocação da Assembléia Nacional Constituinte e de todo o trabalho legislativo de elaboração de uma nova Constituição capaz de suprir as lacunas do antigo texto, percebe-se, por parte do Governo e de amplos setores da sociedade civil, o esforço em torno da obtenção de um "pacto social". O que significa este pacto? Trata-se da tentativa, informal e extralegislativa, de se lograr um aumento da capacidade de desempenho tanto do Governo quanto do ordenamento jurídico através de uma solução consensual e negociada de alguns dos problemas que condicionam a eficácia da futura Constituição. Aqui, como no exemplo anterior, o suprimento das lacunas constitucionais depende de mecanismos extranormativos que não se encaixam nos moldes rígidos da ortodoxia positivista.

Os dois casos mostram que a crescente complexidade social conduz a um esvaziamento das categorias tradicionalmente utilizadas pelo jurista. As transformações verificadas no Brasil durante os últimos 20 anos "geraram problemas inéditos de intervenção e direcionamento para cuja solução os repertórios constitucionais relativos aos procedimentos decisórios revelaram-se limitados" (18). Tudo isso demonstra que o problema das lacunas do direito, muito mais do que simples teoremas de interpretação sistemática da lei ou de completude do ordenamento, traz em seu bojo um questionamento ao próprio sistema jurídico, abrindo espaço para um "enfoque extremamente sugestivo para a análise da relação entre direito e estrutura sócio-cultural, sobretudo onde tais estruturas atravessam processos de profunda transformação" (19).

Para finalizar, resta uma última observação sobre o caráter ideológico do discurso jurídico. Segundo MARILENA CHAUI (20) "o

(18) Cf. JOSÉ EDUARDO FARIA. *A Crise Constitucional e a Restauração da Legitimidade*, op. cit., p. 35.

(19) MASSIMO CORSALE. "Lacune dell'ordinamento", in *Enciclopedia del Diritto*. Milano, Giuffrè, 1973, p. 271.

(20) MARILENA CHAUI. *Cultura e Democracia*. São Paulo, Contemporânea, 1981, pp. 21-22.

discurso ideológico é um discurso feito de espaços em branco, como uma frase na qual houvesse lacunas. A coerência desse discurso (o fato de que se mantenha como uma lógica coerente e exerça um poder sobre os sujeitos sociais e políticos) não é uma coerência nem um poder obtidos *malgrado* as lacunas, *malgrado* os espaços em branco, *malgrado* o que fica oculto; ao contrário, é *graças aos brancos, graças às lacunas* entre as suas partes, que esse discurso se apresenta coerente. Em suma, é porque não diz tudo e não pode dizer tudo que o discurso ideológico é coerente e poderoso... O discurso ideológico se sustenta, justamente, porque *não pode dizer até o fim aquilo que pretende dizer*". Transferindo essas afirmações para a análise do sistema normativo e das lacunas do direito constitucional, é possível afirmar, ao contrário do que pensaria o jurista preocupado com a harmonia técnica e a racionalidade formal da ordem jurídica, que é exatamente através das lacunas da lei que o sistema normativo ganha coerência.

Resumindo tudo o que foi visto, pode-se dizer que:

1 — as mudanças no papel do Estado e do direito revelam que o problema das lacunas aponta para os limites da noção de norma jurídica;

2 — num momento de crise estrutural do sistema social, os repertórios normativos do positivismo são incapazes de fornecer respostas adequadas às exigências políticas e sociais, ampliando o espaço das lacunas;

3 — o problema das lacunas no direito constitucional extrapola o enfoque meramente formalista da ciência do direito;

4 — através das lacunas da legislação, tanto o Estado pode aumentar seu poder regulamentar quanto os grupos economicamente desfavorecidos podem fazer um "uso alternativo do direito";

5 — as lacunas do direito, ao contrário de desestruturarem o sistema normativo, talvez sejam o elemento fornecedor de coerência e sistematicidade do ordenamento.

O "imperium" no direito romano

SILVIO MEIRA

Catedrático da Universidade Federal do Pará. Da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Do Instituto dos Advogados Brasileiros. Senador Suplente

SUMARIO

- 1 — *Origens históricas do IMPERIUM entre os romanos. O IMPERIUM do Rei. A Lex Curiata de Império.*
- 2 — *O IMPERIUM DOS MAGISTRADOS DA REPÚBLICA. A Provocatio ad populum.*
- 3 — *O IMPERIUM do povo nas assembléias populares.*
- 4 — *O IMPERIUM do Príncipe.*
- 5 — *A lex do Império Vespasiani.*
- 6 — *O IMPERIUM da lei. Definição de Modestino.*

1. ORIGENS HISTÓRICAS DO IMPERIUM ENTRE OS ROMANOS. O IMPERIUM DO REI. A LEX CURIATA DE IMPÉRIO.

Poucas palavras latinas exerceram tão forte influência na vida dos povos quanto a palavra IMPERIUM. Nasceu com Roma, ou antes dela, nas suas possíveis raízes etruscas. Acompanhou-a em todas as fases de sua História através de milênios. Adquiriu feições novas. Ora se alargou, como sinônimo de dominação, ora se restringiu às atividades de magistrados, aliada a *potestas* e *iusdictio* (1).

Trabalho apresentado ao V Congresso Latino-americano de Direito Romano, na Universidade Pontifícia Católica do Peru, Lima, a 7-8-1985.

- 1) Este trabalho apresenta apenas uma visão panorâmica, sem descer a minúcias. Tema vastíssimo, que comportaria muitas reflexões, estende-se por muitos campos: a história das instituições, o direito processual, o direito civil, o direito penal etc. Cada um dos setores apontados daria matéria para infundáveis investigações, como aconteceu nos estudos de NIEBUHR, MOMMSEN, IHERING e tantos outros.

Escreveu IHERING, no *Espírito do Direito Romano*, que no frontispício da história do direito poder-se-ia escrever a frase: IN PRINCIPIO ERAT VERBUM. Isso porque a palavra desperta nos povos nascentes uma fé profunda que lhe atribui uma força sobrenatural. Em Roma a força e o culto da palavra dominam todas as relações da vida pública e privada, a religião, os costumes, o direito. Tem ela uma energia mística e poderosa, que liga e desliga, vincula e desvincula, evoca e obriga até as divindades (Liv. II, p. I, tit. III, cap. II, sec. II-B).

A palavra IMPERIUM pertence à categoria dessas expressões fortes, com existência eterna. Talvez por isso escreveu Cícero: IN OMNI DENIQUE JURE CIVILI VERBA IPSA TENUERUNT (Pro Murena, c. XII).

É ainda IHERING que apresenta origem militar à palavra IMPERIUM, vinculando-a inicialmente ao primeiro rei, eleito por seu valor militar, dando-se-lhe a autoridade ilimitada do "IMPERIUM". O caráter religioso e sua força política foram corolários do vigor castrense. Roma vivia em pé de guerra, o rei era o chefe supremo, com poderes ilimitados sobre tudo e sobre todos. A substância desse poder teria que receber uma denominação adequada, e a que se encontrou foi precisamente a palavra ora em estudo.

Inicialmente o *imperium* nada mais era do que o mando militar supremo, *gladii potestas*, tendo como símbolo o machado e os fascas, concedido nos comícios, razão por que IHERING indaga se não seria um "acordo especial", um "convênio", quando é outorgado ao rei. Mas a continuação de sua prática independia do consenso popular, uma vez que, concedendo-o plenamente, o povo aceitou e comprometeu-se a manter esse estado de obediência. Nascido do povo, recaía sobre ele próprio. Não poderia mais revogá-lo.

Não teria surgido, daí, o princípio universal, constante de muitas cartas políticas, de que *todo poder emana do povo e em seu nome é exercido*?

Seu âmbito mostrava-se muito vasto, alicerçado na disciplina militar, com o direito de castigo, no tempo da guerra e no tempo da paz, que não o suspendia. O estado de guerra era da própria natureza do momento histórico. O povo, um exército. O rei o chefe supremo, com poder ilimitado: IMPERIUM.

Seu direito de punir se estendia a pessoas que não integrassem o exército efetivamente, nacionais ou estrangeiros, submetidos ou não à jurisdição militar. Foi a organização castrense que deu resistência ao povo romano e sua repercussão no próprio direito é de tal ordem, que IHERING chega a afirmar: "ao sentimento guerreiro dos romanos deve seu direito em imensa parte sua grandeza" (Id. Liv. I, Tit. I, Cap. II FAMÍLIA). Seria assim? E a filosofia estoica? E o cristianismo, onde ficam?

Evidencia-se, dessa forma, que o supremo poder emanava do povo: IMPERIUM POPULI ROMANI, afastando a idéia de tirania, muito

embora esta pudesse ocorrer quando o rei exagerava no desempenho da missão que lhe fora confiada. Salienta GIUSEPPE GROSSO que o *imperium* e suas insígnias exteriores derivavam dos etruscos, como as fortificações da cidade, mas os nomes relativos aos primeiros ordenamentos políticos são de origem latina, isto é, das populações itálicas indoeuropeias: *rex*, *tribus*, *curia*, assim como as denominações dos colégios sacerdotais, pontífices, áugures, flâmines (Grosso, G. — *Lezioni di Storia del Diritto Romano*, G. Giapichelli ed., sd, p. 33).

Numerosas vezes o prof. Grosso volta a insistir na origem etrusca desse poder ilimitado (pp. 34, 51, 60, 66, 67, 76, 106, 157, 161, 171, 173, 224, 268, 287) mas, ao que parece, não provém ele de um caráter carismático do rei: “Trarre dalla posizione e dalle caratteristiche dell’*imperium* dei Romani l’illazione di un antico potere puramente carismatico del *rex* in una prima fase della monarchia latina, non si accorda con la costatazione che il concetto come le insegne esteriori del “*imperium* derivano ai Romani dagli Etruschi, e debbono quindi collocarsi nella fase della monarchia etrusca”.

Em outro passo refere novamente que os romanos herdaram dos etruscos os “*signi esteriori dell’Imperium* del magistrato”, a origem etrusca dos *lictors*, com *fascas e machado, símbolo do supremo direito de punir*, atribuídos a Tarquínio, segundo a tradição. E conclui: “Ma ciò permette anche di indurre che *signi esteriori*, Roma abbia tratto dalla dominazione etrusca la stessa qualifica del concetto del *imperium*, nella chiara individualità che quest’assume nella struttura costitucionale romana” (ib. 52).

O mais notável em tudo isso é que, diante da aparência de total absolutismo do *imperium* real, ele decorria de um outro, anterior e mais vasto talvez, que era o IMPERIUM POPULI, o império do povo. De origem etrusca ou não, o certo é que por trás das instituições se achava sempre o povo como o senhor da soberania maior. O povo tanto concedia como cassava ou limitava o *imperium*. Este era uma expressão da soberania do Estado, no sentido mais amplo. Este conceito se enquadra na definição de Grosso de que “*L’imperium... era un potere unitario e indivisibile, espressione della sovranità dello Stato, che non poteva essere limitato, come tale, a date competenze*” (ib. p. 166).

Tais concepções não podem ser uniformes para todas as épocas históricas. Veremos que tudo se transformou com o tempo. O próprio conceito de *imperium*, antes unificado na pessoa do rei, com a instituição da república e a queda de Tarquínio, se distribuiu pelas magistraturas mais importantes. Pergunta-se, todavia: como recebia o rei tais poderes extremos por parte do povo? Eram as cúrias, de formação também militar, que lhe outorgavam o comando supremo, através da *lex curiata de imperio*.

MOMMSEN considera a palavra *imperium* etimologicamente não muito clara. Parece-lhe ser o direito de exprimir a vontade do Estado, de coman-

dar em nome da comunidade (MOMMSEN, *Disegno del Diritto Publico Romano*, trad. de Bonfante, p. Francesco Vallardi, Milano, sd, p. 98).

Lex curiata de imperio — A própria designação está a demonstrar tratar-se de uma lei aprovada pelas cúrias reunidas, ou seja, os COMITIA CURIATA. Estes pertencem à mais antiga tradição romana.

O povo, ou melhor o POPULUS ROMANUS, QUIRITES, se dividia em trinta cúrias, à razão de dez cúrias por tribo, as dos Titienses, Ramnenses e Luceres. A suposta divisão das cúrias em dez gentes é negada por GIRARD (*Man. El. de Droit Romain*, 5ª ed., Paris, 1911, p. 14). Essa suposta divisão, segundo GIRARD, foi deduzida de textos mal interpretados. A unidade, para ele, é a *cúria*, que, além de divisão eleitoral, é também uma unidade religiosa, administrativa, militar. Sua natureza última não era eleitoral, tanto assim que, se o fosse, lhe teriam dado um número ímpar, a fim de assegurar a maioria. As reuniões dessas cúrias seriam convocadas pelo rei, no interior da cidade, dentro portanto do *pomerium*, no lugar chamado *comitium*. Quanto à votação, preferimos reproduzir as próprias palavras de GIRARD: "au moment du vote, les citoyens se répartissent dans leurs curies respectives où ils votent par têtes pour exprimer le suffrage de la curie; puis, les votes individuels des diverses curies ainsi obtenus, on fait le total, pour savoir dans quel sens s'est prononcé la majorité des curies. Les comices ne se réunissent que sur la convocation du roi, ils ne peuvent que répondre par *oui* ou par *non* à son interrogation, sans droit d'initiative ni d'amendement et encore sauf ratification du sénat (*auctoritas patrum*). Ils sont néanmoins l'élément d'avenir de la constitution. C'est même en eux que réside déjà essentiellement la souveraineté. Le roi les consulte seulement quand il veut, seulement sur ce qu'il veut; mais il ne peut sans leur assentiment rien changer aux institutions. Leur adhésion est nécessaire toutes les fois qu'il faut apporter une modification à l'ordre légal des choses; c'est pour cela qu'on les voit intervenir quand il s'agit de remanier la constitution légale d'une famille (*adrogation*), de déroger à l'ordre légal des successions (*testament calatis comitiis*), de dispenser un condamné de subir sa peine (*provocatio ad populum*), de rompre un traité par une déclaration de guerre. Les comices ne peuvent prendre l'initiative d'aucun de ses actes; mais seuls ils ont le pouvoir de les autoriser, germe de leur droit futur de commander."

Em nota a esse texto, salienta GIRARD que a evolução do direito de adesão dos comícios ao direito de comandar se reflete na evolução paralela do sentido da palavra *jubere* da fórmula VELITIS JUBEATIS QUIRITES, que passou do sentido de ACEITAR para o de ORDENAR. MOMMSEN o refere também (*Direito Público*, 6, 1, p. 355, nº 3; p. 353, nota 1).

GIUSEPPE GROSSO não aceita como tranqüila a hipótese de que na época real era o soberano eleito ou confirmado pela LEX CURIATA DE

IMPERIO "ché anzi, se così fosse la *lex curiata de imperio* sarebbe comparsa, per lasciare il posto all'elezione da parte dei comizi centuriati. Poichè, comme abbiamo detto, la sucessione del re doveva avvenire attraverso la designazione del predecessore o, nella carenza di questa attraverso quella dell'interrex, l'atto delle curie avveniva nei confronti del re così designato: era l'atto di sottomissione al nuovo re fatto attraverso le curie che si presentava come assunzione del comando da parte del re, al quale proposito bene è stata ricordata la affermazione di Livio (5 52 15) che COMITIA CURIATA REM MILITAREM CONTINENT (ob. cit., p. 43).

Parece certo que as cúrias possuíam uma organização militar. Sua presença, quer na escolha, quer na confirmação do rei, embora inspire dúvidas, surge inevitável. Mais na confirmação do que propriamente na escolha, dada a figura do *interrex*. O inegável é que a *lex curiata de imperio* desempenhou um papel relevante na época monárquica, vindo, com a evolução histórica, a perder grande parte de sua significação, tornando-se, como pensa Grosso, uma formalidade (p. 42) quando, na época histórica, a eleição dos magistrados passa a ser feita pelos comícios centuriados.

Remontariam essas assembléias por cúrias ao fundador da cidade, Rômulo, o primeiro a instituir leis reais, apresentadas ao povo, conforme texto de POMPÔNIO "et ita leges quasdam et ipse curiatas ad populum tulit: tulerunt et sequentes reges" (D. 1, 2, 2, 2).

PAOLO FREZZA entende que a investidura do poder real recebia um solene reconhecimento da assembléia popular por meio da LEX CURIATA DE IMPERIO: "assunzione da parte dell'esercito, per mezzo del giuramento del vincolo di fedeltà verso il capo (*Corso di St. d. Diritto Romano*, Studium, Roma, 1954, p. 48).

Tal vínculo teria origem na disciplina militar, sendo possível aliar à *lex curiata de imperio* o exercício da jurisdição.

Muito embora muitos romanistas defendam a tese da vinculação da *iurisdictio* à força militar, ao *imperium militiae*, a tese não é pacífica. Refere FREZZA que "Il SIBER in Sav. Zeitschrift (Rom. Abt.) LVII, pp. 243-244, intende le testimonianze di Cic. De I, agr. II, 12, 30 e Lev. V. 52, 15, restritivamente, cioè con riferimento esclusivo all'*imperium militiae*: non quindi anche - l'esercizio della *iurisdictio* sarebbe stato impedito della mancanza di *lex cur. de imperio*. Questa tesi (che ha contro di sé la *communis opinio*: cfr. p. es. MOMMSEN, o.c. II, p. 280, nota 4; HAEGERSTROEM, o.c. p. 18) sembra dimenticare l'intrinseca appartenenza della nozione di *iurisdictio* a quella di *imperium*" (ob. cit., p. 49, nota 75).

2. O IMPERIUM DOS MAGISTRADOS NA REPÚBLICA. A PROVOCATIO AD POPULUM

Com a instituição da república e a expansão territorial romana houve a multiplicação de magistraturas e com elas a distribuição de poderes

que antes se concentravam nas mãos do rei. Nem todos os magistrados, porém, dispunham de *imperium*, restrito aos cônsules, pretores e ditador.

Novas características imprimiu a república ao *imperium*, tornando-o restrito ao tempo de duração das respectivas magistraturas, normalmente pelo período de um ano. Distribuindo-se por vários magistrados, tornou-se plural. Em certos casos, como dos cônsules, era um poder colegiado. De uno, no período real, tornou-se, na república, TEMPORAL, PLURAL e COLEGIADO.

Apesar de fragmentado, ainda era um poder absoluto, ao qual só poderia opor-se um outro, mais alto, o do povo, através da PROVOCATIO AD POPULUM, para os COMITIA CENTURIATA, na república.

Só escapavam a tais recursos os ditadores, chamados a salvar a pátria, e não a tiranizá-la, mas que para o exercício de sua missão necessitavam de um *imperium* sem limites, apenas no tempo de duração da ditadura.

Havia ainda o *jus intercessionis* de um magistrado superior, *cum imperio* contra ato do outro magistrado inferior, *collega minor* (Vd SEBASTIÃO CRUZ, *Dir. Romano*, Coimbra, 1984, p. 66).

Integravam o *imperium* os poderes de comandar os exércitos, convocar o Senado e as assembléias populares, administrar a justiça.

A concepção moderna de distinção e separação de poderes judiciais, legislativos e executivos não era conhecida ou, pelo menos, não foi sistematizada pelos romanos. Daí a concentração de atribuições num mesmo magistrado, atribuições de natureza judicial e às vezes administrativa e legislativa. Três categorias diferentes de poderes podem ser indicados: o *imperium*, a *iurisdictio* e o *imperium mixtum*. O mais forte e o mais amplo de todos, delegado pelo povo, era, sem dúvida, o *imperium* no mais lato sentido. Dele derivava o direito de coerção — COERCITIO — e o *JUS GLADII*, direito de vida e morte. Já a *iurisdictio* se referia a contendas judiciais. O *Imperium Mixtum*, em parte com poderes de administração judicial (concedido também aos magistrados que dispusessem da *iurisdictio*; e com características evidentes de *imperium*, em casos como os da *missione in possessionem*, das *cautiones pretoriae necessariae*, da *restitutio in integrum* (D. 1, 2 — De jurisdictione, 3, Ulpiano: "*Iurisdictio est etiam iudicis dandi licentia*").

Estudo necessário é sem dúvida o do confronto entre as atribuições do rei e as dos cônsules. Estes continuaram a exercer o *imperium*, limitados pelos princípios acima apontados: a pluralidade, a temporalidade e o colegiado. A sucessão de eventos históricos e as transformações sociais fizeram, no entanto, surgir outros tipos de magistraturas até então não existentes e que assumiram poderes extremos, como os tribunos militares, substitutos dos cônsules. E ainda os *decênviros*, com missão especialíssima em determinada fase da história romana (*Decenviri legibus scribundis*). O mesmo pode dizer-se dos ditadores. O surgimento do *praetor*, como

collega minor, ensejava a concessão também do *imperium*, sujeito, porém, ao colega maior, hierarquicamente superior.

Entre as conseqüências do *imperium* do magistrado incluía-se a expedição de interditos. Neles se expressa firmemente esse poder. Não se trata de uma aplicação de regra preestabelecida em lei, como ocorre com a ação judicial; ele decorre de um ato de puro *imperium* e deste ato é que flui todo o procedimento de sentido judicial, que se reduz à obediência ou desobediência de uma ordem judicial. O primeiro momento, salienta SCIALOJA, quando surge o interdito, é mais administrativo do que judicial; porquanto o magistrado se interpõe entre as partes não como juiz supremo, mas como autoridade que expede um mandado (SCIALOJA, Vittorio — *Procedimento Civil Romano*, ed. Jur. Europa-América, Buenos Aires, 1954, p. 312).

O mesmo pode dizer-se nos demais casos de *missiones in possessionem*.

A afirmativa de IHERING de que o IMPERIUM era uma autoridade ilimitada só pode aplicar-se, em nosso entender, ao tempo da realza. A república criou-lhe freios e limitações de toda ordem, a maior delas representada pela vontade do povo nas assembleias populares centuriatas.

A própria origem etimológica da palavra, que MOMMSEN não considerava muito clara, alguns a vinculam ao verbo PARERE, que significa OBEDECER; e PAR, que quer dizer IGUAL, mas, segundo IHERING encontra-se no dialeto osco a forma EMBRATUR para IMPERATOR, que oferece outra provável etimologia (IHERING, *L'Esprit du Droit Romain*, trad. de Meulenaere, Lib. A. Marescq, Paris, 1886, vol. I, p. 255, nota 213).

Aspectos muito especiais apresenta o *imperium* dos magistrados no campo do direito processual penal. Em princípio, o *imperium* dentro dos limites da cidade era limitado pela lei; enquanto fora do *pomerium* se tornava amplo e discricionário. Restrito na cidade, aos cônsules e, no caso de ausência destes, ao *interrex*, ao prefeito da cidade, e ao pretor, só se aplicava aos cidadãos romanos com as mesmas limitações da *coercitio*. Mesmo dentro de Roma, todavia, tornava-se sem limitações, quando, em delitos públicos, se tratasse de punir, segundo exemplificação de MOMMSEN: 1) aos cidadãos sem direito a *provocatio* por terem cometido delitos militares; 2) às mulheres, sem direito a *provocatio* contra atos dos edis; 3) aos estrangeiros, excetuados os latinos, com situação excepcional por lhes ter sido reconhecido o direito à *provocatio*; 4) aos que não fossem livres por qualquer motivo legal.

Verifica-se, dessa forma, que o direito romano protegia, tanto quanto possível, ao cidadão livre, com todas as suas garantias asseguradas, dentro de Roma. O *imperium* contra eles deixava de ser absoluto, o que já não ocorria com aquelas categorias de pessoas antes mencionadas.

Outro tratamento se observava fora dos limites de Roma, em que o *imperium* se tornava ilimitado, absoluto, discricionário, recaindo, em tempo

de guerra, sobre todo aquele que integrasse o exército e ainda sobre todo e qualquer indivíduo romano ou estrangeiro.

Enquanto, dentro da *urbs*, havia as limitações da anualidade, fora, pelo contrário, tal não ocorria. Dentro de Roma o Cônsul tinha na lei as restrições para o exercício de suas funções decorrentes do *imperium*, indicando-lhe os auxiliares para a ação penal. Fora de Roma o comandante militar ou o presidente de província dispunha de liberdade de escolher aqueles auxiliares que bem entendesse, mediante delegação.

As atribuições dentro de Roma mudaram com o tempo. Ao fim da república, o direito de imposição de pena capital já não era concedido aos magistrados dentro da cidade, quando se referisse a cidadãos. MOMMSEN considera de caráter extraordinário o direito de aplicação do *imperium* fora de Roma, a não ser nos casos de guerra, em que ele era normal. Reproduzimos as próprias palavras do eminente romanista:

“Mas o emprego do *imperium* para fins penais fora da cidade (extra-urbano) tinha sempre, exceto no direito de guerra em sentido estrito, caráter extraordinário. O império romano era uma confederação de cidades mais ou menos autônomas, e a administração da justiça fora do território de Roma correspondia ordinariamente, tanto na Itália quanto nas províncias, a autoridades municipais. Os casos de guerra ou de necessidade de defesa eram, como demonstramos no capítulo IX do livro primeiro, os que provocavam a ingerência nos assuntos da Itália e das províncias dos depositários do *imperium* romano e esta ingerência não chegou nunca a constituir-se em sistema fixo na Itália, de maneira que houvesse um posto criado para realizá-la, e quanto às províncias, o que se pode dizer é que se enviavam a elas tão-somente juizes civis para que tomassem conhecimento dos processos romanos. Para maior esclarecimento da evolução que os princípios tiveram nesse ponto, vamos fazer uma enumeração dos principais casos em que os depositários do *imperium* romano intervinham no direito penal da Itália, e das províncias, sobretudo aqueles que remontam aos antigos tempos da república” (ob. cit., p. 103) (MOMMSEN — Roem. Strafrecht — *Le Droit Pénal Romain*, trad. de Duquesne, O Man. Ant. Rom., vol. 17-1, pp. 166 e seg., Paris, 1907).

Os casos principais se referiam a:

- 1) *perduellio* praticada por membros da confederação, infidelidade, sublevação, escravos rebeldes, ofensa a magistrado romano;
- 2) delitos coletivos com perigo da segurança pública;
- 3) abusos de autonomia, má e injusta administração das caixas municipais e respectivos bens.

Quanto aos governadores de províncias, com instituição de tribunais romanos fora da Itália, ter-se-ia iniciado com o voto popular de 527-227,

quanto à Sicília e que se ampliou depois para todo o império. A Itália, que sempre fora exceção, a partir de Diocleciano passou a submeter-se aos mesmos princípios aplicados à província. Eram os presidentes de província chamados também PRAETORES, com direito de *imperium*, poderes militares e civis.

A matéria torna-se por demais vasta, quão vastos eram o império e o *imperium*, em sentido próprio. Não cabe nos limites deste sucinto trabalho abordar todas as minúcias processuais com as alterações que através dos tempos ocorreram, freqüentemente (Vd. também *Direito Penal Romano*, de MOMMSEN, trad. de P. Dorado, cit., pp. 101-102).

Pelo exposto verifica-se que o mando supremo e ilimitado entre os romanos, denominado IMPERIUM, surgiu na mais remota idade, contemporâneo da realeza. Importava na concentração de forças em mãos do monarca, aquilo que IHERING chama a "reunião de três poderes diferentes": o *militar*, o *político* e o *religioso* (ob. cit., p. 254). Mas em sentido restrito seria originariamente apenas o poder militar no mais alto grau. Refere ainda esse autor que caberia lembrar a possibilidade de uma CONVENÇÃO. O IMPERIUM como convenção, apenas no que diz respeito à concessão, porquanto, no seu exercício regular independe de consentimento do povo. Havia por trás disso tudo o interesse militar, a necessidade de manter a disciplina e assegurar a defesa nacional. Sucede, também, que o rei poderia exceder-se e tornar-se tirano. Daí o remédio maior, a *provocatio ad populum*, que era "uma defesa contra as suas usurpações", um recurso à justiça do povo nos casos em que "o condenado poderia contestar a competência do rei" (IHERING, loc. cit. p. 258). O mais impressionante é que não se applicava a *provocatio* aos delitos militares. A História romana oferece dois exemplos, que parecem exceção aos citados por IHERING e referidos por TITO LÍVIO (I, 25, 26) quando Horácio matou a irmã ao penetrar em Roma com o exército vitorioso; e (VIII, 33) quando Fábio pleiteou também a *provocatio*, usando como argumento o precedente de Horácio. Havia, sem dúvida, um equilíbrio de forças entre os governantes e o povo e tudo isso serve para demonstrar que, mesmo na mais remota antiguidade, o poder já emanava do povo, ele concedia e retirava o *imperium*, submetia-se a esse *imperium* e contra ele se rebelava impondo-lhe restrições. Em última análise, pode-se falar de um IMPERIUM DO POVO muito embora a expressão não seja consagrada pelos tratadistas (2).

3. O IMPERIUM DO POVO NAS ASSEMBLÉIAS POPULARES

A matéria até aqui exposta reclama algumas reflexões.

Sendo o IMPERIUM um poder absoluto de origem militar, pelo menos em seus primórdios, teve a enfrentá-lo um outro poder: o do VOTO

2) Salienta MISPOULET que foi NIEBUHR quem, pela primeira vez, descobriu que os *pateres* dispondo de *auctoritas* não eram outros senão os patricios agrupados em *cúrias*, e daí concluiu que a *auctoritas* se confundia com a *lex curiata de*

popular. Dir-se-ia que a História romana durante a república nada mais foi do que uma luta constante entre essas duas forças: O GLÁDIO, simbolizando o IMPERIUM, e o VOTO, representando o povo, nos *comitia*. Do equilíbrio dessas duas potencialidades é que surgiram as magistraturas, algumas com predominância do GLADIUM, outras sem ele (os magistrados SINE IMPERIO), todos, porém, dependentes da vontade popular expressa nas assembléias ou COMITIA CURIATA, na Realeza, e CENTURIATA, na República.

IMPERIUM não era sinônimo de arbítrio, muito embora, em certos casos, dele se avizinhasse. Os critérios de foro íntimo deveriam variar de magistrado a magistrado. Fazia-se necessário o equilíbrio na condução da coisa pública, em se tratando de Cônsules, ou no exercício do poder judicial, em se tratando de *practores* ou quaisquer outros magistrados *cum imperio*.

Creemos que do equilíbrio e justo uso dessas duas energias é que surgiu a grandeza romana. Há que distinguir, no entanto, entre o *imperium* na administração da coisa pública e o *imperium* na distribuição da justiça. O político, do judicial. O magistrado, quando no exercício de seu *imperium*, decretava uma RESTITUTIO IN INTEGRUM, uma MISSIO IN POSSESSIONEM ou qualquer outra medida asseguradora de direitos — embora não previstas expressamente em lei —, usava de uma força que lhe era imanente, com raízes no direito natural.

Lesar um menor seria possível sem que a lei muitas vezes dispusesse de normas acauteladoras. O magistrado corrigia a falha legal, supriam a omissão, completava-lhe o preceito, seguindo o que lhe ditava a consciência em defesa de um direito a ser resguardado. Daí o grande monumento do direito honorário, JUS HONORARIUM, surgido, ADJUVANDI, VEL SUPPLENDI, VEL CORRIGENDI IURIS CIVILIS GRATIA PROPTER UTILITATEM PUBLICAM (D. I, 7 no dizer de Papiniano).

(Continuação da nota anterior.)

imperio. NIEBUHR chegou a essa conclusão comparando textos de Tito Livio e de Cícero, em que falam da eleição dos reis. Tito Livio refere *patrum auctoritas*, Cícero *lex curiata*, para referir a mesma coisa. Encontrou, é verdade, restrições a essa opinião (vd. MOMMSEN, *Roem. Forsch.* 1, pp. 247-250; SOLTAU, *Entstehung*, p. 109; WILLEMS, *Le Sénat*, 2, p. 50). (Textos: LIVIO, I, 17, 22, 32, 34, 41, 47; CÍCERO, *De Rep.*, 2, 13, 25; 2, 17, 31; 2, 33; 2, 20, 35; 2, 21, 38; CÍCERO, *Pro Plancio*, 3, 8; idem, in *De lege agraria*, 2, 11). MISPOULET concorda com NIEBUHR, dada a semelhança de informações entre os dois autores, só discordantes em um ponto: quanto à eleição de Sêrvio Túlio, que teria sido irregular. Tito Livio aponta como irregularidade na eleição de Sêrvio a ausência de duas formalidades essenciais: o voto dos comícios e a *auctoritas patrum*; Cícero censura a Sêrvio não ter recorrido ao *interrex*, como era de praxe, exercendo ele mesmo a função de *interrex*, presidindo os comícios eleitorais e propondo a *lex curiata de imperio suo*. Conclui MISPOULET que "On est ainsi obligé de reconnaître que Tite-Live et Cicéron ont pris la *lex curiata de imperio* et l'*auctoritas patrum* l'une pour l'autre. A leurs yeux, c'est exactement la même chose". (MISPOULET, J. B. — *Études d'Institutions Romaines*, Paris, A. Durand et Pédone-Lauriel éd., 1887.)

Eis aí. O grande estalão, a medida do arbítrio era precisamente o interesse público, ou melhor, a UTILITAS PUBLICA. Tudo o que ficasse fora desse critério seria arbitrário e transformava o IMPERIUM em ARBITRIUM, em se tratando de magistrados com ação judicial ou em TIRANIA, em se tratando de rei, na realeza, ou de Cónsul, na república.

Em toda a trajetória histórica romana os princípios não foram os mesmos, nem a força do povo foi suficiente para conter os arroubos do *arbitrium*, disfarçado em *imperium*. A força militar nem sempre se submetia à do povo.

A origem militar da *lex curiata de Imperio* é atestada pela literatura latina, em CÍCERO, *De Republica* II, 13, 17, 18, 20, 21; em DIONÍSIO DE HALICARNASSO II; 60 III, 1, 36, 49, 59 IV, 16; em TIRO LÍVIO, I, 17, 22, 32, 35, 41, 46, 49, V, 46, 52, VI, 38.

Lê-se em CÍCERO, *De Rep.* II, 13, referindo-se ao Rei Numa Pompílio: “eleito pelo povo em comícios curiatis, apresentou aos comícios uma lei curiata que lhe concedia o *imperium*. . . *Qui ut huc venit, quamquam populus curiatis eum comitiis regem esse jusserat, tamen ipse de suo imperio curiatam legem tulit*. . .

Idem, referindo-se a Tulo Hostílio, que a exemplo de Numa, “fez com que as cúrias lhe concedessem o *imperium*”: II, 17: *isque de imperio suo, exemplo Pompilii, populum consuluit curiatim*.

Mais adiante, aludindo a Anco Márcio, II, 18: “Depois de Tulo é Anco Márcio, filho da filha de Numa, que foi escolhido rei, e ele também obteve o *imperium* por uma lei curiata”. II — 18: *Post eum Numae Pompilii nepos ex filia rex a populo est Ancus Marcius constitutus: itemque de imperio suo legem curiatam tulit*.

Novamente, citando Tarquínio, diz: “Depois de obter o *imperium* por uma lei, começou por duplicar o número dos senadores”. II — 20: *Isque ut de suo imperio legem tulit, principio duplicavit illum pristinum patrum numerum*.

Assumindo Sérvio Túlio, morto Tarquínio, refere ainda CÍCERO: “ele se dirigiu ao povo e, chamado a imperar, se fez conferir o *imperium* por uma lei curiata”. II — 21: *Sed, Tarquinio sepulto, populum de se ipse consuluit; jussusque regnare, legem de imperio suo curiatam tulit*.

Esses exemplos demonstram como os reis de Roma tinham a preocupação de alicerçar o seu poder no IMPERIUM concedido pelo povo, através da *lex curiata*. Servem também para evidenciar como o IMPERIUM, desvirtuado, usado contra os interesses maiores do mesmo povo, se transforma em tirania. E a afirmativa é do próprio CÍCERO, II, 26: “Vede agora como de um rei saiu um déspota e como, pela falta de um homem só, a melhor forma de governo se tornou a pior”. II — 26: *Videtisne igitur, ut de rege dominus exstiterit, uniusque vitio genus reipublicae ex bono in deterrimum conversum sit? Hic est enim dominus populi, quem*

Graeci tyramnun vocant. . . Este é o senhor do povo, que os gregos chamam tirano.

E foi essa tirania de Tarquínio, o Soberbo, que levou à queda da realeza e instituição da república, em novas bases. O IMPERIUM distribuiu-se entre côsules e a pouco e pouco foi se transferindo para outras magistraturas.

Dir-se-ia que todo o drama político romano se desenrolou em torno do conceito e da utilização do IMPERIUM pelos detentores do poder.

Quando, mais tarde, os tribunos do povo se lançaram à mais alta condição, durante a república, foi ainda com alicerce nesse mesmo atributo, que se edificou a grandeza dessa magistratura, embrião do futuro Império de Augusto. Era a *tribunitia potestas* herdeira das virtudes das mais velhas magistraturas *cum imperio*, das priscas eras.

O poder de intercessão dos tribunos, os recursos para o povo, através da PRÓVOCATIO, eram outras tantas medidas em que se afirmava a soberania maior.

A exteriorização do *imperium* dos primeiros magistrados se fazia através dos *lictors*, enquanto os magistrados *sine imperio* dispunham apenas de *viatores*.

Durante a república os magistrados ficaram distribuídos em três categorias: a) os que possuíam *imperium* e *iurisdictio*, isto é, o IMPERIUM MIXTUM; b) os que possuíam IMPERIUM, sem *iurisdictio*, chamados *potestas* ou IMPERIUM MERUM; c) os que só dispunham da *iurisdictio*, como os magistrados municipais.

ULPIANO, já citado, escreveu (D. 2, 1, 3) — *de iurisdictione*: “Imperium aut merum est, aut mixtum est. Merum est imperium, habere gladii potestatem ad animadvertendum facinorosos homines quod etiam potestas appellatur. Mixtum est imperium, cui etiam iurisdictio inest quod in danda bonorum possessione consistit. Iurisdictio est etiam iudicis dandi licentia” (vd. a respeito MAYNZ, Charles, *Cours de Droit Romain*, Bruylant Christophe ed. Bruxelles, 1876, vol. 1).

À proporção que Roma se avantajava geograficamente, estendendo o seu domínio pela península itálica e depois pela África, Asia e Ocidente europeu, todas essas estruturas foram a pouco e pouco alteradas e o próprio peso das palavras se viu abalado pelos fatos sociais.

Tão forte é o sentido da palavra que a terceira fase da história romana, instaurada por Augusto, denominada Principado, foi também o começo do IMPÉRIO, tendo à sua frente um IMPERATOR, com poderes extremos.

4. O IMPERIUM DO PRÍNCIPE

A terceira fase da história romana, o Principado, importa na sublimação da palavra IMPERIUM. Toda a carga do passado parece concen-

trar-se na figura daquele que, sendo o *Princeps Senatus*, o primeiro do Senado, seria também o *Imperator*, o chefe supremo do *Imperium Romanum*. É bem verdade que o título *Imperator* já vinha de períodos anteriores, concedido pelo exército, mediante aclamação, a César. Mas as palavras mudam de sentido, obedecem às contingências do tempo e do espaço, adaptam-se à vida e aos costumes, de forma que Augusto, instituindo o Principado, criou também o Império, no ano 27 a.C. Foi precisamente nesse ano que Otávio Augusto recebeu esse título — IMPERATOR. Logo depois, a 25 a.C., foi cognominado o *Pai da Pátria*, recebendo o mando supremo por dez anos. Logo mais a 21 a.C., foram-lhe concedidos os privilégios tribunicios perpétuos e o proconsular, ambos imbuídos do *imperium*, herdado da república. A 15 a.C., renova-lhe o Senado os poderes absolutos por mais dez anos. Poder absoluto, aqui, sem dúvida, se confunde com a noção do *imperium*, em sentido lato, porquanto as restrições ao mesmo cada vez mais se amesquinhavam. Finalmente, a 11 a.C., foi elevado à categoria de *Pontifex Maximus*, o chefe maior da religião.

Roma agora não era mais aquela cidadela do tempo da Realeza, de área restrita, com um rei detentor do *Imperium*, a conjugação de poderes administrativos, religiosos e militares. Era a dominadora de vastas regiões européias, asiáticas e africanas. Que nome dar a tão extensos domínios, se não aquele que decorria do poder concentrado em mãos do governante? Era um *Imperium*, no sentido territorial e político. Vemos assim que se confundem os poderes com a própria coisa possuída, o imperante, com o domínio objeto de seu poder extremo. As demais magistraturas se atrofiaram. Os cônsules não eram mais aquelas poderosas figuras que substituíram os reis no início da república, reduzindo-se a funções criminais. O mesmo pode dizer-se de procônsules, pretores e tribunos. Esvaziaram-se as magistraturas. E se esvaziaram de quê? Precisamente do IMPERIUM, agora em mãos do Príncipe. Augusto foi mais *imperador* do que César, este comandante dos exércitos com título militar. Era também, o *Princeps Senatus*. Podem resumir-se as competências do Príncipe, na qualidade de Imperador, às seguintes, outorgadas pela LEX DE IMPERIO: a) *Imperium proconsulare*, como chefe supremo das forças armadas e administração das províncias; b) *tribunitia potestas*, poderes que durante a república eram prerrogativa dos tribunos, que tanta agitação trouxeram à história romana. As iniciativas de projetos de leis para aprovação pelas assembleias populares e pelo Senado (*senatus consultus*) passaram dos tribunos para o imperante; c) *Pontifex maximus*, chefe supremo do Colégio dos Pontífices; d) a *Praefectura Morum*, censura, antes desempenhada pelos Censores também se transferiu para o Príncipe. Com a atrofia das antigas magistraturas, despojadas de seu *imperium*, houve necessidade de manter outras menores, *sine imperio*: a) os *Procuratores Caesaris*; b) os *Legati Caesaris*; c) os *Praefecti Urbi*; d) *Praefectus Pretorio*; e) *Quaestores candidati principis*; f) *Praefectus annonarum*; g) *Praefectus vigilum* (vd. SILVIO MEIRA, *Curso de Direito Romano*, ed. Saraiva SP, Cap. VIII).

Somem-se a essas as magistraturas criadas para territórios longínquos, como o *Praefectus Augustalis* para o Egito, instituído por Augusto (D. I, XVII, *De Officio Praefecti Augustalis*, Ulp.)

Não desejamos aprofundar a análise das causas que levaram a república a transformar-se em Império. Lembramos apenas que para SCHULZ o regime instituído por Augusto possuía ainda características de República. Apenas se sobrepusera às figuras dos magistrados anteriores, a do Imperador. Não nos parece verdadeira a tese. Já VALEIUS PATERCULUS ao referir o período anterior republicano, dizia: PRISCA ILLA ET ANTIQUA REIPUBLICAE FORMA REVOCATA.

DE FRANCISCI defende tese em sentido oposto. O mesmo o faz DESSAU, segundo o qual o regime instaurado por Augusto era mais uma monarquia, o governo de um só, o Imperador (DE FRANCISCI, *La Costituzione Augustea in Studi in Onore di Pietro Bonfante*, Milano I, 1930, p. 13).

MOMMSEN julga tratar-se não de uma república, nem de uma monarquia em sentido estrito, mas de uma DIARQUIA, dado o papel ainda relevante do Senado. IMPERATOR e SENATUS, as duas entidades que se colocam à cabeça do Império. BRUNS e JOERS seguem a mesma esteira.

Já EMÍLIO BETTI, no que confere com ARANGIO RUIZ, entende tratar-se de um sistema híbrido, ora voltado para o passado, com laivos de república, ora olhando para o futuro, monarquia. Com o tempo esta suplantou a anterior, aprimorando-se cada vez mais a centralização de poder e a monarquia, que acabou por desembocar no Dominato, mais tarde.

A esta altura, cabe indagar: O IMPERIUM, como poder, mantinha-se restrito ao Imperador ou se dividia com o Senado? A aceitar a tese de MOMMSEN quanto à diarquia, parece-nos que parcela do *Imperium* permanecia com o Senado, cujas atribuições, instáveis e reduzidas, ainda eram vastas: poderes eleitorais (a partir de Tibério); administração de províncias; administração financeira (*Aerarium Saturni*); poderes legislativos, a partir de Nerva. Eram 600 os Senadores ao tempo de Augusto. Um órgão com tal representação ainda não se amesquinhou de todo. Perdera, é verdade, a supervisão da política externa, as declarações de guerra e a efetivação de alianças com potências estrangeiras e realização dos tratados de paz.

Com a evolução histórica o próprio Senado ficou, a pouco e pouco, sem a sua parcela de *Imperium*, remanescente de república. Tudo se concentrou em mãos do Imperador. A investidura, através da LEX DE IMPERIO, lhe punha nas mãos tão extremas forças. Os próprios senatus-consultos passaram a receber os nomes dos imperantes. As Constituições, CONSTITUTIONES PRINCIPUM, cobriram finalmente todo o campo legislativo, absorvendo mesmo áreas antes reservadas aos senatus-consultos.

É da época do Principado uma das mais importantes leis que outorgavam o poder supremo ao Imperador: A LEX DE IMPERIO VESPA-
SIANI (69-79 d.C.).

Quanto às assembleias populares — *Comitia* —, estas também foram-se anemizando durante o Principado. Escreve a respeito RUGGIERO: “Ma col sorgere dell’Impero, non ostante che anche dopo la riforma di Tiberio i comizii legislativi continuassero per qualche tempo a funzionare quel potere passò nell’imperatore, probabilmente per effetto della legge d’investidura (LEX DE IMPERIO), certamente perchè nel fatto la sovranità risiedeva in lui. La forma dell’atto era in genere quella dell’editto o del recrito” (vd. RUGGIERO ETTORE, *De la Patria nel Diritto Pubblico Romano*, Maglione & Strini, Roma, 1921, p. 138; e MOMMSEN, *Staatsrecht III*, 132 segs.; II, 889 segs.).

Era, portanto, a LEX DE IMPERIO, uma lei de investidura, na qual residia a soberania.

Eis um conjunto de palavras que se completam: *imperium*, *soberania*, *investidura*. Tomava a forma de um edito ou de um rescrito.

Convém ainda salientar, antes de entrar na análise da lei de investidura de Vespasiano, que o IMPERIUM também se estendeu aos governadores de Províncias, no início, um cônsul ou pretor, depois chamados *praesides*, presidentes. Dispunham eles, não apenas do *imperium*, mas da *iurisdictio*. Publicava seus editos, os chamados editos provinciais, parte considerável do *jus honorarium*.

Vemos, dessa forma, que o antiqüíssimo poder absoluto que provinha dos reis e só por eles exercido, o velhíssimo IMPERIUM, se transformara através dos séculos, tomando novas feições durante o Principado. PAULO o caracterizou bem: “POTESTATIS verbo plura significantur, in persona magistratum IMPERIUM, in persona liberorum PATRIA POTESTAS: in persona servi DOMINIUM.” POTESTAS, IMPERIUM e DOMINIUM, três vocábulos a sofrerem os embates do tempo e dos costumes. Quando PAULO alude a magistrado, quer referir-se, sem dúvida, não apenas aos magistrados CUM IMPERIO, da estrutura judiciária, mas especialmente ao Imperador, o magistrado maior. IMPERIUM PROCONSULARE MAIUS, com supervisão do exército, administração das províncias imperiais e supervisão mesmo daquelas que estavam entregues à administração do Senado, as províncias chamadas senatoriais.

As restrições, que havia durante a república, quanto à pluralidade, anualidade e colegialidade, terminaram no Império, quanto à figura do Imperador. E isso põe em realce MOMMSEN, que citamos neste passo na tradução de Bonfante: “L’imperium dell’imperatore si è volto organicamente dal governo provinciale della repubblica, e suole esser designato col titolo di potestà proconsolare. La collegialità è via di principio esclusa nel governo provinciale repubblicano; l’annalità, in forza dell’uso e dell’abuso della proroga, ha in esso funzionato solo imperfettamente. I comandi

provinciali di lunghi anni, che abbracciavano a un tempo stesso parecchie provincie e dispensavano più o meno il governatore dal risiedere nel suo distretto, nell'ultima epoca repubblicana, e più ancora i comandi militari straordinari su tutto il mar mediterraneo contro la pirateria con aiutanti magistrati nella stessa ultima epoca repubblicana sono di gran lunga più prossimi all'IMPERIUM dell'imperatore che a quello dell'originario pretore della Sicilia" (*Disegno dell Diritto Pubblico Romano*, cit. p. 231).

O IMPERIUM extra-italico assumiu características amplas, criando-se o IMPERIUM INFINITUM "per l'estensione a tutti i territori fuori di Italia", mentre l'impero repubblicano a assolutamente delimitato nel territorio: pela superioridade a qualquer outro *imperium* "in caso di collisione (IMPERIUM MAIUS), mentre tra gli imperi ordinari della repubblica più tarde, per esser delimitati nel territorio la collisione era in via di principio esclusa: per l'esclusivo possesso di proprie truppe, in quanto tutte le milizie dell'impero hanno giurato nel nome del principe mentre nel periodo repubblicano ogni governatore ha il suo proprio esercito o per lo meno può averlo. La limitazione per cui Roma e l'Italia non sono soggette all'impero militare, é pur la regola per l'IMPERIUM dell'imperatore e anche praticamente ebbe grande influenza benché sia stata ridotta pel fatto che il principe regolarmente dimorante in Roma non poteva rimanere senza una guardia del corpo e l'Italia per la sua posizione non poteva restare senza porti di guerra" (Id. p. 232).

5. A LEX DE IMPERIO VESPASIANI

A prática imperial da expedição da LEX IMPERIO vincula-se, sem dúvida, à mais antiga tradição romana, conservada por um milênio. ADOLF BERGER o reconhece ao afirmar: "Apparently this custom, practiced in the first century of the Principate, was a continuation of the old republican tradition, of the LEX CURIATA DE IMPERIO which conferred IMPERIUM on the higher magistrates" (*Enc. Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, verbete LEX DE IMPERIO).

O texto dessa lei foi preservado através dos séculos e se encontra, em grande parte, em peça de bronze no Museu Capitolino, em Roma.

A ela fazem referência GAIO e ULPIANO.

Lê-se em GAIO: "ipse imperator per legem imperium accipit."

Lê-se em ULPIANO: "Quod principi placuit lege habet vigorem. Utpote cum lege regia, quae de imperio ei lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat (D. 1.4.1).

ERNST KORNEMANN considera essa lei uma das mais importantes fontes do direito público do Principado: "Das auf Erz erhaltene Gesetz — Lex de Imperio Vespasiani — ist eine unserer wichtigsten Quellen fuer das Staatsrecht des Prinzipats" (vd. *Roemische Geschichte*. Die Kaiserzeit, Alfred Kroener Verlag, Stuttgart, 1953, p. 215).

Essa importância decorre, cremos, da substância da própria lei, que concedia ao imperador, em bloco, uma considerável soma de poderes. Enquanto Augusto recebeu poderes parceladamente, aos poucos, conforme já foi demonstrado, até sobrepor-se às demais magistraturas, os demais imperadores que o sucederam eram investidos de uma autoridade superior, que se foi consolidando com o tempo. Augusto recebeu a *tribunitia potestas* sem ser tribuno, como bem o salienta GIUSEPPE GROSSO (ob. cit., p. 347) e investiu-se do *imperium proconsulare* sem ser procônsul.

A LEX DE IMPERIO VESPASIANI, conservada em parte, revela essa soma de atribuições em bloco, entre elas:

- a) o direito de declarar a guerra;
- b) o de fazer a paz e firmar tratados;
- c) o direito de recomendar candidatos às magistraturas, com força vinculativa;
- d) o poder de convocar o Senado, “quando e como lo ritenesse conveniente”;
- e) direito de estender os limites do *pomerium*. Poder absoluto, poder e direito reunidos, *ius potestasque*, decorrente dessa *lex de imperio Vespasiani*, que concedia ao *imperator* o poder e o direito de agir e praticar “*agere facere quaecumque ex usu rei publicae maiestateque divinarum, humanarum, publicarum privatarumque rerum esse censebit.*”

Era, a nosso ver, o caminho aberto para o futuro Dominato, que viria mais tarde, no final do século 3º, com Diocleciano (284-305).

Ao fim do Império, vale dizer do Dominato, surge nos textos a palavra *regia*, em vez de *imperium*. Fala-se em LEX REGIA, em lugar de LEX DE IMPERIO (D. 1.4.1 e I 1.2.6). Atribui-se à influência bizantina, ou seria mesmo uma versão grega do *imperium romano* (vd. Grosso, cit. p. 464).

Pelo exposto, verifica-se quão longa foi a marcha, através dos tempos, do IMPERIUM, iniciado com a LEX CURIATA oito séculos antes de Cristo, e a terminar com a LEX DE IMPERIO ou LEX REGIA, da era cristã. A força concentrada em mãos do governante, todavia, sempre provinha do povo, nos primeiros tempos. MAX KASER afirma, todavia, referindo-se ao período imperial e ao poder do imperante: “Zur Begründung dieser Kraft beruft man sich auf die LEX DE IMPERIO, mit der Kaiser seine Gewalt vom Volk erhalten habe”.

Anexamos a este trabalho uma reprodução da LEX DE IMPERIO VESPASIANI, extraída do CORPUS INSCRIPTIONUM LATINARUM, e outra constante da obra de P.F. GIRARD, *Textes de Droit Romain* (8).

6. O IMPERIUM DA LEI. A DEFINIÇÃO DE MODESTINO

Pode falar-se também em IMPERIO DA LEI ao lado do império do rei, do príncipe, dos magistrados e do povo?

Os textos isso autorizam e entre eles um bem claro, do juriconsulto Modestino (D. 1, 3, 7): "LEGIS VIRTUS HAEC EST: IMPERARE, vetare, permittere, punire".

O próprio ato de vetar também não é um ato de império? E o de punir? E o de permitir? A lei, ela mesma, é a encarnação do *imperium*, que provém da vontade popular, quando elaborada em razão dessa vontade.

Eis a razão por que entendemos que, nos treze séculos de evolução da vida histórica romana, todas as lutas se desenvolveram em torno de dois valores, ou melhor, de duas forças, aparentemente antagônicas mas que se completavam: de um lado, o IMPERIUM no seu mais alto sentido e, do outro lado, o VOTO POPULAR, nas assembléias — COMITIA, durante a república, embora ficticiamente representada, durante o domínio, na LEX DE IMPERIO ou LEX REGIA.

A humanidade parece ainda viver e agitar-se em torno desses dois pólos: o *imperium*, a força disciplinada e às vezes indisciplinada e a vontade popular, expressa no voto e manifestada no verbo.

3) O IMPERIUM romano deixou alguns herdeiros históricos, entre eles o Sacro Império Romano-Germânico. A palavra, de tão forte conteúdo, passou a designar todas as nações poderosas com dominação territorial vasta: Império Bizantino, Império Português, Império Brasileiro, Império Inglês, Império Alemão e assim por diante. Apenas a palavra sobreviveu, designando novas estruturas políticas, embora com um lastro considerável de influência jurídica romana, quer no direito público, quer no privado.

LEX DE IMPERIO VESPASIANI

Reproduzimos a seguir o texto da *Lex de Imperio Vespasiani*, existente no Museu Capitolino, em Roma:

foedusve cum quibus volet facere liceat, ita uti licuit divo Aug (usto), Ti (berio), Iulio Caesari Aug (usto) Tiberioque Claudio Caesari Aug (usto) Germanico;

utique ei Senatum habere, relationem facere, remittere, senatus consulta per relationem discessionemque facere liceat, ita uti licuit divo Aug (usto), Ti (berio) Iulio Caesari Aug (usto), Ti (berio) Claudio Caesari Augusto Germanico;

utique, cum ex voluntate auctoritateve iussu mandatuve eius praesentive eo senatus habebitur, omnium rerum ius perinde habeatur, servetur, ac si e lege senatus edictus esset habereturque;

utique, quos magistratum, potestatem, imperium curationemve culus rei patentes senatui populoque Romano commendaverit, quibusque suffragationem suam dederit, promiserit, eorum comitils quibusque extra ordinem ratio habeatur;

utique ei fines pomerii proferre, promovere, cum ex re publica censebit esse, liceat, ita uti licuit Ti (berio) Claudio Caesari Aug (usto) Germanico;

utique, quaecunq[ue] ex usu rei publicae, maiestate divinarum, huma-
(na)rum, publicarum privatarumq[ue] rerum esse censebit, ei agere, facere
ius potestasq[ue] sit, ita uti divo Aug(usto) Tiberioq[ue] Iulio Caesari
Augu(usto) Tiberioq[ue] Claudio Caesari Aug(usto) Germanico fuit;

utique, quibus legibus plebeive scitis scriptum fuit ne divus Aug(ustus)
Tiberiusve Iulius Caesar Aug(ustus) Tiberiusq[ue] Claudius Caesar Aug
(ustus) Germanicus tenerentur iis legibus plebisq[ue] scitis imp(erator)
Caesar Vespasianus solutus sit, quaeq[ue] ex quaque lege, rogatione divum
Aug(ustum) Tiberiumve Cladium Caesarem Aug(ustum) Germanicum
facere oportuit, ea omnia imp(eratori) Caesari Vespasiano Aug(usto)
facere liceat;

utique, quae ante hanc legem rogatam acta, gesta, decreta, imperata
ab imperatore Caesare Vespasiano Aug(usto) iussu mandatuve eius a
quoque sunt, ea perinde iusta retaq[ue] sint ac si populi plebisve iussu
acta essent.

SANCTIO:

Si quis huiusce legis ergo adversus leges, rogationes plebisve scita
sentusve consulta fecit, fecerit, sive, quod eum ex lege, rogatione plebisve
scito s(enatus)ve c(onsulto) facere oportebit, non fecerit huius legis ergo,
id ei ne fraudi esto, neve quis ob eam rem populo dare debeto, neve cui
de ea re actio neve iudicatio esto, neve quis de ea re apud (s)e agi sinito.

C. I. L. VI, 930.

Vd DESSAU, 244 — BRUNS, n. 56, inf. Girard: "Tábua de bronze
encontrada em Roma, no XIV séc. e contendo o final do texto legislativo
conferindo poder a Vespasiano. As atribuições do Imperador eram deter-
minadas por um senatusconsulto, logo em seguida aprovado por aclamação
pelo povo (105).

BIBLIOGRAFIA

1. ARANGIO, Ruiz Vincenzo. *Istituzioni di Diritto Romano*. Napoli, Ed. Joveve, 1952.
2. BETTI, Emilio. *Istituzioni di Diritto Romano*. Padova, Cedem, 1947.
3. BERGER, Adolf. *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Philadelphia, The American Philosophical Society, 1953.
4. BONFANTE, Pietro. *Histoire du Droit Romain*. Paris, Rec. Sirey, 1928.
5. BONINI, Roberto. *Ricerche di Diritto Giustiniano*. Milano, Giuffrè, 1968.
6. BIONDI, Biondo. *Discipline Giuridiche-1 Diritto Romano*. Milano, Vita e Pensiero, 1944.
7. BRUNS, Carolus Georgius. *Fontes Iuris Romani Antiqui*. Tubingae, in Leb. I. C. B. Mohrii, 1909.
8. CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*. Portugal, Gráfica Coimbra, 1984.
9. FRESQUET, R. de. *Traité Élémentaire de Droit Romain*. Paris, A. Marescq, sd.
10. GALISSET. *Corpus Juris Civilis*. Paris, sd.
11. GIRARD, Paul-Frédéric. *Manuel Élémentaire de Droit Romain*. 5ª ed., Paris, A. Rousseau ed., 1911.
12. GIRARD, P. R. *Textes de Droit Romain*. Paris, Rousseau & Cie., 1937.
13. GIRAUD, M. C. *Histoire du Droit Romain*. Paris, Aubin ed., 1847.
14. GROSSO, Giuseppe. *Lezioni di Storia del Diritto Romano*. Torino, G. Ghiapichelli ed., sd.
15. GRAVINA, *Esprit des Lois Romaines*. Paris, Videcoq lib., 1821.
16. IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano*. 5ª ed., Barcelona, Ariel, 1965.

17. IHERING, Rudolf Von. *L'Esprit du Droit Romain*. Trad. de Meulenaere. Paris, Lib. A. Marescq, 1886.
18. ——— *El Espiritu del Derecho Romano*. Trad. de Fernando Vela. Buenos Aires, Rev. de Occidente, 1947.
19. JORS, Paul. *Geschichte und System des Roemischen Privatrechts*. Berlin, Julius Sprinfer ed., 1927.
20. KASER, Max. *Roemische Rechtsgeschichte*. Goettingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1950.
21. KUNKEL, Wolfgang. *Roemische Rechtsgeschichte*. Köln-Graz, Bochlau Verlag, 1927.
22. KORNEMANN, Ernest. *Roemische Geschichte*. Stuttgart, Alfred. Kroener Verlag 1954.
23. MAYNZ, Charles. *Cours de Droit Romain*. Bruxelles, Ed. Bruylant — Christophe, 1876.
24. MEIRA, Silvio A. B. *Noções Gerais de Processo Civil Romano*. Roma, Ed. Tripoli & Di Maria, 1968.
25. ——— *História e Fontes do Direito Romano*. São Paulo, Saraiva, 1966.
26. MOMMSEN, Theodor. *Roemische Geschichte*. Wien, Gek. Ausgabe Praidon Verlag, 1934; 2. *Roemische Geschichte*. Berlin, Deustch Buch — Gemeinschaft, sd.; 3. *Manuel des Antiquités Romaines*. Paris, Ed. Thorin, 1983; *Le Droit Pénal des Romains*. Trad. de Duquerne. 4. *Vd. Derecho Penal Romano*. Trad. de P. Dorado. Bogotá, Themis, 1976.
27. MISPOULET, J. B. *La vie Parlementaire à Rome*. Paris, Albert Fontamoling ed., 1899.
28. MARTINO, Francisco de. *Storia della Costituzione Romana*. Napoli, Jovene, 1955.
29. PIGANOL, André. *Histoire de Rome*. Presses Univ. de France, 1949.
30. PUCHTA, G. F. *System und Geschichte des Roemischen Privatrechts*. Leipzig, Vom Breikopf und. Haertel, 1893.
31. RUGGIERO, Ettore de. *La Patria nel Diritto Pubblico Romano*. Roma, Magliani & Strini, 1921.
32. SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento Civil Romano*. Buenos Aires, Ed. Juridicas Europa-America, 1954.
33. SERRIGNY, D. *Droit Public et Administratif Romain*. Paris, Aug. Durand, 1882.
34. SOHM, Rudolph. *Institutionen*. Verlag von Duncker & Humblot, 1898.

— x —

Indicações para pesquisas

- 1) CANTARELLI — *La Lex de Imperio Vespasiani*. Bull. comm. arch. di Roma (Studi).
- 2) DI MARZO. S — *Imperium e Lex de Imperio*. Studi Perozzi.
- 3) MESSINA, Vitrano F. — *La lex de Imperio e il Diritto Pubblico Giustiniano*. Studi Bonfante, III.
- 4) HELLEMS, F. B. R. *Lex de Imperio Vespasiani*. Chicago, Scott, 1902 (Dissertationes americanae — Classical Philology, n.º 1).
- 5) BESELER. *Juristische Miniaturen*. 1929, 155.
- 6) MAGDELAIN, *Auctoritas Principis*. 1947, 90.
- 7) LEVI, M. A. "I principli dell'impero di Vespasiano." *Revista di Filol. Classica*, 66, 1938.
- 8) MENRAD, K. *Gestaltung des Roemischen Staats-und Privatrechts unter Vespasian*. München.

A economia degradou o direito

A. MACHADO PAUPERIO

Da Academia Brasileira de Letras
Jurídicas
Professor Emérito da UFRJ

SUMARIO

1. Poder político e poder econômico
2. Capitalismo e socialismo nos dois pólos do mundo. O pecado capitalista do Ocidente
3. Sistemas políticos e econômicos
4. O que é o direito. Direito e justiça
5. Direitos subjetivos pessoais e sociais. A propriedade
6. O valor supremo do Estado: a justiça. Significação da justiça social nos tempos presentes
7. Bem comum e justiça social
8. *Segurança por compressão e por persuasão*
9. Justiça e desenvolvimento
10. Sem justiça não há direito

1. Nos regimes ocidentais, os cidadãos e suas organizações não detêm sozinhos o poder político pois o partilham sobretudo com os detentores dos capitais, particulares e empresas industriais, comerciais ou financeiras.

À hereditariedade dos títulos de nobreza sucedeu a hereditariedade das fortunas, à hereditariedade do poder político sucedeu a

hereditariedade do poder econômico. Por toda parte, levantou-se a aristocracia do dinheiro.

Embora a oligarquia econômica não exerça muitas vezes diretamente o poder político, dirige indiretamente o governo por intermédio de uma classe intermediária, que manipula a opinião pública.

No Ocidente, a criança é condicionada pelo lar, pela escola, pela Igreja, a crer em certos princípios fundamentais como a propriedade privada, a liberdade de empresa, a concorrência, o absolutismo do lucro. Tudo isso predispõe os cidadãos a aumentar o prestígio da oligarquia econômica. O manuseio puro e simples dos manuais escolares mostra à sociedade que não é outra a situação.

É aliás também uma ilusão imaginar-se que o enfraquecimento do poder público possa proteger os cidadãos contra o Estado, como pensam muitos. Nesse caso, ficam os cidadãos simplesmente desarmados e desprotegidos, entregues de todo à oligarquia econômica.

2. A ideologia dos sindicatos nos Estados Unidos e nos países da órbita russa segue um caminho diferente. No grande país americano, além de pouco politizados, os grupos econômicos mantêm-se afastados do socialismo, que praticamente não se desenvolve, aceitando o pensamento liberal-capitalista.

Sabe-se que o pecado da carne aparece três vezes nos Evangelhos: no diálogo de Cristo com a Samaritana, nas questões levantadas sobre a mulher adúltera e na figura de Maria Madalena, a prostituta. Em todos esses passos, há uma lição de indulgência e compreensão. Situação completamente diversa é a que se estabelece no diálogo sobre os ricos. Com relação a estes, diz-se enfaticamente que “é mais difícil entrar no reino dos céus que um camelo passar pelo buraco de uma agulha”. Os Evangelhos estão cheios de opção pelos pobres, que aparece em várias passagens: sobre a necessidade de se despojar o homem dos bens desse mundo para ganhar a vida eterna, sobre a glorificação da pobreza, sobre o princípio fundamental do cristianismo: “Amai-vos uns aos outros, amai vosso próximo como vós mesmos”. A própria Patrística não deixou de enfatizar este lado; pregando a pureza de costumes, jamais deixou de subordiná-la ao amor do próximo.

Como diz MAURICE DUVERGER, entretanto:

“Para sustentar o capitalismo, isto é, um sistema social fundado sobre o egoísmo do lucro pessoal, o cristianismo do

século XIX inverteu as prioridades, colocando em primeiro lugar a virgindade das filhas, a continência dos rapazes, a fidelidade conjugal, rejeitando secundariamente a fraternidade e a comunidade. O anátema sobre o sexo substituiu o anátema sobre o dinheiro. Fazer amor fora do casamento tornou-se mil vezes mais grave que explorar seu próximo, operário ou cliente. No fim da Idade Média, a Igreja experimentara lutar contra os excessos da feudalidade. Não se engajou na mesma luta contra os excessos do capitalismo no início da era industrial. Ao contrário, ela antes os ajudou, postos à parte alguns grupos de cristãos sociais, muito minoritários" (v. MAURICE DUVERGER, *Janus — Les Deux Faces de l'Occident*, Fayard, 1972, p. 104).

Ademais, a produção em grande escala, própria das sociedades superindustrializadas, não se sacia com os quadros nacionais, que se tornam cada vez mais estreitos. A oligarquia econômica tende assim a tornar-se multinacional, apesar mesmo de quaisquer dificuldades no seu relacionamento com o poder político.

Do mesmo modo que a democracia liberal, a tecnocracia posterior continuou a misturar a influência do povo e do dinheiro.

3. Politicamente, nas nações da Europa, o Executivo já não é substituído pelo Parlamento, apesar das disposições constitucionais. Uma maioria disciplinada subordinada à autoridade do Primeiro Ministro acabou praticamente com o voto de desconfiança. Tende-se, assim, para o governo de legislatura, que se mantém no poder entre duas eleições. Assim é na Grã-Bretanha e quase na República Federal Alemã, na Suécia, na Noruega... A própria França, depois de 1958, vai pelo mesmo caminho.

O regime semipresidencial que tinha sido praticado somente pela Finlândia, a partir de 1920, foi na realidade adotado pela França de 1958 e oficializado virtualmente em 1962. Aí, o Presidente da República mantém-se como verdadeiro chefe do governo, embora o Primeiro Ministro continue a desempenhar um papel importante.

As oposições só são mais profundas nas nações em que existe um partido comunista forte como na Itália, na França, na Finlândia, no Luxemburgo e na Islândia.

A diferença capital entre a política americana e a européia está em que em todos os países europeus existe um partido socialista forte, que mantém uma visão política diversa da ideologia liberal. Os socia-

democratas aceitam o capitalismo por sua eficiência mas lhe contestam o valor moral, convencidos que estão da superioridade do socialismo. Os homens de negócio, os empresários etc. são vistos como um mal necessário, para fazer crescer a economia.

De outro lado, hoje, os partidos comunistas ocidentais, apesar de não integrados completamente no sistema capitalista e liberal, rejeitam a violência para conquistar o poder, aceitando o jogo democrático e começando a respeitar o valor do pluralismo político.

A antinomia, entretanto, entre o lucro individual e o interesse coletivo degradou a vida no sistema do Ocidente.

O socialismo ajudaria talvez melhor a resolver os problemas essenciais, sobretudo a contradição capital entre o desenvolvimento quantitativo capitalista e a degradação qualitativa.

O capitalismo, porém, continua a deturpar a vida econômica.

Como é público e notório, os gastos com a publicidade, que é a característica por excelência do neocolonialismo para obrigar a população ao consumismo, são maiores que os gastos com a educação pelos Estados subdesenvolvidos.

Grande parte das inversões das empresas multinacionais na América Latina não importa em capital novo mas em reinversão das próprias empresas e dos mercados de capitais locais. Além disso, o que aparece como inversão estrangeira não passa de compra de estabelecimentos nacionais pelas referidas empresas, com aumento sempre, assim, da remessa de lucros para o exterior. Ademais ainda, a maior parte das empresas estrangeiras que comerciam na América Latina são filiais de corporações multinacionais, cujos interesses não se ajustam necessariamente aos da economia local.

Concordamos com POULANTZAS quando em vários de seus escritos entende que a administração é o organizador político por excelência, o partido concreto das classes dominantes, que tem por meta assimilar as massas. Está claro que as decisões administrativas são efetivas em nível executivo. O Executivo, pouco a pouco, anula o poder de decisão dos outros Poderes, para constituir-se simples executor de diretrizes da administração. Esboroa-se então a soberania popular, para em seu lugar implantar-se com larga liderança a soberania estatal.

O crescente papel econômico do Estado trouxe naturalmente o fortalecimento do Executivo e o declínio do Parlamento.

As leis modernas já não se inscrevem na lógica formal do sistema jurídico, baseada na universalidade da norma, mas na política econômica concreta e rotineira, própria do aparelhamento administrativo (v. NICOS POULANTZAS, **O Estado, o Poder, o Socialismo**, Rio de Janeiro, Edições Graal, 1980).

Os países capitalistas de maior envergadura, por motivos óbvios, vêm-se obrigados a assegurar o controle de suas fontes sobretudo de matérias-primas no chamado Terceiro Mundo, por processos políticos e militares regionais e pelos governos reacionários desses países que são seus clientes. Assim sendo, a economia vai instaurando no mundo inteiro uma nova ordem militar... e tecnológica.

E sabemos nós como a tecnologia importa em poder e em arma dos países ricos.

Sabemos que a exploração selvagem e desumana da mão-de-obra não é de maneira alguma contrária à tecnologia moderna. Trabalhadores mineiros sul-americanos, ou melhor, bolivianos, por exemplo, trabalharam em regime assalariado escravagista mas munidos de máquinas ultramodernas (v. ARTUR JOSE ALMEIDA DINIZ, "A política e o terceiro mundo", Belo Horizonte, **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, 1983).

Quando a liberdade sindical, sobretudo, é reprimida, o preço da mão-de-obra torna-se vergonhoso por parte da exploração das empresas multinacionais.

De outro lado, quando se transfere tecnologia entre empresas transnacionais e suas subsidiárias em vários países da América do Sul, a maioria esmagadora desses contratos proíbe o uso da tecnologia transferida para artigos de exportação.

Entre os preços astronômicos de algumas indústrias, a farmacêutica impõe aos países do Terceiro Mundo lucros que vão de 100 a 1.000%, atingindo, em certos casos, a mais de 3.000%.

Aliás, os escândalos econômicos são de tal ordem que, em 1977, das 100 maiores empresas governamentais do Brasil mais de 40% lograram maior lucro no mercado financeiro (**open**) que em suas atividades essenciais (v. RICARDO BUENO, **Escândalos Financeiros no Brasil**, Petrópolis, Vozes, 1982).

4. No sentido estrito, já o dissemos e tornamos a repetir, o direito é a justa partilha, levada a efeito numa cidade, dos bens, entre a sua

população. Daí infere-se que o vocábulo **direito**, aplicado ao indivíduo, traduz a parte que lhe retorna nessa justa partilha. A obrigação da arte jurídica é atribuir a cada um a parte que merece, ou seja, seu direito: **suum jus cuique tribuere**.

Para ARISTÓTELES e SANTO TOMÁS, a lei humana deve determinar exatamente os limites do **meu** e do **teu**, embora procurando respeitar a lei natural e as exigências das justiças distributiva e comutativa.

A própria definição de ULPIANO, da justiça, apesar de seu caráter subjetivo, já não se confunde também com a ética, como a de PLATÃO.

A justiça, de outro lado, consiste no bem do próximo, por relacionar-se, sobretudo, o direito com ele.

Por isso mesmo, vislumbramos a justiça não só em sua visão personalista como em sua visão comunitária.

Sem justiça, o homem vive sempre mal, embora tenha liberdade, desenvolvimento, ordem e caridade em torno de si. Liberdade sem justiça fomenta o privilégio; desenvolvimento sem justiça aumenta a exploração; ordem sem justiça cria a imposição; caridade, finalmente, sem justiça desenvolve o paternalismo.

No fundo, a justiça equivale à igualdade no tratamento. Igual salário por igual trabalho, igual preço por igual valor, igual recompensa por igual mérito, igual castigo por igual delito, iguais oportunidades, finalmente, para todos.

Em última análise, ser justo equivale a tratar igualmente os seres que são iguais sob determinado ângulo, embora o problema da justiça não se possa sempre resolver pela igualdade. A justiça não é sempre igualdade, embora seja, via de regra, justa a igualdade.

O jurista moderno JOHN RAWLS, norte-americano, entende, e entende bem, que a multiplicidade de concepções da justiça não impede uma concepção genérica da mesma, sendo o problema da justiça, em essência, o problema das instituições justas dentro do Estado.

No fundo, RAWLS entende que os critérios de justiça são encardados como o resultado de um acordo realizado em iguais circunstâncias.

Em última análise, os princípios desta justiça baseiam-se não só num amplo sistema de liberdades básicas como na estruturação das desigualdades econômicas e sociais de modo que haja maior benefício para os menos amparados e se tornem os cargos e as funções alcançáveis por todos, dentro de igual oportunidade.

Tal visão democrática combina admiravelmente o princípio da igualdade de oportunidades com o princípio das diferenças individuais, apesar das desigualdades econômicas e sociais da estrutura básica.

Todos os bens sociais primários como a liberdade, a igualdade de oportunidade, a renda, a riqueza e as bases do mútuo respeito hão de ser distribuídos de modo igual, salvo se, em sentido contrário, tal distribuição alcance melhor os menos amparados.

Das desigualdades que brotam da funcionalidade e que se justificam pelo progresso social que trazem e pela contribuição para elevar o nível de vida dos mais desamparados e para atenuar as diferenças sociais, nada há que dizer.

Desse modo, se exaltamos a igualdade humana, respeitamos a hierarquia, que é necessária para o florescimento daquela. Só assim conseguiremos vencer a própria massificação, para a qual marchamos muitas vezes.

Apesar dos conceitos subjetivos e emocionais da justiça, de variabilidade extrema, de autores como GURVITCH e KELSEN, este último dos quais se compraz na antinomia entre o liberalismo e o socialismo, aquele baseado na liberdade e este na igualdade, é preciso lembrar que o julgamento é atributo de todos e há sempre um denominador comum para cada momento histórico.

O dar a cada um o que é seu é algo intrínseco à essência da vida social. Tal essência tem, sem dúvida, características de permanência e imutabilidade de acordo com as exigências da vida humana, que não quer o benefício de ninguém em prejuízo de seu próximo.

Não queremos, porém, o simples igualitarismo, que desconhece a hierarquia, decorrência natural da desigualdade de fato dos homens. O que não aceitamos no caso é a desigualdade social, que prejudica altamente os setores populares.

5. O tom conservador dos chamados direitos subjetivos individuais, entretanto, tem impedido, por toda parte, a eclosão dos necessários direitos sociais, presos à sistemática de que o **direito de cada um é,**

sem dúvida, a parte que lhe deve ser atribuída, levados em consideração todos os dados da coexistência grupal.

A propriedade coletiva, por exemplo, inicialmente usada, só foi substituída pela propriedade individual ou privada na época das XII Tábuas. Daí em diante, o caráter da propriedade em Roma passou a ser quase absoluto. Desde aí, inicia-se a secularização do direito, já que o **ius civile** passa a ser obra dos homens e não dos deuses.

Segundo a opinião geral, os caracteres da propriedade romana da época clássica são a **exclusividade**, a **ilimitação** e a **perpetuidade**.

A própria Revolução francesa, em fins do século XVIII, reconheceu a **inviolabilidade da propriedade individual**. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 proclamou no art. 17 a propriedade como direito inviolável e sagrado.

Tal propriedade atribui a seu detentor as características do **ius utendi, fruendi et abutendi**, podendo ele até mesmo destruir a coisa possuída. Admite-se então a soberania do proprietário, estabelecendo-se a analogia entre a **propriedade**, instituto de direito privado, e a **soberania**, instituto de direito público.

Hoje, ao direito de propriedade corresponde um dever, o de não usar nem dispor da coisa possuída senão também a favor e em proveito da comunidade.

Perscrutando a doutrina dos católicos que estudavam com afinco os assuntos sociais, centralizados na União de Friburgo, Leão XIII consagrou algumas de suas teses na célebre encíclica **Rerum Novarum**.

A sociedade capitalista, governada pelo ânimo do lucro, já se tinha encaminhado para o imperialismo internacional do dinheiro, o que não deixou de persistir pelos anos afora, até hoje.

Por isso, doutrina João XXIII na **Mater et Magistra** que “não basta afirmar o caráter natural do direito de propriedade privada, inclusive dos bens produtivos, senão que também há que lutar insistentemente por sua efetiva difusão entre todas as classes sociais”.

O Papa seguinte, Paulo VI, na encíclica **Populorum Progressio**, também deixa bem claro “que a propriedade privada não constitui para ninguém um direito incondicional e absoluto”, como quer a concepção liberal-capitalista.

Antecipando-se à futura revolução, o próprio czar Alexandre II, em 1861, promulgou lei conferindo a cidadania a vinte e dois milhões de escravos e preparando a socialização da propriedade. Atingidos, os proprietários esforçaram-se por dissuadir o czar da aprovação da referida lei mas este redargüiu, mostrando que a reforma social era inevitável e, se não partisse do governo, partiria do povo e seria muito pior. Lamentavelmente, o czar Alexandre II morreu assassinado pelos nihilistas ainda em 1861, e seu filho Alexandre III não soube ou não pôde manter os justos projetos de reforma social de seu pai. Levado pelos nobres, restaurou novamente a autocracia.

Socializada a propriedade pela revolução russa de 1917, apesar de ligeiros e justos recuos, continuou em geral em vigor o princípio socialista. Ainda em 4 de outubro de 1977, de acordo com o informe de Brezhnev, na sessão do Soviet Supremo da URSS, manteve-se o princípio de que “de cada um, segundo sua capacidade; a cada um, segundo seu trabalho”.

O socialismo, porém, se democrático, torna-se anêmico; se dinâmico, torna-se totalitário. A maneira de evitar essas duas alternativas é marchar para a simbiose da forma tradicional da propriedade privada com a nova forma da propriedade corporativa.

De qualquer maneira, todos os bens e serviços que sejam necessidades primárias do homem (casa, alimentação, sobretudo) não de escapar à exploração da propriedade privada dentro dos critérios do capitalismo liberal, ficando assim fora da lei da oferta e da procura e, portanto, do ânimo do absolutismo do lucro pessoal, para serem administrados pelo Estado ou por outras entidades delegadas.

6. Por não se ter observado isso, o direito tornou-se mera caricatura, garantidor e conservador dos poderes individuais. Com a representação popular, que continua, por motivos óbvios, sem representatividade, as leis continuam a ser elaboradas pelos interessados na manutenção do **status quo**.

Não é por outra razão que o nosso corpo de leis é, em não pequena parte, injusto e unilateral, como fizemos sentir, com copiosa soma de exemplos, em nossa obra **Direito e Poder**, Rio, Forense, 1981.

Para nós, o valor supremo do Estado é a **justiça**, sem o que não há direito. A justiça é, assim, o valor dos valores do Estado. Se a segurança, portanto, “quer seja do homem, quer seja da Nação ou do Estado, é um valor primordial”, como entende a Escola Superior de Guerra, a justiça é um valor mais primordial ainda, dela dependendo, em grande parte, a própria segurança.

Sobretudo no âmbito interno, a justiça, inclusive a justiça social, é mais importante que a própria segurança, que é um seu corolário. Numa ordem justa, todos se sentem seguros e as discrepâncias serão meramente excepcionais.

Hoje, mais do que nunca, torna-se relevantíssima a noção de justiça social, que pressupõe a justa distribuição dos bens, dos salários e das oportunidades. Dela depende o progresso do direito, em sua versão profundamente humanista.

Não é à toa que Pio XI, em sua encíclica **Divini Redemptoris**, de 19 de março de 1937, doutrina “ser próprio da justiça social o exigir dos indivíduos quanto é necessário ao bem comum”.

Não há dúvida de que a justiça social há de ter sempre como inspiração o bem comum, critério ordenador dos valores, bens, serviços e oportunidades à comunidade e a cada um de seus componentes pela situação que desempenham no todo social.

7. Mas, que vem a ser o **bem comum**?

Segundo PABLO LUCAS VERDÚ, em resumo, “o bem comum é o conjunto de elementos materiais e morais que coordena a ação dos indivíduos, reunidos em sociedade, procurando a felicidade temporal coletiva sem prejudicar os direitos da pessoa humana” (v. verbete **Bien Común**, in **Nueva Enciclopedia Jurídica**, Barcelona, Francisco Seix, Editor, 1951, tomo III, p. 345). Quase todos os tratadistas insistem no mesmo diapasão.

Diz-se com bastante razão que o bem comum é afinal a “concreção histórico-social da justiça”, ou melhor, a justiça refletida num determinado momento histórico.

A justiça do bem comum, portanto, é a que procura dar a cada comunidade o que lhe cabe de direito.

O bem comum implica na segurança e ambos têm uma só fonte: a justiça. A segurança, apesar de ser muito cara ao capitalismo, não pode deixar também de condicionar a justiça e o bem comum. Só com uma diferença: a segurança que se procura não é apenas a de alguns membros da comunidade.

O bem comum, além de implicar em outros tipos de justiça, não pode deixar de compreender a justiça social, imperativo dos tempos contemporâneos.

Completada a classificação clássica de ARISTÓTELES, com relação à justiça, chegamos à conclusão de que o objeto da justiça social é o bem comum.

Em virtude disso, o direito modifica-se e toma contornos novos: do direito individualista, marcha-se para um direito comunitário.

8. Não há bem comum sem segurança.

Numa ordem injusta, porém, como a atual, a segurança já não pode nascer espontaneamente e, quando existe, existe em benefício de uns contra outros e conseguida por compressão e nunca por persuasão.

O enfoque da Escola Superior de Guerra, entretanto, ainda hoje, cinge-se ao binômio **Segurança e Desenvolvimento**, em que ambos os termos devem estar atendidos equilibradamente.

Na ordem interna, “um país é dito **seguro** se desfruta de razoável garantia quanto à conquista e manutenção de seus objetivos nacionais. É uma situação alcançada e mantida mediante o processo de permanente prevenção e eventual repressão que caracteriza a segurança” (v. ESG, **Doutrina Básica**, Rio de Janeiro, 1981, p. 202).

Os *objetivos nacionais permanentes*, porém, a começar pelo primeiro, **Democracia**, que consiste na “incessante busca de uma sociedade moral e racional, que propicia um estilo de vida caracterizado pelo respeito à dignidade da pessoa humana e pela igualdade de oportunidade para todos”, não se podem objetivar sem o império da justiça, máxime da justiça social.

9. A ordem jurídica de hoje perdeu o sentimento da justiça e criou diferenças sociais graves que provocam rebeldias e surtos de desespero que se espraiam numa onda de crimes e revoltas em que as massas, sem outros horizontes, tentam, de todos os modos, atingir a libertação de sua angústia e de sua vida miserável.

Recordemos que a soberania da lei nem sempre é a soberania da justiça, porque nem sempre a lei encarna a justiça. Sobretudo nos tempos atuais, em que o direito ganhou foros de ideologia e passou a pautar-se pelos interesses da classe dominante, perdeu-se de todo a noção de justiça, desfigurada pelos novos móveis políticos e econômicos.

Assim, no lema programático da ESG, **Segurança e Desenvolvimento**, substituiríamos um dos termos: **Justiça e Desenvolvimento**.

Segundo ARISTÓTELES e SANTO TOMAS, a **política** tem um **conteúdo ético**, subordinando-se a valores transcendentais e ordenando-se à realização do **bem comum**. Neste, porém, não se pode ver a mera **utilidade social** mas a vida dos homens de acordo com a **virtude**. Segundo essa lição, a política não se pode reduzir a uma **arte tecnocrática**, visando à segurança e ao desenvolvimento econômico dos povos.

Tal **desenvolvimento** é mera **condição instrumental** para a vida virtuosa dos homens, uma vez que a **suficiência dos bens corpóreos** é elemento necessário para a prática da própria virtude.

Desenvolvimento sem justiça é subversão. Se o desenvolvimento aproveita apenas às classes economicamente superiores ou somente ao Estado, é inútil e contraproducente. Já não se respeita, no caso, o bem comum, que deve alcançar, por redistribuição, o bem de todas as classes. Afinal, a verdadeira vocação do Estado deve ser a de servir à pessoa humana, como doutrina judiciosamente ANGELO BRUC-CULERI.

10. O art. 1º da Lei de Segurança (Lei nº 6.620/78), baseado no art. 86 da Constituição federal, coloca implicitamente a segurança nacional na situação de valor supremo do Estado.

O grande jurista alemão GUSTAVO RADBRUCH também assim encarava a segurança antes do nazismo. Para ele, a segurança era o valor por excelência do direito. Mas, depois do nazismo, compreendeu RADBRUCH que o valor supremo do Estado é a justiça e não a segurança.

Com segurança pode não haver justiça mas com justiça é impossível não haver, em geral, segurança interna. Com a justiça implantada e mantida, a segurança nasce e decorre naturalmente daquela, que lhe é fonte e razão de ser.

Sem justiça, por sua vez, não há direito, pois este não pode reduzir-se só a regras morais. Como ficou bem claro, a justiça e, portanto, o direito, tem por objeto a partilha do **meu** e do **teu**, para a ordem harmoniosa de um grupo. Sem justiça social, o direito é uma contrafação e perde o seu cerne mais profundo. Só quando este existe, têm razão as demais regras de moral social. Quando aquele falta, estas só aproveitam aos ricos e poderosos.

Mas a economia, ao contribuir para a partilha do **meu** e do **teu**, prostituiu e degradou o direito, que se tornou mera caricatura, dentro de sua fisionomia altamente injusta pelos privilégios em que se compraz à custa da exploração dos deserdados.

Do mandado de segurança

CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA

Procuradora do Estado de Minas Gerais,
Professora de Direito Constitucional e Di-
reito Administrativo da Faculdade de
Direito da PUC de Minas Gerais

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

- A) *Histórico*
- B) *Natureza jurídica*

PRESSUPOSTOS E CONDIÇÕES DA AÇÃO DE SEGURANÇA

- A) *Ato de autoridade*
- B) *Direito líquido e certo*

A ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM MANDADO DE SEGURANÇA

DO ABUSO DE PODER

CONCLUSÕES

BIBLIOGRAFIA

“... tout acte d’une autorité déléguée, contraire aux termes de la commission en vertu de laquelle elle est exercée, est nul. Donc, nul acte législatif, contraire à la Constitution, ne peut être valable. ... Cette indépendance des juges est également nécessaire pour garantir la Constitution et les droits des individus contre l’effet de ces dispositions maléfaisantes que les artifices d’hommes mal intentionnés ou l’influence de quelque circonstance particulière font quelque fois germer dans l’esprit du peuple...”.

HAMILTON
“Le Fédéraliste”

INTRODUÇÃO

A) HISTÓRICO

Proposto como um instrumento jurídico dotado de teor político, o mandado de segurança repousa num espaço democrático como arma legal entregue ao cidadão para reagir à afronta a seus direitos fundamentais.

Senda processual singular, revestida de caráter sumaríssimo e especial, o mandado de segurança emerge no sistema constitucional brasileiro como pólo de garantia jurídica do cidadão oponível a eventuais investidas ilegais do Poder Público.

Não constitui ele a única via ativa colocada à disposição do indivíduo para contrastar agravo a seus direitos, sequer se tendo formulado a sua sistematização no momento inicial da elaboração constitucional pátria.

É que, se a irresponsabilidade do Poder Público, ou de seus delegados, constituiu, até fase relativamente recente da nossa História, fórmula política inatacável, a distanciar qualquer hipótese insurgente possibilitadora de questionamento da legitimidade dos cometimentos administrativos, pautou-se a construção de instrumentos contrastadores das investidas políticas exacerbadas da área de atuação lícita das autoridades constituídas pela paralela penetração e sedimentação da idéia de limitação do Poder Público, com a proposta democrática arando o terreno em cujo sítio viria a brotar a responsabilidade jurídica do Estado.

O surgimento do Estado de direito com suas implicações alentadoras, particularmente no que se refere ao respeito ao indivíduo, ensejou a elaboração de institutos jurídicos que armam o cidadão de instrumentos legais a inocularem-no de investidas ilícitas e abusivas do Poder Público.

Primordialmente se formulou o instituto do *habeas corpus* que, no Brasil, sob a égide da Constituição federal de 1891, valeu como um arrimo jurídico do indivíduo contra atos ilegais das autoridades públicas numa extensão maior que aquela que lhe é tipicamente reconhecida em todos os sistemas jurídicos, ou seja, como garantia ao direito à liberdade de locomoção.

A carência de outro engenho legal a estabilizar o asseguramento dos direitos fundamentais do indivíduo não protegidos pela via do *habeas corpus* suscitou propostas no sentido de se forjar outra garantia constitucional que, paralela àquela, ampliasse a esfera de salvaguardas jurídicas colocadas à disposição do cidadão, tal como ocorria em sistemas alienígenas.

Tendo no *habeas corpus* a sua vertente (especialmente no modelo que se apelidou de “doutrina brasileira do *habeas corpus*”), ensaiaram-se proposições que conduzissem ao esboço de um instituto-paládio, a tornar inexpugnáveis os direitos individuais declarados no elenco constitucionalmente adotado.

As proposições surgidas, emanadas de fontes doutrinárias e jurisprudenciais, teorizavam uma espécie processual que se caracterizasse, essencialmente, pela solércia do procedimento, em virtude do objeto sobre o qual repousava o litígio, a dizer, direitos fundamentais do indivíduo e, ainda, pelo pronto restabelecimento da situação jurídica descrita no processo como lesada, vez que não se aspirava ao cuidado da reparação patrimonial ou equivalente ao dano suportado pelo litigante, mas da restauração da circunstância legal afrontada pelo ato questionado.

Surgiu, então, como estrutura embrionária do que viria a ser, posteriormente, o mandado de segurança, a ação especial prevista na Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, em cujo art. 13 se dispôs que:

“Os juízes e tribunais federais processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuais por atos ou omissões das autoridades administrativas da União.”

Os dezesseis parágrafos pelos quais se estendia esta norma torneavam o procedimento que teria esta ação especial, dando-lhe feição singular no panorama das figuras processuais então encontradas no direito brasileiro.

Sublinhe-se a presença inestimável e inolvidável de RUI BARBOSA que, registrando a tibieza dos direitos fundamentais descritos na norma magna sem a sua paralela garantia ativa, postulou a extensão do emprego dos interditos possessórios como paládio da incolumidade daqueles (1).

Contrariamente, apresentava ALBERTO TORRES sugestão diversa, entendendo ele necessária a ideação de um instituto próprio a abarcar em sua dinâmica apenas a lesão a direitos, espécie que se afeioasse a garantir, efetiva e exclusivamente, tais faculdades lesadas pelo Poder Público ou por particulares.

(1) Em celeberrimo opúsculo — *Posse de Direitos Pessoais* (Rio, Simões Ed., 1959) — tenta demonstrar RUI BARBOSA a escorrelção e pertinência de sua tese, segundo a qual a posse dos direitos pessoais impõe o uso da via processual dos interditos para a sua proteção: “O remédio possessório atua, pois, obrigatoriamente sobre toda a hierarquia administrativa, desde o subalterno até ao ministro, logo que haja violação positiva da lei e, com ela, esbulho de direito individual, para cuja reparação completa não exista outro meio competente” (*op. cit.*, p. 98).

Em sua obra, *A Organização Nacional*, chega mesmo o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal a enunciar esta tese em texto por demais conhecido:

“— Projeto de Constituição

.....
Art. 73 — É criado o “mandado de garantia” destinado a fazer consagrar, respeitar, manter, ou restaurar, privativamente, os direitos individuais ou coletivos, públicos ou privados, lesados por atos do Poder Público, ou de particulares, para os quais não haja outro recurso especial” (2).

Se o alvitre não logrou sua imediata inclusão no documento magno, tampouco tendo medrado no empenho revisionista de 1926, indisputável parece, contudo, que a sua falta era unanimemente ressentida, induzindo, destarte, a sua carência tanto mais a sua futura presença.

Coube, pois, ao constituinte de 33/34 a absorção daquela idéia e a sua articulação no sistema constitucional estruturado pela assembléia reunida com tal finalidade. Nesta, competiu a JOÃO MANGABEIRA impor a sua proposta, que acabou prevalecendo sem alterações de monta até os dias atuais.

Indica-se sempre como manadouro da terminologia por ele delineada o texto contido nas Ordenações Filipinas, Livro III, Tít. 78, § 5º:

“Se alguém se temer de outro, que o queira ofender na pessoa ou lhe queira sem razão ocupar e tomar suas coisas, poderá requerer ao juiz que segure a ele, e a suas coisas, do outro, que o quiser ofender, a qual segurança lhe o juiz dará.”

Sobre essa regra tinha se referido RUI BARBOSA na obra supra-mencionada, tendo aquele autor tecido, então, observações sobre a interpretação que deveria sobre ela prevalecer (3).

Assim, nota-se que não era de todo desconhecido e desusado o texto das Ordenações supra-invocado, e que teria servido de inspiração ao constituinte de 34, ou especialmente a JOÃO MANGABEIRA, o qual teve o cuidado de alterar a feição e o alcance do instituto,

(2) TORRES, Alberto. *A Organização Nacional*. São Paulo, Cia. Ed. Nacional, 1978, p. 320.

(3) “Quando, portanto, a Ord. L. 3, t. 78, § 5, manda assegurar a posse àqueles a quem outrem quiser “ocupar e tomar as suas coisas”, razão é concluir que teve em mente, não só a retenção dos objetos materiais, como a dos direitos que tanto quanto aqueles se abrangiam sob a designação jurídica de coisas” (*op. cit.*, p. 19).

compondo ação cuja natureza ganhou foro de autonomia em relação a seu antecedente.

Tomara, então, aquela norma ordenatória cunho diverso e mais complexo do que o que inicialmente conhecera, consabido como é que a sua vigência entre nós, no período colonial, restringia-se ao uso entre particulares, pelo caráter incontestável dos atos das autoridades públicas legitimadas pela sua própria origem (4).

Os novos ventos trazidos pela mudança política do Brasil, cuja independência conduziu, de pronto, à elaboração de uma Carta política, na qual se estatuiu expressamente a independência do "Poder Judicial" e a vedação de evocação das causas pendentes por alguma autoridade (art. 179, XII), forcejaram a ampliação das sendas processuais que resgatassem do limbo da impunidade a atuação do Poder Público lesiva a direitos fundamentais, donde, à falta de uma via competente, arrimou-se na velha fórmula das Ordenações a garantia do gozo e exercício desses.

Após a proposta, antes assinalada, de ALBERTO TORRES, outros tantos projetos se erigiram no sentido de se resgatar aquela falha do sistema jurídico, tais como o de MUNIZ BARRETO, que, em 1922, sugeriu a criação de um instituto que equivalesse, no Brasil, ao *juicio de amparo*, já então existente no México (5).

Em 1926, após a revisão constitucional que dispôs sobre o *habeas corpus* de forma a fazê-lo retornar a seus peculiares efeitos, cujo desdobramento se tinha passado em decorrência das ponderações jurisprudenciais, foi oferecido o Projeto nº 148, de GUDESTEV PIRES, no qual se postulou a criação de um instituto novo, com procedimento sumaríssimo e específico (6).

(4) Muito divulgada e por demais citada é a passagem da obra do VISCONDE DE URUGUAI, onde, ao tratar do contencioso administrativo, descreve ele, em rápidas e definitivas pinceladas, o arcabouço institucional do período pré-imperial no Brasil: "Na monarquia portuguesa absoluta, à qual vivemos sujeitos até a independência, não era conhecido o contencioso administrativo de hoje. Nem era necessário. Pela sua forma de governo absorvia o Executivo em si todos os poderes ou, para melhor dizer, havia um só. Podia o Rei evocar as causas que pendiam perante juizes e tribunais judiciais, e prover como entendesse conveniente. Nem qualquer autoridade ia ou podia ir de encontro ao que o governo julgasse de interesse público" (*Ensaio sobre o Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 1960, p. 90).

(5) "... é freqüente lançar mão do recurso do *habeas corpus*, do preceito cominatório e da manutenção de posse para resolver, sem delonga, questões que escapam inteiramente à tutela prática desses remédios judiciais... Do que necessitamos é de um instituto semelhante ao recurso de amparo, criado no México, com rito, porém, mais sumário, e que compreenda tanto a agressão ao direito, partida da autoridade pública, como a proveniente de ato privado" (apud CASTRO NUNES — *Op. cit.*, p. 3).

(6) Apud NUNES, Castro. *Op. cit.*, p. 6.

Os debates travados em torno desse projeto foram densos e radicais, por existir corrente que preconizava o simples alargamento conceitual da faixa de aplicação legal dos interditos possessórios, conforme se anotou acima, em contraste com a inspiração daquele documento proposto à discussão, o qual não se logrou viabilizar.

Após o lapso ocorrido entre aquela reforma constitucional (aliás, de aplicação sumária e breve), a turbulência jurídica vivida pelo sucesso da Revolução de 30 e o advento de nova ordem legal, com a Constituição de 1934, triunfou o entendimento que recebera adesão majoritária nas disputas sobre a criação do novo instituto jurídico, que recebeu a denominação ainda hoje prevalente, tendo-se disposto na Lei Suprema, de 16 de julho daquele ano, art. 113, nº 33:

“Art. 113 —

33 — Dar-se-á mandado de segurança para defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes.”

Na seqüência desta disposição, regulamentando-a, sobreveio a Lei nº 191, de 16 de janeiro de 1935, pela qual se estruturou, pela vez primeira, a ação de mandado de segurança no direito pátrio.

Nela se estabeleceram as hipóteses de cabimento do *mandamus*, o conceito do ato impugnável pela via processual do *writ*, a legitimidade das partes, a competência dos órgãos judiciais para o conhecimento do processo, os pressupostos e os recursos cabíveis da decisão nele proferida.

A vigência deste diploma foi precária e breve, de menos nos moldes amplos ali expostos, vez que em 16 de novembro de 1937 restrições foram impostas à sua aplicação pelo Decreto-Lei nº 6, o qual, na esteira da ideologia autoritária de que estava imbuída a Carta Magna de 10 de novembro do mesmo ano, tornou defeso o seu uso contra atos do Presidente da República, de Ministro de Estado, de Governadores e Interventores (art. 16) (7).

O Código de Processo Civil de 1939, na linha do que fora estabelecido pela legislação ordinária referente à ação de segurança,

(7) Releva observar ter sido extraída do texto constitucional a matéria em pauta, retirando-se, portanto, do mandado de segurança a natureza de garantia constitucional como fora preconizado e decidido pelo constituinte de 1934. Manteve-se ele, contudo, como salvaguarda legal infraconstitucional, vale dizer, mais fragilizado e menos eficaz do que antes se propusera.

mas impressionado pela experiência política ditatorial em curso, estreitou o cabimento daquela espécie, vedando a sua admissão contra o lançamento de impostos e taxas, ressalvada a hipótese de existir norma legal estatuinto medidas restritivas da atividade profissional do contribuinte assecuratórias da cobrança (arts. 319 a 331).

O lapso autoritarista, com os seus reflexos imediatos no instituto focado, restringiu, pois, o seu âmbito de aplicação, circunstância, então, necessária para a inibição das garantias dos direitos individuais tão afligidos no período ditatorial.

O restabelecimento do princípio democrático, em 45/46, refugando o fantasma do regime político anterior e do arbítrio, sedimentou as bases para o rebaixamento do sistema jurídico, voltando a integrar o corpo da Constituição promulgada em 1946 a garantia do mandado de segurança (art. 141, § 24). Mais ainda, do cotejo dos textos constitucionais de 34 e 46 constata-se, nitidamente, a superveniência de uma abertura maior no último, a qual certamente teve por escopo a ampliação das hipóteses de cabimento do *mandamus* e a maior facilitação do seu processamento, para um maior aproveitamento desta via processual pelos indivíduos.

Adveio, em 1951, a Lei nº 1.533, de 31 de dezembro, que se tornou a norma básica do mandado de segurança e que encontrou críticas positivas e negativas da comunidade (8), mas que, iniludivelmente, constituiu-se, ainda hoje, o diploma fundamental sobre a matéria, subsistindo mediante a introdução de alterações que nela incluíram novos aspectos.

Revogando alguns dispositivos do Código de Processo Civil de 1939, relativos à espécie em pauta, para melhor atender ao espírito da Constituição de 1946, cujas vertentes democráticas demandavam maior vigor às garantias aos direitos individuais, a Lei nº 1.533/51 alargou a esfera de incidência do *mandamus*, estabeleceu os casos de inexercitabilidade da ação e regulamentou o seu procedimento.

Inúmeras foram as modificações legalmente aportadas aos preceitos contidos naquele diploma legal, promanadas algumas de descomedida e exorbitante utilização do mandado de segurança,

(8) Ácida e vigorosa foi, *verbi gratia*, a crítica feita por CASTRO NUNES àquele diploma legal, averbando ele que: "Ao Código de Processo de 1939... sucedeu a Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951 — preceituação incongruente nas suas disposições, desconexas, alheada de qualquer idéia de sistema, que veio gerar confusão em pontos já assentados e modificar para pior o que estava certo." (*Do Mandado de Segurança*, Rio, Forense, 1980, p. 11.)

que serve de instrumento, às vezes, de verdadeiras aventuras processuais e outras de eventuais injunções políticas, que lhe ensancham a utilização.

Basicamente foram introduzidas na legislação pertinente ao *mandamus* as seguintes modificações: a) Lei nº 2.410, de 29-1-55, que proíbe a concessão de liminar *initio litis* para o desembaraço de bens procedentes do estrangeiro, sem licença prévia ou quando esta for tida como falsa e subordina a execução provisória da sentença concessiva de segurança para se liberarem os bens e depósito, em caução, de títulos da dívida pública; b) Lei nº 2.770, de 4-5-56, que, assimilando aquelas normas anteriores, amplia a sua incidência, estendendo a vedação de medidas liminares a todos os procedimentos judiciais de qualquer natureza, que visem à liberação de bens, mercadorias ou coisas de procedência estrangeira; c) Lei nº 4.166, de 4-12-62, modifica o parágrafo único do art. 6º e o inciso I, do art. 7º da Lei nº 1.533/51, elevando de 5 (cinco) para 10 (dez) dias o prazo para que a autoridade pública forneça cópia de certidão inerente a documento necessário a ser incluído no processo, e de 5 (cinco) para 15 (quinze) dias o prazo para que a autoridade indigitada coatora preste informações; d) Lei nº 4.348, de 26-6-64, restringe o prazo de informações para dez dias e o de eficácia da medida liminar é fixado em noventa dias, prorrogável por mais trinta se ocorrer hipótese de excesso de serviço de autoridade judicial, estabelecendo-se também o prazo de caducidade, quando o impetrante não atender às determinações ou prazos legais para o célere andamento do processo; estabelece, ainda, esta lei hipóteses suspensivas ou impeditivas de concessão de medida liminar e de execução da sentença antes do seu trânsito em julgado; e) Lei nº 4.357, de 16-7-64 (art. 39), veda a concessão de medida liminar em mandado de segurança impetrado contra a Fazenda Nacional em decorrência da aplicação dessa mesma lei, que criou as ORTNs, institui a correção monetária dos débitos fiscais, altera a legislação do imposto de rendas, além de estabelecer outras providências; f) Lei nº 4.862, de 29-11-65, revoga o art. 39 da Lei nº 4.357/64 e fixa o prazo de 60 (sessenta) dias contados da petição inicial para a eficácia de medida liminar concedida em mandados de segurança impetrados contra a Fazenda Nacional; g) Lei nº 5.021, de 9-6-66, regulamenta a forma de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público civil e proíbe a concessão de medida liminar objetivando a realização de tal pagamento; h) Lei nº 6.014, de 27-12-73, altera os arts. 12 e 13 da Lei nº 1.533/51, estabelecendo a apelação como recurso próprio contra a sentença prolatada em mandado de segurança, estatuinto o duplo grau de jurisdição obrigatório neste processo e tornando inominado o anterior agravo de petição, opo-

nível contra ato suspensivo da execução de sentença pelo Presidente do Tribunal *ad quem*; i) Lei nº 6.071, de 3-7-74, especifica a obrigatoriedade da sujeição do duplo grau de jurisdição somente da sentença concessiva da ordem de segurança e estabelece a aplicabilidade das regras processuais referentes ao litisconsórcio na ação de segurança, expungindo também do corpo da Lei nº 1.533/51 remissões a dispositivos legais revogados.

Há que se relevar que na vigência dessa legislação e ensejando, inclusive, algumas vezes a superveniência de alguns destes diplomas legais suso-arrolados, ocorreu, no País, a transformação política deflagrada pelo procedimento revolucionário de 1964, o qual, acarretando a ruptura e modificação das instituições vigentes, alterou, paralelamente, o sistema jurídico-constitucional com reflexos imediatos na estrutura e dinâmica normativa do mandado de segurança.

Assim, o Ato Institucional nº 1, de 9-4-64, seguinte ao movimento político referido, limitou o controle jurisdicional dos atos do Governo implantado à sua legalidade extrínseca, restringindo-se, destarte, o uso desta via assecuratória dos direitos individuais, conquanto não se lhe tenha eliminado completamente a aplicação.

Todavia, os atos praticados com fulcro naquele Ato Institucional nº 1/64, bem como no de nº 2/65 e nos Atos Complementares deste último foram excluídos da província de apreciabilidade pelo Poder Judiciário por força do disposto no art. 19 deste último, o qual restaurou a Justiça Federal de 1º grau, atribuindo-lhe competência para conhecer e julgar os mandados de segurança impetrados contra autoridades federais nos casos não entregues à competência dos Tribunais superiores.

A Emenda Constitucional nº 16, de 26-11-65, ampliou a competência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Federal de Recursos, entronizando-se nela a apreciação dos mandados de segurança impetrados contra atos dos demais órgãos judiciais.

A Carta de 1967, em seu art. 150, § 21, manteve a garantia do *mandamus*, exercitável para proteger “direito individual líquido e certo” e, em seu art. 114, I, *i*, excluiu da competência originária do Supremo Tribunal Federal o julgamento dos mandados de segurança impetrados contra atos emanados dos Tribunais Superiores (do Trabalho, Eleitoral, Militar e Federal de Recursos).

O Ato Institucional nº 5, de 13-12-68, subtraiu do controle jurisdicional todos os atos praticados pelo Presidente da República com fundamento nele e em seus atos complementares e que lhe constituíssem efeitos.

O Ato Institucional nº 6, de 1º-2-69, eliminou o recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal das decisões denegatórias de segurança decididas pelos tribunais locais e federais.

A Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-69, que reedita a Carta política de 67 e absorve o Ato Institucional nº 5/68, mantém o princípio da inapreciabilidade jurisdicional dos atos apelidados revolucionários, anteriores ou posteriores à sua superveniência e, no art. 153, § 21, estabelece o instituto do mandado de segurança, dando à matéria a seguinte redação, que ainda vigora:

“Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.”

Ademais, atribui aquela Carta competência ao Supremo Tribunal Federal para apreciar mandado de segurança impetrado contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara e do Senado Federal, do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal de Contas da União ou de seus presidentes, bem como os impetrados pela União contra atos de governos estaduais (art. 119, I, *i*).

A Emenda Constitucional nº 7, de 13-4-77, insere na competência do Supremo Tribunal Federal a apreciação de mandado de segurança impetrado contra atos do Conselho Nacional de Magistratura e do Procurador-Geral da República (art. 119, I, *i*), estabelecendo-se no art. 125, VIII, que o juiz federal conhecerá do mandado de segurança impetrado contra a autoridade definida em lei como sendo federal.

A par esta legislação constitucional, o Supremo Tribunal Federal, no uso da competência que lhe é atribuída pelo art. 119, § 1º, da Carta Magna, veda a interposição de recurso extraordinário da decisão prolatada em mandado de segurança na qual não tenha sido julgado o mérito da questão nele proposta (Regimento Interno, de 15-10-80, art. 325, item III).

O Regimento Interno daquela Casa, de 15-10-80, em seu art. 325, III, acresceu às hipóteses até então previstas novos casos de impossibilidade de interposição do apelo recursal extraordinário, ocorrentes quando a ação de segurança versar qualquer das matérias arroladas nos itens I, IV, V, VI, VII e VIII daquele mesmo dispositivo.

A Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35, de 14-3-79), em seu art. 21, item VI, fixou a competência dos Tribunais para apreciarem, em nível originário, os mandados de segurança impetrados contra seus atos, ou dos respectivos Presi-

dentes e Turmas, Seções ou Câmaras e, em seu art. 101, § 3º, alínea d, estendeu essa competência aos Tribunais de Justiça estaduais para julgarem as ações de segurança intentadas contra ato de Juiz de Direito, norma aplicável pelos Tribunais de Alçada, em virtude do disposto no art. 110, parágrafo único (9).

Dessa breve incursão sobre a trajetória do instituto estudado, constata-se ser o mandado de segurança um dos baluartes garantidores da inviolabilidade dos direitos individuais pelo Poder Público, sofrendo, por esta sua natureza, sérias investidas e revezes ao contraste de situações políticas mais ou menos liberais.

Como produto da ideologia democrática, restringe-se ele em sua estrutura normativa e possibilidade jurídica sempre que circunstâncias institucionais refreiem a esfera de liberdade do indivíduo e ampliem o contingente de arbítrio das autoridades públicas.

É certo que não participa o mandado de segurança da essência da democracia; mas, seguramente, tem atuado nela, no Brasil, como vetor essencial na senda que se palmilha buscando a realização daquele princípio.

B) NATUREZA JURÍDICA

O mandado de segurança é remédio de que se vale a pessoa para sanear ou restabelecer o respeito a direito subjetivo público seu ameaçado ou lesado por ato do Poder Público. Logo, representa ele a viabilização judicial de defesa contra tal ato, é dizer, o instrumento jurídico propiciador da legítima reação da pessoa ameaçada ou lesada pelo cometimento público contra ela deflagrado.

Esse antídoto jurídico entregue constitucionalmente a qualquer pessoa submetida ao ordenamento pátrio inaugurou no Brasil a possibilidade de se obter, jurisdicionalmente, por ação própria, a cessação de conduta pública lesiva a direitos subjetivos, seja pela prática, seja pela omissão de provimento, que por via dele se impõe ao poder competente.

Muito se disputou, nos primeiros momentos de aplicação do instituto em análise, sobre a sua natureza jurídica. Consideraram-no interdito, causa dissociada do conceito de ação, remédio especial (10), ou medida cautelar (11). Tais debates esmaeceram-se

(9) Em Minas Gerais, esta competência para processar e julgar tais processos foi oferecida exclusivamente ao Tribunal de Justiça do Estado (art. 30, VI, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça — Res. nº 63/84).

(10) NUNES, Castro. *Op. cit.*

(11) STF, MS n.º 60, in *Arquivo Judiciário*, vol. 39, p. 346.

cedendo lugar ao sedimentado entendimento de se tratar essa figura processual de ação judicial, dotada de procedimento especial⁽¹²⁾.

Persiste, contudo, a dificuldade de se enquadrar o mandado de segurança num dos tipos de ação judiciária especificados pela doutrina e jurisprudência.

O mandado de segurança dota-se de força para produzir a sustação imediata do ato ameaçador ou lesivo a direitos, constituindo via processual que permite a análise de uma lide pendente entre partes para, resolvendo-a, tornar coisa julgada o decidido, expedindo-se, então, em virtude do julgamento processado, mandado a ser cumprido pela autoridade⁽¹³⁾.

A indagação que se coloca para deslinde da questão proposta é qual o elemento que, sobrelevando numa ação, lhe especifica a natureza. Na classificação tradicional das ações, segundo o tipo de sentença obtida, inexistente uma espécie que contenha o modelo exato com o qual se possa vestir o mandado de segurança. Assim, não se poderia cogitar de enquadrar-se esta ação no bloco daquelas declaratórias, vez que como tais se consideram as que objetivam a afirmação judicial da existência ou inexistência de uma relação jurídica⁽¹⁴⁾.

Nota-se, de conseguinte, não se conter neste modelo a ação de mandado de segurança, eis que o que se busca, precipuamente, neste processo é a determinação de um comportamento concreto do representante do Poder Público, pelo que a mera declaração obtida em juízo seria insuficiente para o atingimento do escopo perseguido⁽¹⁵⁾.

Identicamente desarmoniosa é a ação constitutiva com a natureza do mandado de segurança. Denominam-se constitutivas as

(12) MEIRELLES, Hely Lopes. *Do Mandado de Segurança*. S. Paulo, Ed. Rev. dos Trib., 1980, p. 6; FAGUNDES, M. Seabra. *Do Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Ed. Saraiva, 1984, p. 221; BASTOS, Celso Ribeiro. *Do Mandado de Segurança*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1976, p. 5; BARBÍ, Celso A. *Do Mandado de Segurança*. Rio, Forense, 1984, p. 73.

(13) A Lei n.º 1.533/51 não mais se refere à expedição de mandado. Todavia, refere-se a ofício compreendendo a cópia da decisão prolatada, o que tem o condão de garantir a eficácia da ordem de segurança concedida e tornar exequível o que no julgado se contém (art. 11).

(14) A ação declaratória está prevista pelo Código de Processo Civil brasileiro, em seu art. 4.º: "O interesse do autor pode limitar-se à declaração:

1 — da existência ou da inexistência de relação jurídica. ...".

(15) Já se tem por assentado na jurisprudência pátria que a ação de segurança não pode visar a mera declaração, pois estaria a substituir esta espécie ativa: MS n.º 736 — STF, in *Rev. Forense*, vol. 106, p. 64.

ações cujos julgados criam, extinguem ou modificam uma situação jurídica posta. Essas ações não comportam, contudo, a execução indireta, pertinente ao mandado de segurança, que seria frustrado em sua peculiar natureza e finalidade se, como aquelas, necessitasse de uma fase executória imprópria (16).

No que concerne às ações condenatórias, pelas quais se persegue o reconhecimento da existência de uma relação jurídica, em virtude do que se impõe uma prestação de fazer ou não fazer à parte vencida, tem-se que a aproximação delas com o mandado de segurança é estreita, porquanto a imposição de uma conduta imperativamente determinada é também desta espécie e corresponde a uma obrigação à qual se condena a autoridade indicada autora do cometimento impugnado. Todavia, a identidade não é absoluta entre as duas ações, vez que a particularidade da ação de segurança repousa no reconhecimento do direito líquido e certo, o que, então, abre ensanchas, imediata e necessariamente, à deflagração da ordem de segurança.

Fugindo-se à remansosa e tradicional teoria das ações de cognição, classificadas naquele tríptico modelo, há uma parcela significativa da doutrina que insere a ação de segurança numa categoria nova, classificando-a como de natureza mandamental (17).

Esta, na lição do seu teorizador, KUTTNER, em cuja obra *Urteilswirkungen Ausserhalb des Zivilprozesses*, passa ela a adicionar nova categoria de ações à classificação tradicional, é a espécie pela qual

“... o juiz, sem resolver por si mesmo sobre a relação de direito privado que exista no fundo do litígio, dá a outro órgão do Estado, autoridade pública ou funcionário público, a ordem concreta de praticar ou omitir um ato compreendido dentro dos poderes do seu cargo, e isso em virtude de nova e especial petição da parte vencedora” (18).

(16) Assinala CELSO A. BARBI que “... a circunstância de serem exequíveis sentenças proferidas em mandado de segurança, em alguns casos, é insuficiente para lhe dar caráter executivo ou ‘executório’, pois as ações condenatórias, em geral, pertencem à categoria das ações de ‘cognição’ e as sentenças nelas proferidas são exequíveis, sendo mesmo esse o seu caráter distintivo”.

(17) Nem todos os autores admitem a existência desta classificação inovadora, havendo aqueles que, à maneira, v.g., de MOACYR AMARAL SANTOS, dizem-se em dúvida quanto à admissão das ações mandamentais: “Somos daqueles que, fiéis à doutrina dominante, consideram duvidosa a admissibilidade da existência das chamadas ações mandamentais como categoria distinta.” (“Natureza Jurídica do Mandado de Segurança”, in *Rev. de Dir. Públ.*, vol. 17, p. 14).

(18) Apud. MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*, São Paulo, Ed. Rev. dos Trib., 1976, Tomo VI, p. 9.

Duas ordens de fatores contribuem para que seja contestada por alguns próceres da doutrina processual a adoção desta nova modalidade de ação na categorização geral dessas e a inclusão do mandado de segurança nesta seção: primordialmente, por duvidarem os adversários desta classificação da sua existência como subdivisão dotada de autonomia, eis que os seus caracteres se conteriam nas espécies tradicionais de ação; de outra parte, a especificação do mandado de segurança como pertencendo a este grupo torna-se de difícil aceitação pela circunstância singela de que naquele o julgador pode conhecer, e normalmente conhece e aprecia, a relação jurídica compreendida na lide formada, ao contrário, pois, do que acentuava KUTTNER em sua conceituação da espécie ativa mandamental. Ademais, calha observar que, no mandado de segurança, a relação jurídica que se contém no bojo do processo não é de direito privado, mas sempre de direito público, submetida a hipótese apreciada pelo Judiciário sempre ao regime jurídico peculiar a esta rama do direito, pois que o ato impugnado e analisado nesta espécie processual é emanado de autoridade geralmente pública, logo, de menos formalmente, trata-se de ato jurídico público (19).

A crítica que se poderia fazer a esta celeuma formada em torno da natureza jurídica do mandado de segurança é, em primeiro lugar, quanto ao apego excessivo a esquemas classificatórios tradicionais, nos quais se deseja fazer conter espécies ativas inéditas, formuladas com elementos antes impensados e distanciados, pois, da dinâmica processual anterior a tal elaboração.

Em segundo lugar, remarca-se dotar o mandado de segurança de características próprias, especiais, engajadas num sistema normativo determinado — o brasileiro — e prestante a solucionar lides que se formam na dinâmica desse sistema, tendo ele sido conformado pelo constituinte pátrio que hauriu da mecânica das instituições e experiências jurídicas nacionais os elementos que o compuseram. Ora, as classificações de ações apresentadas pelos processualistas brasileiros foram cunhadas por doutrinadores alóctones, normalmente europeus, vale dizer, doutores do direito processual, que iniciaram e dirigiram suas pesquisas para a realidade sistêmica na qual se enquadravam seus estudos.

Logo, muito difícil é encontrar nos ensinamentos apresentados em suas obras paradigmas que assentem perfeitamente ao insti-

(19) PONTES DE MIRANDA, teorizador e divulgador no Brasil desta espécie de ação, conceitua-a como "... aquela que tem por rito preponderante que alguma pessoa atenda, imediatamente, ao que o juízo manda... a ação mandamental típica supõe que o juiz decida após o exame dos elementos contutísticos, e de tal modo se considere baseada, acertadamente, a sua decisão, que ele possa mandar" (*op. cit.*, p. 3).

tuto do mandado de segurança, formulado por autores e legisladores pátrios para se contrapor a injunções ilegais das autoridades públicas brasileiras.

As próprias fontes do mandado de segurança, tendo sido as Ordenações Filipinas e as propostas de RUI BARBOSA e ALBERTO TORRES, são muito peculiares e coerentes com a realidade juspolítica nacional, donde a impossibilidade de se chegar a bom termo naquele intento de se vestir o instituto brasileiro com o modelo europeu.

Não se pode, por igual, deixar de se considerar a sábia ponderação de CELSO A. BARBÍ, no sentido de que “em cada caso concreto é que se poderá dizer se a ação ajuizada é condenatória, constitutiva ou declaratória” (29). É que a afronta a um “direito líquido e certo” e a busca do seu restabelecimento podem ensejar pedidos variáveis, que se não ajustam, assim, a um modelo preestabelecido. Destarte, se o que se pretende, *verbi gratia*, é reconhecer-se a nulidade de um cometimento público determinado pela inconstitucionalidade da norma que o respalda, poderia parecer suficiente o pedido formulado no *mandamus*, no sentido de se declarar tal vício. Contudo, a retirada do ato acoimado írrito pela jaça contida na regra que subsidiou a sua prática poderia ser objeto de questionamento por parte da autoridade que o cometeu e que se poderia inclinar pela inteligência de somente operar tal decisão efeitos *ex nunc*, pelo que o objetivo do autor da impetração não teria assegurada a pronta restauração do *status quo* que acreditou violado pelo cometimento público criminado lesivo a seus direitos. Urge, pois, neste caso, como de resto em todos os outros em que a única via processual própria e operante seja aquela espécie ativa, que se expeça cópia do julgado proferido à autoridade pública, a fim de que a ação de segurança complete o seu ciclo de realização com o implemento imediato e integral da ordem garantidora do direito do impetrante reconhecido judicialmente nos termos postos na decisão prestada.

Leciona ALFREDO BUZARD não ser a expedição do mandado senão um efeito secundário da ação intentada e que “a característica dessa ação não está tanto no mandado que o juiz expede,

(29) Salienta CELSO A. BARBÍ que: “... caiu em desuso a expedição de um mandado para cumprimento da sentença concessiva. A Lei n.º 1.533 não mais se refere à expedição do mandado e, em seu art. 11, determina apenas a remessa de cópia da sentença, acompanhada de ofício” (*op. cit.*, p. 72 n.º 95).

Há que se notar, contudo, que a remessa da cópia do julgado, contida no ofício, desempenha o mesmo papel que anteriormente se atingia mediante a expedição do mandado.

como no reconhecimento do direito líquido e certo que o juiz declara na sentença" (21). Na mesma corrente apostila SEABRA FAGUNDES que somente a liminar concedida nos termos do art. 7º da Lei nº 1.533/51, traz o objetivo exclusivo de sustar a executividade do ato increpado ilegal.

Quanto à lição do mestre paulista, há se atentar que se o reconhecimento do direito líquido e certo particularizasse e informasse, definitivamente, a ação de segurança, em nada se oporia ela à ação declaratória, que se aperfeiçoa com o reconhecimento da existência ou inexistência de uma relação jurídica, eventualmente compreensiva de situação que se poderia titular de direito líquido e certo do postulante.

Daí porque entendemos que, ainda que o mandado, encarnado na nova fórmula legal adotada, a dizer, o encaminhamento de ofício contendo cópia da decisão judicial à autoridade, não constitua a finalidade material do processo, iniludível é que aperfeiçoa-se por ele a prestação perquirida pela via processual eleita pelo petrador e a sua força de tornar "executível, imediata e diretamente, a decisão prolatada fá-lo o elemento formalizador da entrega da prestação jurisdicional pleiteada e caracterizador, irrefragavelmente, desta espécie processual.

Estamos, pois, em que o mandado de segurança é uma ação judicial constitucional, de procedimento específico e objeto próprio — a garantia de direito líquido e certo ameaçado ou lesado por ato ilegal de autoridade pública —, e de natureza tridimensional, vez que comporta, em seu célere rito, três fases autônomas e com características próprias, a saber: fase cautelar, de provimento liminar; fase cognitiva, de natureza especial e sumária; fase executória, de natureza indireta e imediata (22).

(21) BUZAID, Alfredo. "Do mandado de segurança" in *Revista Forense*, vol. 164, mar./abr. 1956, p. 11.

(22) A natureza do "remédio constitucional" é encarecida por todos os autores pela circunstância de ser marcante, na caracterização desta espécie processual, a fonte jurídica que a erige em garantia da pessoa, projetada em nível superior pela natureza da norma suprema na qual se contém (Cf. SILVA, José Afonso. *Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Ed. Rev. dos Trib., 1984, p. 581).

Não sendo essa, contudo, no atual sistema, a única peculiaridade do "mandamus", busca-se compreendê-lo na integralidade dos seus elementos, o que faz, *verbi gratia*, MILTON FLAKS, nos termos seguintes: "ação judiciária, de origem constitucional e rito específico, destinada a amparar direitos violados ou ameaçados por ato de autoridade, mediante provimento cautelar, cognição sumária e execução indireta" (FLAKS, Milton. *Mandado de Segurança — Pressupostos de Impetração*. Rio, Forense, 1980).

Por isso, pois, que ela condensa e reelabora elementos e fases que, isoladamente, consubstanciam espécies processuais diferenciadas e autônomas na doutrina tradicional, e, em princípio, impossíveis numa única experiência, é que surge a ação de segurança como uma modalidade ativa singular, cuja feição não se contém em qualquer dos blocos categoriais recortados pelas teorias processuais propostas.

PRESSUPOSTOS E CONDIÇÕES DA AÇÃO DE SEGURANÇA

Adotando-se a lição de CHIOVENDA ⁽²³⁾, tem-se por pressuposto processual o cabedal de exigências a serem atendidas a fim de que a relação jurídica forme-se validamente. A carência de qualquer destas exigências é suficiente a impor a declaração de inexistência da relação jurídico-processual válida, pelo que o processo sequer será considerado constituído para o seu exame pelo Judiciário.

Arrola a doutrina pressupostos objetivos e subjetivos de ação, aqueles referindo-se ao juiz (competência, imparcialidade etc.) e às partes (capacidade), e estes pertinentes a fatos e atos processuais (impedimentos, litispendência, prazos, formalização dos atos de chamamento a juízo, etc).

De outra parte, expõe a doutrina processual a teoria das condições da ação, segundo a qual há que se dotar essa de requisitos essenciais para a obtenção pela parte de uma decisão favorável ⁽²⁴⁾. Tais requisitos atinam à possibilidade jurídica do pedido, à legitimidade do interesse e à legitimação para agir.

No que concerne ao mandado de segurança, há que se distinguir, pois, entre as exigências que se relacionam à formação da

(23) "Entendem-se como condições da ação as condições necessárias a que o juiz declare existente e atue a vontade concreta da lei invocada pelo autor, vale dizer, as condições necessárias para obter um pronunciamento favorável. ... Por pressupostos processuais... compreendem-se as condições para a obtenção de um pronunciamento qualquer, favorável ou desfavorável sobre a demanda" (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições do Direito Processual Civil*. São Paulo, Livraria Acadêmica — Saraiva & Cia. Editores, 1942, pp. 109 e 111).

(24) Esta posição, embasada na doutrina de CHIOVENDA, não é unanimemente aceita pelos processualistas, vendo-se, *verbi gratia*, em FREDERICO MARQUES a afirmativa de serem condições "os elementos e requisitos necessários para que o juiz decida do mérito da pretensão, aplicando o direito objetivo a uma situação contenciosa". E acrescenta ele: "As condições da ação nada têm a ver com as condições de decisão favorável ao autor... Inaceitável é, por isso, o entendimento de CHIOVENDA de que condições da ação são aquelas "necessárias para obter um pronunciamento favorável..." (*Instituições de Direito Processual Civil*, Rio, Forense, 1958, vol. II, pp. 29/31).

relação processual válida e às condições da ação, que pertinem à prossecução e obtenção do decisório favorável à concessão da ordem pedida.

São pressupostos específicos da impetração do *mandamus*, de consequente, aqueles que a norma legal fixou especialmente para essa espécie de ação relativos ao juiz e à jurisdição e à qualidade e capacidade das partes, além da ausência de qualquer elemento impediante a obliterar a sedimentação válida da relação jurídica encarnada na espécie processual.

É de se remarcar encontrarem-se, na doutrina brasileira do mandado de segurança, referências freqüentes aos pressupostos específicos da sua impetração, listando-se no rol apresentado elementos e exigências que preferimos, contudo, tabelar como condições da ação ⁽²⁵⁾.

Temos como tais condições a existência de direito líquido e certo ameaçado ou lesado, o ato de autoridade pública do qual de autoridade pública eivada de ilegalidade ou abuso de poder. que se contenha no provimento questionado.

Estas condições têm sede constitucional, vale dizer, "conceder-se-á mandado de segurança", na fórmula imperativa exposta pelo constituinte, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de vir a sofrer lesão a direito líquido e certo em virtude de conduta de autoridade pública eivada de ilegalidade ou abuso de poder.

Ocorrida, pois, a lesão, e demonstrada ela de plano, conceder-se-á a ordem de segurança pedida. Cumpridas, assim, as condições para que se obtenha o mandado pleiteado, a dizer, atendidas as exigências para que a ação prospere e resulte favorável ao impetrante, acolhe-se, judicialmente, o pedido. Tal acolhimento constitui o reconhecimento da existência das condições da ação.

A) ATO DE AUTORIDADE

A primeira condição para que prospere a ação de segurança é a ocorrência de um ato de autoridade que acarrete ameaça ou lesão a direito líquido e certo de alguém.

Duas ilações promanam de imediato da exigência de ser contrastável pela via do *mandamus* apenas ameaça ou lesão a direito

(25) Preleciona, dentre outros, MILTON FLAKS: "Constituiriam... pressupostos de impetração: I) ato de autoridade; II) ilegalidade; III) direito líquido e certo; IV) inexistência de restrições; V) observância do prazo legal" (*op. cit.*, p. 34). De idêntico modo afirma CELSO RIBEIRO BASTOS ser "pressuposto de cabimento" a existência de direito líquido e certo (*cf. op. cit.*, pp. 11 e 15).

compreendida em ato de autoridade pública: primariamente daí decorre a natureza da relação jurídica que se esboça entre o autor da lesão e o lesado, a saber uma relação de direito público, vez que o cometimento impugnado será sempre, de menos organicamente, ato jurídico público; em segundo plano, há de se relevar o caráter singular da relação processual que conterà sempre, em um dos pólos do triângulo, uma pessoa de direito público em cujos quadros se contenha a autoridade fautora da conduta questionada, ou entidade àquela legalmente equiparada para os efeitos precipuos de responder nesta ação de segurança como parte passiva.

No que concerne ao primeiro dado emanado da natureza do ato focado no *mandamus*, importa o reconhecimento de haver uma relação jurídica de direito público no bojo do conflito formado em se acatar o regime jurídico público a envolver o desenrolar e a solução da lide.

É que ato de autoridade, nos termos da legislação pátria, é a declaração, comissiva ou omissiva, de agente que, no exercício de função pública, expede decisões no cumprimento de lei ou ao argumento de aplicá-la.

Note-se que apenas a declaração que contenha determinação decisória terá a feição que lhe vale o apelido de "ato de autoridade", daí sobrevivendo, imediatamente, a noção do autor do provimento questionável por essa via e que será convocado a informar o processo. Este haverá que ser o agente público que exerça função decisória no desempenho do seu cargo. Ato impugnável pela senda da ação de segurança haverá que ser, de conseguinte, aquele que expresse deliberação do Estado ou dos agentes que exerçam função por ele delegada. Tal inibição do objeto de questionamento advém da singela circunstância de que somente uma decisão pode render ensejo a interferência na esfera juridicamente garantida de alguém, ensanchando insegurança que venha a pender sobre ela. O ato, pois, causador de ameaça ou lesão, indagável pela via do *mandamus*, haverá que ser aquele que exare um assentamento do Poder Público, não se compreendendo em seu conceito, destarte, o provimento meramente executório, a dizer, que se volta exclusivamente à aplicação de decisão assumida anteriormente.

Importa a conceituação de "ato de autoridade" em se tracejar, além do objeto da ação em pauta, o universo exclusivo do debate judicial possível de ser travado em seu âmbito e, especialmente, a parte passiva a se convocar em juízo para formar a relação jurídica processual.

Este último elemento, à sua vez, arrasta em sua solução a natureza jurídica da peça processual aportada pela autoridade

coatora à ação de segurança para o esclarecimento dos dados arrolados na peça exordial pela parte ativa.

Quanto ao item inicial da indagação primordialmente aventada, a dizer, pertinente à parte passiva do mandado de segurança, há de se discriminar entre o titular da situação jurídica passiva processualmente posta em disputa através da ação (26) e aquele que comparece em juízo como representante do primeiro ou como responsável imediato do mesmo pelo ato criminado como lesivo e sua relação com o titular passivo da ação.

Parte passiva do mandado de segurança é a pessoa jurídica a cujos quadros pertença a autoridade indigitada coatora pelo autor da ação. É a pessoa jurídica pública que titulariza um dos pólos do contraditório formado perante o órgão judicante, sendo ela a responsável pelo cometimento que se pretende debater pela via do *writ*. Ela é a autora do provimento impugnado como provocador da insegurança jurídica que se procura afastar, conquanto fatora do mesmo seja uma autoridade que dinamiza a competência legal possuída pela pessoa jurídica pública.

O que torna esta entidade parte passiva da ação em foco é a circunstância de ser ela quem responde pelo ato cujo cometimento se questiona, sendo contra ela, pois, que se impetra a ordem (27).

Nem poderia ter deslinde diverso a questão na sistemática do direito processual civil vigente, o qual positivou como sendo dotado

(26) Expõe CÂNDIDO R. DINAMARCO que "ser parte significa ser titular daquelas situações jurídicas ativas e passivas: faculdades, ônus, poderes, sujeição, autoridade, que, no seu complexo todo, caracterizam a relação jurídica processual" ("As Partes do Mandado de Segurança", in *Rev. de Proc.*, vol. 19, p. 200).

(27) Ainda se discute, na senda doutrinária, sobre a titularidade passiva do mandado de segurança, embora copiosa corrente se fixe na linha dos que aceitam como tal a entidade jurídica pública à qual integre a autoridade havida como coatora. Neste sentido BARBI, Celso A. *Op. cit.*, p. 180; NUNES, Castro. *Op. cit.*, p. 244; FAGUNDES, M. Seabra. *Do Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. São Paulo, Saraiva, 1984, p. 223; BASTOS, Celso R. *Op. cit.*, pp. 36 e segs.

Autores de nomeada acatam, todavia, inteligência diversa daquela espçada pela primeira corrente, entendendo, *verbi gratia*, HELY LOPES MEIRELLES que "o impetrado é a autoridade coatora, e não a pessoa jurídica a que pertence e ao qual seu ato é imputado em razão do ofício" (*op. cit.*, p. 27).

PONTES DE MIRANDA, à sua vez, opina ser o "mandamus" impetrado contra o órgão e não contra a pessoa jurídica compreensiva daquele, mas aduz ser esta a parte passiva da ação de segurança (*Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969*. São Paulo, Ed. Rev. dos Trib., 1976, t. V, p. 156).

de capacidade de ser parte em ação judicial todo aquele "que se acha no exercício dos seus direitos..." (art. 7º do Código de Processo Civil brasileiro).

O que se disputa na ação de segurança é uma atuação do Estado ou de delegado seu e sua conformação aos ditames legais pré-balizados; logo é o exercício das competências da entidade pública normativamente postas que se questiona no *mandamus*, razão pela qual não se poderia deixar de reconhecer a sua qualidade de titular da posição passiva desse processo.

Dispondo a pessoa jurídica pública desta qualidade, há de se esclarecer quem a representa judicialmente e a que título recebe a autoridade apontada como coatora a notificação para que compareça informando o juízo acionado sobre o ato acoimado causador da insegurança contestada.

Sobre a representação judicial das pessoas jurídicas de direito público urge remitir-se à norma processual civil pátria, que, tratando expressamente do tema, dispõe dar-se ela pelos procuradores das mesmas (art. 12, II e VI, do Código de Processo Civil). Argumenta-se que a lei poderia legitimar outras hipóteses de representação, assim o tendo feito ao outorgar à autoridade indigitada coatora capacidade para se apresentar em juízo na categoria de informante sobre o ato questionado, e que teria vinculado à espécie a própria entidade, mas não parece haver indícios na norma legal a conduzir a tal inteligência, porque não se lhe entregou aptidão para prosseguir em sua atuação como procurador judicial da pessoa jurídica implicada na lide, nem se lhe estendeu a faixa de competência pré-traçada na norma estadual e que inclui capacidade para adotar comportamentos em área específica que não atinge a esfera da representação judicial.

Defluem desta ilação duas ordens subsidiárias de indagações relativas à natureza jurídica das informações prestadas nos autos e à postura processual da autoridade argüida na ação como coatora.

Não sendo esta autoridade representante judicial da pessoa jurídica, a qual, inclusive, pode comparecer em juízo ao lado daquela, apresentando-se ao processo para o desempenho das funções que lhe são próprias e exclusivas, há de se aduzir ter a autoridade apontada como coatora a qualidade de informante do ato inquinado ilegal e lesivo, no que pertine à sua postura em relação à parte ativa, e com o predicado de responsável imediato pelo ato inquinado irregular ou nulo, com todas as conseqüências daí promanadas, no que concerne à sua posição em face à pessoa jurídica cujos quadros integra.

Dimana desta referência a natureza jurídica da peça informativa requisitada judicialmente à autoridade havida como coatora e que não parece ter a feição de contestação, conforme entendem alguns doutrinadores (28), mas sim o caráter de prova atípica pré-produzida (29). Trata-se, é certo, de prova precária e que pode ser meio de encaminhamento de outros documentos e peças probatórias mais consistentes e definitivas. Contudo, as informações constituem meramente aporte de dados que esclareçam fatos e circunstâncias jurídicas cuja elucidação norteie o desate judicial do conflito processual pendente (30).

- (28) Leciona, dentre outros, ADA PELLEGRINI GRINOVER ser "Réu... o Estado e não a autoridade, muito embora as informações desta correspondam a uma verdadeira contestação" ("Tutela Preventiva das Liberdades: Habeas Corpus e Mandado de Segurança", in *Rev. da Proc. Geral de São Paulo*, vol. 17, p. 196). Também HELY LOPES MEIRELLES entende serem as informações "... a defesa da Administração" (*op. cit.*, p. 50).

Não obstante tais lições, há de se considerar que a contestação produzida em juízo haverá que representar a intervenção da parte passiva que, através de procurador legalmente habilitado, comparece ao processo para firmar, com o princípio do contraditório, as traves mestras do *due proces of law*.

Na hipótese de terem esta natureza as informações oferecidas, haveria que se entender ter lei nacional subtraído das entidades federadas a competência para dispor de per si sobre os serviços estaduais e a competência das autoridades a eles vinculadas em campos especificamente delimitados, eis que teria circunscrito esfera de atuação das autoridades públicas estaduais no âmbito da representação judicial na ação de segurança, quando a norma estadual teria cuidado de outra província comportamental entregue à sua responsabilidade. Ademais, teria de ter excepcionado de outra determinação legal nacional a representação judicial, que dispõe ser este mister singular aptidão de advogados (art. 67, da Lei nº 4.215/64), atributo de que nem sempre dispõem aquelas autoridades.

Além disso, ter-se-ia subtraído da pessoa jurídica pública a faculdade de comparecer em juízo apresentando os seus elementos e razões jurídicas sobre a lide pendente e que não serão necessariamente aquelas firmadas pela autoridade, de cuja conduta nasceu o cometimento impugnado.

- (29) MARCO AURELIO GRECO, em brilhante comentário, assevera que "O pedido de informações exerceria a função de 'uma prova atípica'..." ("Comentário", in *Rev. de Processo*, vol. 5, p. 343).
- (30) Marca esta inteligência e determinação legal segundo a qual a ausência da prestação de informações não desvencilha o julgador do seu dever de entregar a prestação jurisdicional pedida. Tivessem, assim, tais informações a feição jurídica de defesa da entidade de direito público e ver-se-ia que, na hipótese de não-prestação daquelas, o princípio do contraditório não se teria produzido pela ausência da parte ou se teria estendido à ação de segurança o princípio da revelia quando do não-comparecimento da autoridade tida como coatora. Todavia, os órgãos de representação judicial da pessoa jurídica, responsáveis pela presença dessa em juízo, não teriam tido sequer conhecimento da pendência da lide, o que tem ocorrido com frequência, especialmente em comarcas que não contam com a presença local de procuradores das entidades que arcarão com os ônus desta dissidência.

Finalmente, há de se esclarecer ter o legislador dilatado o conceito de autoridade, para os fins de avocação judicial através do *writ*, englobando nele os administradores ou representantes das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do Poder Público no que entende com essas funções (art. 1º, § 1º, da Lei nº 1.533/51).

A guisa de conclusão, pode-se conceituar, pois, o ato de autoridade impugnável através do mandado de segurança como sendo o cometimento, omissivo ou comissivo, do Estado ou de quem lhe faça as vezes, que, no aperfeiçoamento de atividades inerentes às funções públicas assumidas ou ideando desenvolvê-las, interfere unilateral e ilegalmente na esfera jurídica do particular lesando direito líquido e certo deste.

B) DIREITO LÍQUIDO E CERTO

A segunda condição processual do mandado de segurança é a existência do que o constituinte brasileiro, desde 1946, preferiu denominar direito líquido e certo ⁽³¹⁾.

O conceito deste elemento constituiu, desde a entronização da ação de segurança no sistema normativo pátrio ⁽³²⁾, vertente das mais acirradas disputas doutrinárias e das mais difíceis questões com que se deparou o Judiciário. Tal embaraço advém, primordialmente, da inexistência de uma definição legal que balize a aplicação do instituto em causa e da carência mesma de elementos que caracterizem a noção em pauta. Desta situação decorreu o inicial acanhamento dos órgãos judicantes em concederem ordens de segurança, tendo-se alargado, contudo, substancialmente, com a aplicação reiterada da norma legal, referente à espécie, aquele conceito.

(31) A Constituição de 1934, tratando da matéria em seu art. 113, 33, previa o mandado de segurança a ser concedido para "defesa do direito, certo e incontestável...".

Coube ao constituinte de 1946 alterar a locução, passando a empregar a expressão direito líquido e certo (art. 141, § 24), que até hoje se mantém (art. 153, § 21).

(32) Parece ter sido PEDRO LESSA o introdutor da expressão direito líquido e incontestável no direito brasileiro, referindo-se ele a tal situação jurídica em decisões de *habeas corpus*: "Quando o direito que o paciente quer exercer e para cujo exercício precisa desta condição, deste meio, deste caminho — a liberdade de locomoção — é um direito líquido e incontestável, concede-se o *habeas corpus*, cujo processo, de andamento muito rápido, sem forma nem figura de juízo, não comporta a resolução de questões estranhas à de saber se o constrangimento é ou não ilegal...". (Apud CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do Mandado de Segurança*, Rio de Janeiro, Liv. Freitas Bastos S.A., 1966, p. 99).

Ensinava CASTRO NUNES, valendo-se da expressão contida no Código Supremo de 1934, ser direito certo e incontestável síntese, cujos elementos seriam:

“1º, direito provado de plano, documentalmete, sem necessidade de provas complementares, nem maior debate elucidativo dos fatos...; 2º, ilegalidade do procedimento administrativo na prestação positiva ou negativa reclamada. A noção de direito certo (incontestável é expressão enfática, sem sentido na técnica do direito) é correlata da de obrigação certa, *an debeat*, conhecida no direito privado” (33).

No que pertine ao primeiro elemento elencado por aquele autor, há de se reconhecer ser ele o ponto nodular da construção doutrinária alicerçada sobre o tema a travejar o próprio instituto do mandado de segurança (34).

Com efeito, encarecendo a tibieza e tangibilidade da noção de direito líquido e certo, recebem os autores tais qualificativos legais da faculdade questionada no *mandamus* como requisitos de que se devem dotar os fatos ensejadores do pedido de segurança.

É que o direito contém, em sua própria noção, a característica da retidão, da certeza (do próprio nome Direito, de *rectum*, *directum*, o que é reto, certo). Logo em qualquer causa sobre a qual se pronuncia a Justiça, há que se buscar, para se elucidar a controvérsia e aplicar o direito concedendo-se a prestação reclamada, o que é certo.

Repousa nesta razão o ensinamento do Ministro COSTA MANSO ao ponderar que o que deve ser líquido e certo, para que se conceda a ordem de segurança pedida nesta ação, é o fato sobre o qual pende a lide e cujo advento tornou a pessoa insegura do exercício do seu direito (35).

(33) *Op. cit.*, p. 55.

(34) Observa-se, na análise das obras que versam o tema em foco, que quase todos os autores que se debruçaram sobre a matéria, referem-se àquela qualidade a envolver o “direito líquido e certo”, definido, *verbi gratia*, por HELY LOPES MEIRELLES, como “direito comprovado de plano” (*op. cit.*, p. 11).

(35) De idêntico teor é a lição de CELSO R. BASTOS, para quem: “A solução correta, sem dúvida, é a que faz residir o caráter de líquido e certo não na vontade normativa, mas nos fatos invocados pelo impetrante como aptos a produzirem os efeitos colimados. Mais precisamente ainda, na própria materialidade ou existência fática da situação jurídica” (*Mandado de Segurança*, São Paulo, Saraiva, 1978, p. 10).

Líquida e certa haverá que ser, pois, a situação fática cujo relato se contém na impetração, a qual é por aquela motivada. Neste sentido, pois, é que têm os doutrinadores se valido do conceito de direito líquido e certo como aquele "comprovado de plano".

Tomando-se, todavia, aquele conceito, há de se sublinhar que seria ele então pressuposto da impetração e não condição da ação, pois não se forma a relação jurídica-processual numa ação de mandado de segurança, quando o órgão judicante não vislumbra a lucidez absoluta e imediata do fato narrado pelos próprios elementos de comprovação carreados a juízo juntamente com a peça vestibular do processo (36).

Mas a extensão da idéia compreendida na expressão "direito líquido e certo" não se exaure no contingente da narração e comprovação inicial e definitiva dos fatos narrados.

Traduz aquela expressão a infungibilidade e incontestabilidade de uma faculdade fundada em norma vigente a propiciar o exercício atual da prerrogativa que dela decorre.

Certo, portanto, para os efeitos perseguidos através da ação de segurança, é o direito que tenha inquestionável assento em norma legal (37), na qual se contenham os limites determinados do exercício da faculdade nela embasada e pela qual se reconheça a atualidade do seu desempenho (38).

Analisada a espécie proposta e verificada a existência daquele direito e a superveniência de lesão a ele, a hipótese é de concessão da segurança, a dizer, de acolhimento da ação e da pretensão nela exposta pelo cumprimento de suas condições de viabilidade e justeza.

(36) Nos termos da legislação vigente, a carência de elementos fáticos translucidamente postos na petição inicial do *mandamus* provoca o abortamento do processo inicial, por ato do julgador fulcrado no art. 8.º, da Lei n.º 1.533/51, que reza: "A inicial será desde logo indeferida quando não for caso de mandado de segurança ou lhe faltarem alguns dos requisitos desta lei."

(37) Tal é a preleção de CASTRO NUNES, segundo o qual: "Nas relações de direito público ajuizáveis pelo mandado de segurança, será a lei o assento da verificação da certeza da obrigação exigida da administração no cumprimento de dado dever funcional (prestação determinada)" (*op. cit.*, p. 65).

(38) Vem a pêlo, neste particular, avocar insuplantável lição de HELY LOPES MEIRELLES, de conformidade com a qual "... o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se a sua existência for duvidosa; se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança..." (*op. cit.*, p. 10).

Essa a razão que nos conduz a aduzir ser condição da ação e não mero pressuposto processual a existência de direito líquido e certo argüido como objeto da incidência do ato ameaçador ou lesivo. Comprovada a sua ocorrência, a ordem de segurança haverá que ser concedida, vale dizer, será reconhecida ao impetrante a faculdade de perceber a prestação jurisdicional positiva do Estado.

O direito, pois, a que fazem referência o constituinte e o legislador infra-constitucional e que deve dotar-se de liquidez e certeza, não é o direito norma, consoante o assinalou COSTA MANSO⁽³⁹⁾, mas o direito faculdade com que conta o sujeito em virtude da projeção da norma em sua esfera de liberdades jurídicas, quer dizer, o direito subjetivo público que seapura na análise da relação fato-norma.

Dai por que não obstante haja critérios nos quais se podem e devem fulcrar os julgadores no ensaio de apreciarem as ações de segurança, não se chega a uma visão única da questão posta, vez que interfere na análise de cada lide o terceiro elemento do próprio direito, o valor, ou, na hipótese do processo judicial, a valoração feita pelo órgão judicante e a própria interpretação dos dados trazidos a cada causa. Persiste, portanto, a prevalência do elemento subjetividade encerrado no conceito de direito líquido e certo, tal como o ponderava OROZIMBO NONATO, para quem a "consideração da certeza do direito é eminentemente subjetiva", sendo, por isso, "impossível enquadrar-se o conceito de direito certo e incontestável numa fórmula objetiva, com elementos de definição que servissem à solução de todas as espécies" (RE nº 18.355 — Supremo Tribunal Federal, Rel.: Sr. Min. Orozimbo Nonato, in *Rev. de Dir. Admin.*, vol. 48, p. 342).

Tem-se argüido como elemento estrutural da ação de segurança, paralelo àquele de direito líquido e certo, a ilegalidade ou abuso de poder a ameaçá-lo ou lesá-lo.

Segundo alguns autores, a própria caracterização de direito líquido e certo inclui a ilegalidade. Sobre este tema trataremos em seguida.

(39) O celebrado voto de COSTA MANSO analisa o conceito de direito líquido e certo sob um prisma pouco considerado, até a sua superveniência, pela jurisprudência pátria. Asseverava aquele Ministro na ocasião que: "O direito subjetivo, o direito da parte, é constituído por uma relação entre a lei e o fato. A lei, porém, é sempre certa e incontestável. ... O fato é que o peticionário deve tornar certo e incontestável, para obter mandado de segurança. ... Desde, pois, que o fato seja certo e incontestável, resolverá o juiz a questão de direito, por mais intrincada e difícil que se apresente, para conceder ou denegar o mandado de segurança" (Apud NUNES, Castro — *op. cit.*, p. 92).

A ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER

Arguição de inconstitucionalidade em mandado de segurança

Integra o conceito de direito líquido e certo, impugnável pela via do mandado de segurança, a existência de ilegalidade ou abuso de poder do ato causador da lesão alegada.

Tal elemento contém-se no próprio preceito constitucional que cuida do tema (art. 153, § 21, da Emenda Constitucional nº 1/69) e, superadas as perquirições sobre os pressupostos processuais constitui o pólo central do debate posto na ação intentada, vez que por ela se delinea a certeza e liquidez do direito protestado e cujo exercício se quer restabelecer (40).

A Constituição de 1934, introdutora do instituto no constitucionalismo positivo pátrio, referia-se, no texto do art. 113, item 33, a ato “manifestamente inconstitucional ou ilegal”, o qual, ameaçando ou lesando direito certo e incontestável, ensejaria a concessão da ordem pedida.

Fixou-se, destarte, no âmago do rol dos direitos individuais, a garantia de contrapor-se a pessoa, com uma ordem judicial, a uma lesão provocada por ato que contrariasse o sistema normativo, a nível de afronta ao Código Máximo ou às leis.

Exigia-se, contudo, que o furtar-se aos limites daqueles ditames fosse manifesto, a dizer, patente, flagrante, indubitável, notório.

Mais ainda, a única ameaça ou lesão ensanchadora da ação de segurança seria aquela decorrente de ato que divergisse de uma norma objetiva, residisse ela na Carta Magna ou na legislação infraconstitucional. E não bastante seria que se estivesse diante de uma situação questionável perante o ordenamento jurídico; imprescindível seria que a oposição à normatividade fosse óbvia, sobressaindo de molde iniludível ao juízo do magistrado.

(40) *Domina*, pacificamente, na doutrina pátria o entendimento segundo o qual a existência da ilegalidade ou abuso de poder é o segundo necessário critério objetivo a ser apurado para que se conclua pela existência de direito líquido e certo a ser protegido pela ordem de segurança pedida. Neste sentido a lição de CASTRO NUNES: “Direito certo e incontestável é síntese. Seus elementos componentes podem ser destacados analiticamente, mas terão de coexistir na espécie para que seja conceituado como tal.

Esses elementos são, ao meu ver: 1º) direito provado de plano; 2º) ilegalidade do procedimento administrativo na prestação positiva ou negativa reclamada.

São dois critérios objetivos. Da coexistência de ambos é que terá de resultar a conceituação como certo e incontestável do direito a assegurar. conclusão a que se chega depois de apreciadas todas as circunstâncias da hipótese” (*op. cit.*, p. 65).

Tal requisito, afirma CASTRO NUNES ao tecer considerações sobre o tema, persistiu como exigência a condicionar a concessão do *mandamus*, pelo que, na dúvida, nega-se a ordem pleiteada (41).

A nova fórmula legal, assimilada constitucionalmente a partir da Lei Magna de 1946, subtraiu, pois, a expressa instância de ser a ilegalidade manifesta, sem retirar da ação, todavia, tal condição, contida no próprio conceito de direito líquido e certo, a dizer, aquele patentado de plano.

De outra parte, aquele texto constitucional alterou a articulação anteriormente posta no cerne da Constituição de 1934, passando a figurar qualquer espécie de contrariedade à ordem jurídica sob o signo de ilegalidade e fazendo figurar, ao lado do elemento objetivo ocasionador da lesão impugnada, o abuso de poder, elemento impregnado de subjetivismo contido na intenção do agente.

Com essa rotulação acatou o constituinte para o mandado de segurança os termos positivos a serem obedecidos para a concessão do *habeas corpus*, cujo vício combatido também repousa na ilegalidade ou abuso de poder (42).

A ilegalidade a que passou a se referir o constituinte como uma das expressões da lesão a direito líquido e certo, autorizadora da impetração do *writ*, não afastou, todavia, em sua manifestação, qualquer dos graus de ilegalidade, vale dizer, seja qual for a regra de direito — Constituição, lei ordinária ou ato normativo — afrontada pela conduta discutida, merecerá a situação litigada análise e pronunciamento do Poder Judiciário na ação de segurança.

Tal circunstância decorre do próprio conceito de ilegalidade, considerado em sua acepção ampla, como a situação que desborda dos termos postos pelo ordenamento jurídico.

Esse, sistematizado em diversas categorias normativas, pode vir a ser contestado por qualquer comportamento que resista à sua

(41) Preleciona aquele autor: "... Não mais se exige, ao menos expressamente, seja manifesta a ilegalidade do procedimento oficial, que o ato seja evidentemente inconstitucional, que o abuso ou excesso de poder se mostre patente aos olhos do juiz. Mas estará dispensado esse requisito no julgamento dos mandados de segurança? ... A qualificação pressuposta no direito amparável pela segurança é correlata de obrigação líquida e certa, que se define no direito privado por um critério praticamente equivalente ao da apreensão da ilegalidade manifesta, no direito público. Retoma-se assim o critério antigo, que subsiste na qualificação de 'líquido e certo', exigida para a proteção a assegurar-se. De outro modo, estaria incondicionada a concessão, sem sentido aquela locução e sem apoio no pensamento do novo texto constitucional, em cuja elaboração nada indica o propósito de inovar o instituto existente" (*op. cit.*, p. 126).

(42) Art. 121, § 20, da Constituição federal, de 1946.

plena realização, quer por ação ou omissão, quer por desconformidade ou por incompatibilidade com a regra de direito.

Nota-se que esta regra jurídica, cuja contrastação implica em ilegalidade, é toda norma que integre o ordenamento positivo e pela qual se expeça um comando jurídico, seja ele escrito ou não, disponha ele do caráter formal de lei ou qualquer outra categoria de mandamento jurídico. Toda regra de direito que constitua fonte de imposições coercitivas, obrigando as pessoas e normando as relações entre elas estabelecidas, constitui “lei” para os efeitos de se contingenciar “legalidade”, e, paralelamente, “ilegalidade”.

Neste sentido é que leciona ANDRÉ LAUBADÈRE: “. . . la légalité.. est issue de toutes les règles de droit qui s'imposent à l'administration” (43). Toda norma de direito vigente constitui, portanto, lei para os fins ora buscados, o primeiro dos quais será o de estabelecer o objeto que se conterà na relação de atos que realize ou não, conforme o seu aperfeiçoamento próprio ou impróprio, a legalidade.

Assim, desde os contratos e convenções internacionais até às práticas administrativas sedimentadas e tornadas, assim, obrigatórias (44), enquadram-se no conceito de legalidade como um dos elementos componentes da relação pela qual se realiza tal princípio.

Adotando-se a “hierarquia dos distintos graus do processo criador do Direito”, a que se referia KELSEN (45), constata-se ter, igualmente, “distintos graus”, se não a legalidade, certamente a ilegalidade, vez que a resistência à norma será tanto mais grave quanto mais elevado for o nível em que se situe esta no ordenamento jurídico.

Tal ilação parece inquestionável quando se prossegue na lição kelseniana segundo a qual cada categoria normativa constitui fonte criadora de outras normas, escalonadas em grau inferior àquela na qual estas haurem sua validade. Tanto mais elevada, pois, a gradação da regra da estrutura piramidal do direito positivo, quanto mais vigor terá ela como manancial de juridicidade de uma pletera mais fecunda de normas. Então, a investida contra a legalidade será sempre tanto mais grave quanto mais alta se sediar a norma afrontada.

Estando no ápice da pirâmide jurídica positiva a Constituição do Estado — *lex fundamentalis* —, óbvio que a mais grave ilegalidade consistirá na adversação a ela.

(43) *Traité de Droit Administratif*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977, t. I, p. 213.

(44) Arts. 96, 98 e 100, do Código Tributário Nacional.

(45) KELSEN, Hans. *Teoria General del Estado*, México, Ed. Nacional, 1976, p. 325.

Tendo sido empregado pelo autor da Carta Magna, de 1967, em sentido abrangente o termo "ilegalidade", constata-se marchetar, no conceito de direito líquido e certo, protegível pela ação de mandado de segurança, qualquer contrariedade às regras encastoadas no ordenamento jurídico, sendo, pois, perquirível a sua cessação imediata pela expedição do *mandamus*.

Daí porque a análise da constitucionalidade pode conter-se na ação mandamental, porque mais não é ela que um aspecto — o mais elevado — da legalidade que se pretende amparar por esta via judicial.

O aspecto de verificação da legalidade dos atos — mormente dos atos administrativos — tem sido admitido, de menos formalmente, com certa tranqüilidade na doutrina e jurisprudência do presente século. Mais que aceita, tem-se constituído a legalidade em esteio que arrima toda a estrutura do Estado de direito, vez que o continente refrador do exercício do poder político é a norma estatal posta, que, em princípio, é a manifestação máxima do direito positivo.

Por isso não surpreende a observação de que, quando se cuida da averiguação da legalidade em sua gradação mais elevada, que é aquela inerente à constitucionalidade, as opções nos sistemas jurídicos sejam plúrimas. Ora se permite o seu questionamento perante qualquer órgão jurisdicional (Estados Unidos da América — "sistema difuso"), ora fixa-se um único órgão competente para conhecer da lide (Itália — "sistema concentrado"); em alguns Estados se criou uma espécie ativa própria para se argüir a inconstitucionalidade (Áustria); em outros, examina-se a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo no bojo de qualquer ação eleita pela parte e que se comporte no modelo processual previamente firmado, a pender perante qualquer órgão jurisdicional competente (Venezuela; também no Brasil há a possibilidade de se impugnar o ato considerado incompatível com o sistema constitucional através da via de exceção, hipótese em que, no curso de qualquer espécie ativa, poderá ser suscitado o exame da sua constitucionalidade).

No sistema jurídico brasileiro, em que seguem paralelas as possibilidades de indagação da constitucionalidade dos atos jurídicos pela via de ação e pela via de exceção, tem-se por assente que a controvérsia sobre a "lei em tese" (46) somente pode ser alocada

(46) Não se entenda "lei em tese" como aquela única espécie de ato legislativo. O conceito de "lei" compreendido naquela expressão é tomado em seu sentido material, vale dizer, comando normativo determinador de uma conduta genericamente obrigatória em determinado espaço. Qualquer que seja a fonte orgânica desse comando jurídico poderá ser ele considerado compreendido naquele conceito desde que aporte tese legal.

na chamada ação direta, conduzida exclusivamente perante o Supremo Tribunal Federal. Nessa, julga-se a própria lei ou ato normativo; o mesmo não ocorre com a hipótese de controle da constitucionalidade pela via de exceção, quando se julga a aplicação da lei ou do ato inquinado viciado.

Por uma ou outra forma de controle jurisdicional da constitucionalidade, todavia, o que é imprescindível relevar é que se entregou à sociedade a instrumentalidade processual necessária ao debate, a ser travado perante o Poder Judiciário, sobre possível jaça de inconstitucionalidade de atos normativos.

Contudo, tem-se acentuado, na prática, a ineficácia dos meios dispostos no sistema para o anteparo às colocações normativas contrárias à Constituição, especialmente porque se, teoricamente, o ato inconstitucional é nulo, írrito e, nesta qualidade, não gera direitos, nem cria obrigações, e a declaração de tal jaez produz efeitos *ex tunc*, a aplicação deste princípio é, muitas vezes, de difícil solução e, em algumas hipóteses, de duvidosa eficácia, pois casos existem em que os efeitos do ato, produzidos antes da declaração de inconstitucionalidade, se petrificaram ou se exauriram e nem mesmo a força da coisa julgada os resgata. A inexpugnabilidade de tais atos é, pois, patenteada na dinâmica da execução das decisões judiciais.

Urge, pois, que se meschem, no ordenamento jurídico pátrio, novas alternativas de sindicância da legalidade — em todos os graus — dos atos normativos, especialmente quando a eiva, que se argúi como maculadora de sua essência, seja a da inconstitucionalidade.

Mais que se introduzirem novas alternativas de ação para o aperfeiçoamento de tal investigação, o que parece indispensável é a adequação dos instrumentos processuais existentes às necessidades práticas que os institutos jurídicos — como o do controle jurisdicional da constitucionalidade — demandam.

Assim, a ação de mandado de segurança, garantia outorgada ao cidadão brasileiro para livrar-se de ameaça ou lesão a seus direitos — desde que, obviamente, estes sobrelevem com as qualidades de liquidez e certeza —, fornece o mais eficaz aparato processual para que se leve a cabo o controle da constitucionalidade dos atos jurídicos normativos.

Primordialmente, há de se evidenciar existir, paralelamente ao dever da Administração Pública de obedecer, estritamente, ao princípio da legalidade, o direito da pessoa de exigir, inclusive judicialmente, o cumprimento desse princípio. Ora, sendo a constitucionalidade, conforme antes lembrado, o mais elevado grau da

legalidade, obviada está a existência do direito líquido e certo que assiste a todo indivíduo de reclamar, pelas vias próprias, a observância daquele princípio, pelo que a ação de mandado de segurança serve, iniludivelmente, como via processual competente para restabelecer-se o equilíbrio roto pelo ato normativo questionado em Juízo, o qual, sem respaldo constitucional, terá criado a insegurança que se pretende fazer cessar pelo advento da ordem judicial pleiteada através do *writ*.

É direito intangível de toda pessoa exigir das autoridades públicas o perfeito atendimento ao princípio da legalidade, no qual se contém a obediência aos ditames constitucionais. Não teria cabimento, por evidente, estenderem-se vias judiciais para se impugnar a contrariedade às normas infraconstitucionais e vedar-se ao indivíduo senda própria, através da qual pudesse ele buscar o seu direito de ver exercitarem-se os poderes públicos nos termos postos pela ordem normativa fundamental.

Note-se que o dano emergente do desatendimento à Constituição pode ser tido como presumido *jure et de jure*, porquanto, sendo aquela a lei fundamental do Estado, não se admite a contrariedade a suas regras sem que daí decorra ameaça ou lesão à própria segurança do sistema jurídico, no qual se apóia o cidadão.

Poder-se-ia afirmar que pela via de exceção processual se admite plenamente a disputa através de mandado de segurança sobre pretensa inconstitucionalidade do ato normativo embaixador da situação contra a qual se posiciona a parte. Todavia, a ilegalidade, em sua diversificada graduação, mais não é, nesta espécie ativa, que o fundamento jurídico, no qual se fulcra a parte para postular o reconhecimento de seu direito manifestado por uma situação descrita nos autos e cujo exercício se encontra comprometido pela contrastação contida na prática impugnada.

Não se releva, então, sob esse enfoque, o direito impostergável e, indisputavelmente, líquido e certo do cidadão de exigir que todo e qualquer ato promanado dos poderes públicos se compatibilize com a Constituição. Destarte, se não se reconhece como garantida, judicialmente, a defesa direta do indivíduo contra a insegurança jurídica que se lhe advém do ato normativo imbuído de inconstitucionalidade, torna-se notório que inexiste, em verdade, o direito que se pretende tenha instaurado com o advento do Estado democrático, o de reclamar o cidadão a atuação exclusiva e inarredavelmente legal dos poderes públicos aos quais se submete. O patrimônio político, que integraliza a vivência social do indivíduo e que se crê firmado quando da formulação, indireta e representativa, do ordenamento jurídico democrático, passa a ser, pela inviabilidade do controle jurisdicional direto daquele primário direito do cidadão,

qual seja, o de submeter-se somente à atuação legal do Estado, uma quimera jurídica forjada para apaziguar, ou anular, a busca de objetivos concretos e justos que, certamente, seriam perseguidos, não fosse a crença no falaz argumento da existência anterior do seu atendimento nos termos do modelo normativo posto.

Obtemperava FRANCISCO CAMPOS, ao deslindar o tema, ser a doutrina proibitiva da admissão de espécies ativas — que não a ação direta de inconstitucionalidade — com o objetivo precípua de debater teses legais, "... velha e revelha e não se entende tão só com os mandados de segurança, mas, igualmente, e pela mesma razão, com todas as ações, seja qual for a sua natureza, o seu rito, ou o seu objeto". E enunciava:

"O direito de ação pressupõe um interesse atual e legítimo. Para que o indivíduo seja admitido a pleitear contra a lei, por motivo de sua inconstitucionalidade, não basta o interesse genérico pelo princípio da conformidade da tese legal com os dispositivos constitucionais por ela violados. Se admitida a ação que se fundasse exclusivamente naquele interesse genérico ou de natureza puramente teórica, o que estaria em causa seria, precisamente, a lei em tese, ou a lei em si e por si mesma, independentemente da sua incidência concreta sobre um interesse legítimo e peculiar do litigante, privando-o de adquirir ou de exercer um direito a ele assegurado na Constituição" (47).

Segundo aquele mestre, que perfilha a doutrina e jurisprudência brasileiras cediças no sentido da incontrastabilidade de ato normativo por via judicial direta, ajusta-se tal entendimento à interpretação assentada no direito positivo pátrio quanto aos efeitos exclusivamente *inter partes* da decisão judicial oferecida no incidente de inconstitucionalidade suscitado.

Ele próprio, porém, encarrega-se de demonstrar a equivocidade do argumento, estabelecido atualmente em Súmula do Supremo Tribunal Federal (48), segundo o qual descabe mandado de segurança contra lei em tese.

Primordialmente, há mister salientar-se que o descabimento de debate jurisdicional sobre teses legais é a regra que encontra no sistema constitucional positivo a exclusiva exceção da ação direta de inconstitucionalidade, pelo que o enunciado peca por restringir

(47) CAMPOS, Francisco. "Parecer" in *Revista Forense*, vol. 155, set./out. 1954, p. 79.

(48) Reza a Súmula n.º 266, do Colendo Supremo Tribunal Federal que: "Não cabe mandado de segurança contra lei em tese".

ao mandado de segurança uma norma pertinente à integralidade sistêmica processual positiva.

Por outro lado, a inviabilidade da escolha da ação de segurança contra tese legal somente prevalece quando não se tratar de lei auto-executável, hipótese em que o patrimônio jurídico do cidadão não sofre a investida imediata do cometimento indigitado ameaçador ou lesivo⁽⁴⁹⁾. Sendo auto-executável, pois, a norma impugnada, tem sido normalmente admitido o seu questionamento *in abstracto*.

Não dissentem a jurisprudência e doutrina pátrias, ainda, quanto à não-aplicação daquela ilação, quando a regra disputada como inconstitucional tiver natureza proibitiva, pois essa espécie é havida como obviamente incidente sobre uma atuação obrigatoriamente omissiva dos poderes públicos, contra os quais não se poderia insurgir senão mediante o questionamento direto da regra determinadora da conduta questionada.

Assim, ainda que tisdado se encontre o ato normativo pela jaça de inconstitucionalidade, é ele tido por inatacável pela via do *mandamus* (ou por qualquer outra espécie ativa, conforme visto, ressalvada a hipótese da ação direta constitucionalmente criada), por não germinar, segundo a doutrina sufragada pelos tribunais pátrios, pela sua só entronização no mundo jurídico, o legítimo interesse à ação.

Verifica-se, pois, que o interesse para agir, que deveria constituir o fundamento da garantia processual realizadora do direito, é avocado como argumento que tolhe o asseguramento à ação e esvazia a faculdade jurídica enunciada.

O interesse de agir tem sido conceituado pelos processualistas como a legítima aspiração de se obter um bem, juridicamente garantido, através da atuação concreta dos órgãos judiciais⁽⁵⁰⁾. É, pois, a postura positiva do indivíduo para se tornar parte no processo judicial, a fim de ver projetada em sua esfera de liberdade, juridicamente protegida, a vontade da lei.

Tem-se afastado, pois, a possibilidade de se impetrar mandado de segurança contra lei em tese, ao argumento de que aquele interesse haveria que ser atual, jurídico (ou legítimo) e específico, inócurrenente no debate visando aquele objeto. Todavia, o cidadão

(49) STF-MS nº 18.428 — DF, in *RTJ*, vol. 54, p. 71; STF-MS nº 6.874, in *Rev. For.*, vol. 196, p. 126; STF-MS nº 18.883 — DF, in *RTJ*, vol. 47, p. 654; TJSP-MS nº 91.878, in *Rev. dos Trib.*, vol. 285, p. 188.

(50) Leçona CHIOVENDA que: "De modo geral, é possível afirmar que o interesse de agir consiste nisto, que, sem a intervenção dos órgãos jurisdicionais, o autor sofreria um dano injusto" (*Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo, Livraria Acadêmica-Saraiva & Cia., 1942, t. I, p. 263).

que suscite, através do *mandamus*, o controle jurisdicional da constitucionalidade de ato normativo tido como contrário à lei fundamental, dispõe, evidentemente, de interesse para agir, pois, sendo titular do direito, contido no princípio da legalidade, o qual informa basilaramente todo o ordenamento jurídico positivo, de verem dinamizadas as funções públicas nos limites da normatividade posta, vê-se contrariado no respeito a esta faculdade e instabilizada a sua situação jurídica.

Este interesse é, obviamente, específico, pois o que se pretende, então, é que a atuação dos órgãos judiciais restabeleça, através do mandado, a segurança jurídica, a que tem direito o indivíduo, comprometida pelo ato inquinado contrário à legislação vigente.

É atual tal interesse, diríamos mesmo, é ele permanente, porquanto a Constituição e sua força impositiva vinculante de todos os demais atos normativos validados pela sua vigência são ininterruptos. Prevalendo, pois, a lei, devem-se-lhe obediência incondicional os poderes públicos no desempenho das funções que lhes são inerentes.

O uso da via expedita e especial do *writ* para a restauração da ordem constitucional transgredida faz-se mister, pois, eis que o efeito que nele se busca é imediato, não comportando dilação.

Jurídico (ou legítimo) é o interesse que fulcre a pretensão exposta no mandado de segurança impetrado contra ato inconstitucional, porquanto com aquele adjetivo pretende-se limitar o exercício do direito subjetivo de ação para o debate de situações nas quais “exista um estado de fato contrário ao direito”. A expedição de ato normativo infringente da *Lex Magna* constitui, a toda evidência, atuação fática dos detentores dos cargos públicos afrontosa ao direito positivo em sua mais graduada manifestação normativa, razão pela qual se tem por iniludível o caráter legítimo do interesse que detém o indivíduo de acionar os órgãos jurisdicionais para litigar sobre a inconstitucionalidade do ato exarado à margem da Constituição.

Afirma-se que seria o indivíduo despojado da idoneidade jurídica para debater judicialmente tese legal, não se podendo constituir parte da relação processual, quando dispusesse à disputa a regra acoimada inconstitucional, vale dizer, não teria, então, *legitimatio ad causam*.

Conceituando-a expõe CHIOVENDA que

“Com esta quer significar-se que, para receber o juiz a demanda, não basta que repute existente o direito, mas faz-se mister que o repute pertencente àquele que o faz valer e contrário àquele contra quem se faz valer. Ou seja,

que reconheça a identidade da pessoa do autor com a pessoa a quem a lei favorece (legitimação ativa) e a identidade do réu com a pessoa a quem é contrária a vontade da lei (legitimação passiva)" (51).

É direito pessoal, fruível permanentemente no Estado democrático alicerçado sobre uma Constituição, a faculdade de reclamar o indivíduo, inclusive judicialmente, o comportamento dos poderes públicos nas lindes extremadas pelo sistema normativo, além do que se tem como estabelecida a incerteza jurídica nas relações sociais, o que afeta, diretamente, todo indivíduo submetido ao ordenamento jurídico.

A *legitimitio ad causam* de qualquer indivíduo para exigir, através do mandado de segurança, a direta verificação da adequação dos atos normativos às categoriais superiores em que haurem eles a sua validade, emerge irretorquível do reconhecimento efetivo do direito primacial do indivíduo de subsumir-se ao comportamento dos poderes públicos, desde que estes mantenham-se nos termos pré-balizados pelos comandos dos quais nascem.

Alega-se, em detração à tese anuente à possibilidade de debater-se sobre a lei *in abstracto*, que o mandado de segurança é ação que se impõe contra "ato de autoridade", tratando-se a norma formal de "ato de soberania", incompreensível, destarte, no modelo processual composto no *writ* (52).

Improcede tal alegação. O denominado "ato de soberania", tal como exposto na doutrina e jurisprudência, seria o ato político emanado dos órgãos componentes do Poder Público como manifestação da soberania estatal, vale dizer, o ato promanado dos órgãos políticos no exercício de suas funções típicas. Daí se ter asseverado na jurisprudência pátria que

"a soberania quando legisla toma o nome de Poder Legislativo em vez de soberania legislativa e o mesmo ocorre quando exerce funções executivas ou judiciárias" (53).

Essa asserção mais não faz que revestir, com novo modelo verbal, a velha fórmula discriminadora de atos de gestão e atos de *imperium*, que neste final de século se quer ver ultrapassada.

Até meados do presente século, buscavam os autores distinguir entre os atos de gestão, aqueles aperfeiçoados pelo Poder Público no mesmo plano jurídico dos particulares, e os atos de

(51) *Idem, ibidem*.

(52) TJSC-MS nº 111 in *Rev. For.*, vol. 151, pp. 336 a 356.

(53) *Idem, ibidem*.

imperium, aqueles praticados pelo Estado no uso de prerrogativas específicas decorrentes da sua postura soberana.

Os atos de *imperium* eram, pois, aqueles realizados pelas autoridades encarnando a soberania estatal exercida através dos órgãos públicos institucionalizados. Cunhou-se, na esteira desta distinção, a idéia de que haveria a prática de atos de autoridade, acabados pelo Estado segundo o regime jurídico público, e atos de gestão, praticados pelo Estado segundo o regime jurídico privado.

A teoria que compreende o discrimen entre ato de autoridade e ato de soberania pretende fazer renascer a velha fórmula, burilada com novos contornos, pois pretende fazer-se submeter aquele primeiro ao princípio da legalidade, excluindo deste, contudo, a classe do segundo, por manifestar-se aí um comando normativo expedido no exercício da mágica indicação balizada pela dogmática denominação de soberania.

O ato de autoridade, ou, no dizer de JÈZE, "acto de potencia pública", derivaria, inicialmente, da postura de potestade pública adotada pelo Estado como emanção de sua soberania. Não obstante tal característica, estabeleceu-se, pacificamente, na doutrina e legislação hodiernas, ser imprescindível a subsunção desses atos ao princípio da legalidade, a fim de cumprir-se o ante-suposto necessário à realização do Estado de direito, e somente nele se confere a segurança jurídica precisa à convivência social do indivíduo em espaço democrático.

Esta a razão pela qual refutava DUGUIT qualquer argumento tendente a discrepar os regimes jurídicos dos atos ditados pelo Poder Público para o efeito de excepcionar algumas categorias deles ao atendimento do princípio da legalidade, ensinando o mestre francês:

"... on prétend qu'exceptionnellement ils (les actes de gouvernement) échapperaient à tout recours à raison des motifs de défense gouvernementale qui ont déterminé le gouvernement quand il les a fait ou quand il a donné l'ordre de les faire.

Admettre des actes de gouvernement ainsi compris, c'est admettre que pour des raisons d'État on peut appor- ter des exceptions plus ou moins arbitraires au principe essentiellement protecteur, au principe fondamental, le principe de légalité matérielle, sans lequel il n'y a pas d'État de droit, sans lequel, pourrais-je dire, il n'y a pas vraiment de droit public.

.....

Si l'on fait une seule exception au principe de légalité matérielle, on ne sait pas où cela peut conduire; et si certaines circonstances se présentent, on peut facilement arriver au despotisme" (54).

Pretender, pois, após a superação do entrave aposto inicialmente à ampla averiguação da legalidade — em todos os graus — dos atos exarados pelas autoridades públicas, retomar sob novas vestes a mesma tese ao argumento de que uma determinada categoria — a de leis em sentido material — furtam-se ao controle jurisdicional popular por se tratar de ato de soberania, é fomentar a criação de uma nova senda a ser palmilhada irresponsavelmente pelos eventuais titulares dos poderes públicos.

Não há que se oferecer guarida a tal pensar no Estado democrático a que aspiramos. A experiência tem demonstrado que qualquer teoria tendente a subtrair do cumprimento do princípio da legalidade a atuação dos poderes públicos falseia por faltar-lhe fundamento jurídico que a harmonize com a proposta do Estado de direito. Esta teoria apenas se prestaria a dar aparência pseudo-jurídica a um regime legal contrário ao direito.

Finalmente, há que se notar que a Carta Constitucional brasileira não se refere expressamente a "ato de autoridade" como objeto da impugnação processada através da ação de segurança. Refere-se ela, em seu art. 153, § 21, à "autoridade" ("seja qual for a autoridade..."), ou seja, àquele que titulariza o órgão estatal responsável pela conduta acioimada ilegal ou abusiva de poder. A alusão, doutrinária e jurisprudencial, tecida a tal preceito, encarregou-se de estabelecer que seria o ato proveniente da autoridade (e não "ato de autoridade" concebido, conceitualmente, como na doutrina administrativa das primeiras passagens deste século) o cometimento impugnável pela via do *mandamus*.

Tem sido preconizado por uma corrente doutrinária que a disputa sobre tese legal é viabilizada apenas pela ação direta de inconstitucionalidade. Duas ordens de ponderações devem ser argüidas a projetar a ineficácia parcial desta espécie processual.

(54) DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris, Ancienne Librairie Fontemoing & Cir., Editeurs, 1930, t. III, p. 738.

Continua, ainda, sobre o mesmo tema, o mestre de Bourdeaux a lecionar: "Faire une seule exception au principe de légalité, c'est aller fatalement jusqu'à la doctrine allemande contre laquelle je me suis souvent élevé, c'est-à-dire avec Seydel: 'Il n'y a pas de droit à côté du Herrscher'; avec Jellinek: 'L'Etat est placé plus haut que toute règle de droit particulière', Il faut protester énergiquement contre de pareilles conceptions. Il faut repousser de toutes les forces, la théorie des actes de gouvernement, qui n'est qu'un retour à la doctrine néfaste de la raison de l'Etat, au nom de laquelle ont été commis, au cours de siècles, et sont commis encore aujourd'hui tant de crimes irrémissibles" (op. cit., t. III, p. 738).

Primordialmente, tal como posto na Carta Constitucional vigente (com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/69), a legitimidade ativa para o uso desta ação é exclusiva do Procurador-Geral da República (art. 119, I, *l*). Cogita-se de ampliar o rol de titulares da *legitimatío ad causam*, o que diminuiria a restrição de uso daquela ação. Entretanto, as propostas neste sentido apresentadas estendem a legitimidade a determinadas pessoas representativas de entidades políticas ou corporativas⁽⁵⁵⁾, não se possibilitando a utilização ampla pelos indivíduos de senda judicial ativa pela qual pudessem eles questionar ato normativo maculado pela transposição das lindes legais que lhe modelem a forma e a matéria.

O fundamento da viabilização do *mandamus* para se debater ato normativo inquinado inconstitucional repousa no direito primário do indivíduo de exigir o cumprimento firme e inarredável do princípio da legalidade pelo Poder Público, a fim de que se não instale a insegurança jurídica a pender sobre o seu patrimônio jurídico. Compete, evidentemente, a cada qual da comunidade política submetida à ordem normativa a prerrogativa de velar, inclusive através do uso de vias judiciais, pelo atendimento daquele princípio, pleiteando, pelas veredas próprias postas no sistema jurídico, o expurgo de normas inconstitucionais entronizadas no ordenamento positivo.

De outra parte, tal como acima salientado brevemente há-se que considerar que a delonga no curso processual da ação direta de inconstitucionalidade possibilita a prática de outros atos efetuados com fulcro naquela norma eivada do vício apontado. Tais atos, decorrentes da aplicação do ato normativo, embora possam ser, à sua vez, objeto de mandado de segurança, podem surtir efeitos práticos de difícil ou impossível desfazimento⁽⁵⁶⁾. A criação de

(55) Tem sido cogitada a hipótese de se ampliar a legitimidade *ad causam*, para esta ação tornando obrigatória, v.g., a remessa da representação formulada ao Supremo Tribunal Federal quando emane das entidades políticas, de algumas entidades como a Ordem dos Advogados do Brasil, Associação Brasileira de Imprensa etc.

(56) Recordamos, nesta oportunidade, a declaração de inconstitucionalidade do art. 19, e seu parágrafo único, do Decreto-Lei nº 19.781/81, do Estado de Minas Gerais, após mais de três anos passados da sua expedição. Já então, com fulcro nele, se tinham processado nomeações várias para cargos de auxiliares das serventias do foro judicial da comarca de Belo Horizonte, tendo os servidores nomeados sido retirados de outros cargos públicos, devidamente providos após o afastamento daqueles. Após a decisão do Colendo Supremo Tribunal instalou-se verdadeira avalanche de ações judiciais contra o Estado de Minas Gerais, ao qual mais não restava que indenizar os danos decorrentes da aplicação da regra declarada inconstitucional, vez que a sua aplicação devera-se a determinação anterior do próprio Judiciário, que a tivera por constituinte em ações nas quais se argüira a exceção de inconstitucionalidade.

tais situações irreversíveis possibilita às partes interessadas tão-somente o ressarcimento patrimonial por danos que se lhe advenham da aplicação da norma inconstitucional.

Tal situação, de incontestável gravidade, a infirmar a eficácia plena da ação direta de inconstitucionalidade, encontraria resposta solerte na utilização da via mandamental, que dispõe, em sua padronização processual, da medida liminar, pela qual, em existindo risco de se tornar ineficaz o mandado a ser, ao final, concedido, pode determinar a sustação do ato impugnado. Destarte, não produziria efeitos inconstitucionais a norma questionada pela ação de segurança. Poder-se-ia aventar a possibilidade de introduzir-se a etapa liminar na ação direta de inconstitucionalidade. Todavia, não cuidamos, aqui, de oferecer subsídios à remodelação dessa espécie ativa, mas de demonstrar a necessidade de se abrirem as vias do Judiciário, para que o indivíduo possa impetrar mandado de segurança para a defesa do seu direito de requerer a perfeita observância do princípio da legalidade pelo Poder Público.

Questão que merece relevo, neste passo, concerne ao efeito da decisão judicial concessiva de mandado de segurança impetrado para o efeito precípuo de se impugnar lei em tese havida por inconstitucional.

No sistema jurídico positivo brasileiro, entregou-se, exclusivamente, ao Supremo Tribunal Federal, competência para declarar a inconstitucionalidade, fulminando-se o ato normativo de forma definitiva e ensejando a suspensão de sua exequibilidade pelo Senado Federal (art. 119, I, l, e art. 42, VII, da Emenda Constitucional nº 1/69). Esta regra, de inegável acerto e indubitável sucesso entre nós, pode ser mantida acoplando-se à norma constitucional referente ao instituto em causa preceito que disponha sobre exigência de se submeter, necessariamente, a ação mandamental concessiva da segurança, pleiteada para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, ao grau recursal até a instância suprema para que, então, deflagre o *decisum* os seus efeitos definitivos⁽⁵⁷⁾.

O remédio terá efeito mais célere, contudo, que aquele obtido através da ação direta de inconstitucionalidade, eis que, competindo ao Judiciário a sustação liminar e provisória da exequibilidade do ato normativo debatido processualmente, cessarão os riscos de se persistir a dar aplicação a norma inconstitucional,

(57) Sugere-se a seguinte fórmula:

"Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito individual não amparável pelo *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade intrínseca ou extrínseca do ato. A decisão concessiva da ordem submeter-se-á a recurso próprio até a instância suprema quando seu objeto for declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo."

declarado o que, podem ter-se acumulados equívocos a serem refeitos, ou indenizados os danos dele decorrentes, pela sua reiterada aplicação.

De outra parte, a necessidade de se fazerem processar, através de recursos cabíveis, em grau de jurisdição necessária, até se entregar ao Supremo Tribunal Federal, o conhecimento e análise definitiva da ação, apresenta três pontos positivos: a) primordialmente, solve-se o problema da restrita legitimidade ativa, hoje posta, para a impugnação de norma inconstitucional; b) não se acumula, ainda mais, perante o Pretório Excelso o número de processos a terem deslinde naquela Casa, pois ali somente chegarão as ações que tenham sido, em outras instâncias judiciais, analisadas, e nas quais se tenha considerado inconstitucional a norma questionada; c) impede-se que ato normativo, analisado e tido por inconstitucional (como ocorre em mandado de segurança no qual se impugne ato embasado em norma contrária à Constituição por via de exceção), continue a ser aplicado sem chegar à instância judicial máxima, a fim de que se o retire, então, do sistema jurídico positivo.

Como “guarda da Constituição”, não se haveria de permitir que o Supremo Tribunal Federal ficasse alijado do conhecimento e julgamento de matéria que consiste exatamente em fenômeno de patologia jurídica, que agride o objeto daquela missão entregue à Corte Máxima.

Conforme conhecido, a ação direta não tem possibilitado a perfeita realização daquele mister constitucional concedido ao Supremo Tribunal, porquanto o arquivamento da representação pelo Procurador-Geral da República, quando entender este infundado o pedido de declaração da inconstitucionalidade alegada, impede a atuação daquele órgão julgador, que não pode agir senão quando acionado.

Pelos motivos que ensejaram a criação do mandado de segurança e pela estrutura processual de que se dotou o instituto, não se faz possível arredar vasto conteúdo do seu desempenho, ao argumento de que a expedição de ato normativo afrontoso à Constituição não afeta direito subjetivo do indivíduo, razão pela qual a sua impugnação não se poderia processar através de mandado de segurança.

O princípio da legalidade obriga o Poder Público, qualquer que seja o cometimento exarado pelos órgãos que institucionalizam as funções públicas. A Constituição, com sua força obrigatória, é um direito dos indivíduos, pelo que o seu não-cumprimento fere direito subjetivo nascido da ordenação normativa democrática, gerando insegurança jurídica a seu patrimônio, o que há que ser

sanado pela via expedita da ação de segurança, acionável por qualquer pessoa sobre a qual incida a regra inconstitucional.

DO ABUSO DE PODER

Conforme acima memorado, introduziu-se, na Constituição de 1946 (art. 141, § 24), este novo elemento como critério para a tipificação da falta ensejadora do *mandamus* pleiteado.

Duas ordens de ponderações ofereceram os doutrinadores sobre esta opção constitucional: uma primeira corrente, encabeçada pelo preclaro SEABRA FAGUNDES, apregoa a indistinção do abuso de poder com a ilegalidade, vez que se trata aquele de uma das formas de manifestação desta, desimportando, por isso, na prática, o discrimen entre estes elementos para o cabimento da ação de segurança⁽⁵⁸⁾; outra, a que se associa o emérito HELY LOPES MEIRELLES, v.g., entende que o repúdio especial votado “entre nós” a esta espécie delituosa é que conduziu o constituinte a “armar-nos” com “o remédio heróico do mandado de segurança”⁽⁵⁹⁾.

A figura do abuso de poder, sempre lembrada como vicejante no direito penal⁽⁶⁰⁾, traduz, iniludivelmente, o desacordo da atuação dos poderes públicos com a lei, que permite o exercício das atividades prescritas apenas nos limites dos seus conceitos. Ensina AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ que: “A atividade da Administração é uma atividade de subsunção dos fatos da vida real às categorias legais”, acrescentando o célebre autor português ainda que “a lei autoriza apenas as decisões administrativas que não forem viciadas”⁽⁶¹⁾.

(58) “A definição do âmbito do instituto bastaria a expressão ilegalidade, compreensiva de todos os vícios administrativos capazes de ensejar o controle jurisdicional. (...) A conceituação do abuso de poder terá caráter meramente teórico, por isso que, do ponto de vista prático do cabimento do mandado de segurança, a distinção pouco importa. Sendo o abuso de poder espécie do gênero ilegalidade, onde esta se constate caberá aquele remédio, sem embargo da classificação que se lhe possa emprestar (usurpação de função, abuso de poder, defeito formal etc.)” (*O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. São Paulo, Saraiva, 1984, p. 229, n. 55).

(59) MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo, Ed. Rev. dos Trib., 1984, p. 73.

(60) Art. 350, do Código Penal. Sobre ele comentava NELSON HUNGRIA: “Os fatos de que cuidam o art. 350 e seu parágrafo único a que corresponde a rubrica ‘exercício arbitrário ou abuso de poder’ representam, na sua quase totalidade, atentados ou ofensas, por parte da autoridade ou seus agentes, à liberdade pessoal, sob o aspecto de liberdade de locomoção ou direito de ir e vir (jus manendi, ambulandi, eundi, ultro citroque)” (*Comentários ao Código Penal*. Rio, Forense, 1958, vol. IX, p. 506).

(61) QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. “A Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo”, in *Rev. dos Trib.*, vol. VI, pp. 41 e segs.

Todo comportamento estatal adotado além dos limites legais constitui vício a contaminar o ato e torná-lo írrito.

O abuso de poder, “violação intencional da regra de interesse público”, na verve daquele mesmo autor lusitano, “não é, caracteristicamente, um vício jurídico, mas um vício de moralidade administrativa...”

O abuso de poder, caracterizado pela exorbitância dos extremos legais objetivos e subjetivos impostos ao agir administrativo, transparece, principalmente, no âmbito da conduta discricionária legalmente outorgada.

As divergências encontradas entre os autores, quando acodem à hermenêutica da norma constitucional em apreço (art. 153, § 21, da Emenda Constitucional nº 1/69), residem exatamente na conceituação da expressão “abuso de poder”, que alguns doutrinadores explicitam contida na palavra ilegalidade e, inclusive, rechaçando, por desnecessária, a sinonímia ⁽⁶²⁾, enquanto outros preferem aclará-la de molde a relevar aspecto de incompetência, que teria sensibilizado sobremodo o constituinte, levando-o a salientar tal figura no texto da Lei Magna. Entre estes exsurge, v.g., SEABRA FAGUNDES, que, sobrelevando a inaplicação das teses doutrinárias alienígenas sobre o instituto à configuração normativa pátria, pondera dever-se conter em sua definição os vícios de incompetência em todas as modalidades, pelo que, assevera ele:

“Ter-se-ão como autorizando o mandado os atos afetados de incompetência, em todas as suas formas (abuso de poder), ou por qualquer outra razão contrários à lei (ilegalidade)” ⁽⁶³⁾.

No direito brasileiro, a teoria do abuso de poder, no direito administrativo, faz conter, em sua conceituação, formas de vícios internos objetivos e vícios internos subjetivos, abrangendo, assim, tanto a incompetência pela qual se exorbita o âmbito da atuação legal permitida na prática de ato compreendido na esfera de uma obrigação funcional, quanto a incompetência que emerge da conduta que, através do descaminho da finalidade legalmente estatuí-

(62) FLACKS, Milton. *Op. cit.*, p. 85, *verbis*: “Discriminando entre ‘ilegalidade’ e ‘abuso de poder’, quis significar (o constituinte de 1946) que, através do mandado de segurança e, por extensão, mediante qualquer outro procedimento judiciário, era lícito ao Poder Judiciário investigar o ato impugnado sob qualquer prisma, extrínseco ou intrínseco. Atualmente, essa distinção já não seria necessária, firmado como se encontra, na doutrina e na jurisprudência, que abuso de poder e ilegalidade se equivalem.” Cf. também CRETELLA JR., José. *Anulação do Ato Administrativo por Desvio de Poder*. Rio, Forense, 1978, pp. 11 a 36.

(63) *Op. cit.*, p. 231, n. 55.

da, promove a violação da lei, acobertando uma prática afrontosa à moralidade administrativa sob um revestimento jurídico (64).

Afigura-se-nos patenteado que o abuso de poder é vício que torna nulo o ato e enseja o cabimento do mandado de segurança, ainda que expressamente não o estipulasse o constituinte, vez que consiste tal figura numa das manifestações da ilegalidade proclamada como causa do questionamento jurisdicional através daquela ação.

Todavia, a fim de que não se arrisque a tornar mais acanhado o instituto pela mera supressão do texto constitucional daquela referência, sugere-se a manutenção da fórmula adotada quanto à ilegalidade, explicitando a noção a se compreender nesta com a referência às diversas naturezas de vícios que podem conformá-la.

CONCLUSÕES

O mandado de segurança, nascido como instrumento constitucional assegurador dos direitos arrolados na Lei Suprema, adveio com a Constituição de 1934 (art. 113, 33), como o final de um processo de maturação de uma idéia defendida desde os primórdios da República.

Ação judicial democrática por excelência, o mandado de segurança tem tido extensa utilização no Brasil, consistindo num dos pilares mestres da construção processual constitucional vigente contra as afrontas aos direitos dos indivíduos.

Urge, contudo, que se aperfeiçoe o instituto posto no sistema jurídico pátrio, a fim de que se possa, através dele, prosseguir-se a restauração da legalidade, eventualmente rota pela atuação ilícita dos poderes públicos, especialmente em sua mais alta expressão contida na norma constitucional.

Tal prossecução, já aceita através da via de exceção, com os efeitos exclusivamente *inter partes* promanados da decisão jurisdicional exarada, haveria, contudo, que ser adiantada ainda mais, propugnando-se, nesta linha, pela possibilidade de se questionar o ato normativo inconstitucional em tese através da ação de segurança, porquanto nenhuma ilegalidade é mais grave que aquela cometida contra a Lei Suprema e nenhuma insegurança agride mais diretamente o indivíduo que aquela que atinge o princípio fundamental do Estado de direito, a saber, o da legalidade.

(64) Segundo AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, "Quanto aos vícios internos objetivos... para nós, eles não são mais que formas de incompetência do órgão, ou então não são nada. Uma autoridade que prossegue fins ou interesses que não são os que a lei lhe comete, é claro que age num domínio em que é perfeitamente incompetente." (*loc. cit.*, p. 58).

Inexistindo, entre nós, via própria a eleger o indivíduo para o questionamento do ato normativo em tese, ressalvada a hipótese de ação direta de inconstitucionalidade que não é permitida livremente ao povo, carece o sistema jurídico de ação processual que permita o exercício individual ativo para a impugnação do referido vício, o que esvazia o direito primacial da pessoa de ver inviolada a Constituição, fonte de todo o ordenamento normativo positivo, bem como o direito a ver operante o princípio da legalidade, sem o que insubsistente será qualquer argumento a defender pretensa segurança do patrimônio jurídico do indivíduo.

BIBLIOGRAFIA

- BARBÍ, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*. Rio, Forense, 1984.
- BARBOSA, Rui. *Posse dos Direitos Pessoais*. Rio, Simões Editor, 1959.
- . *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo, Saraiva & Cia. Editores, 1934.
- BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. *Do Mandado de Segurança*. São Paulo, Saraiva, 1978.
- BITENCOURT, C. A. Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Rio, Forense, 1968.
- BUZUID, Alfredo. "Do Mandado de Segurança". *Rev. Forense*, vol. 164, pp. 7 a 16.
- . "Juízo de Amparo e Mandado de Segurança". *Rev. de Dir. Proc. Civil*, vol. 5, pp. 30 a 70.
- CAPELETTI, Mauro. "Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil". *Rev. de Processo*, vol. 5, pp. 128 a 159.
- . *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.
- CASTRO, José L. Cascajo & SEABRA, Vicente Gimeno. *El Recurso de Amparo*. Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1984.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do Mandado de Segurança*. São Paulo, Liv. Freitas Bastos, 1966.
- COSTA, Coqueijo — *Mandado de Segurança e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo, Ed. LTr., 1982.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. "O Mandado de Segurança na Constituição Brasileira". *Rev. dos Trib.*, vol. 118, p. 11.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. "As Partes do Mandado de Segurança". *Rev. de Proc.*, vol. 19, pp. 199 a 214.
- FAGUNDES, M. Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. São Paulo, Saraiva, 1984.
- FERREIRA, L. Pinto. *Teoria e Prática do Mandado de Segurança*. São Paulo, Saraiva, 1984.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves et alii. *Liberdades Públicas*. São Paulo, Saraiva, 1978.
- FLACKS, Milton. *Mandado de Segurança — Pressupostos da Impetração*. Rio, Forense, 1980.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Do Mandado de Segurança nas Desapropriações*. São Paulo, Ed. Resenha Universitária, 1976.

- GRECO, Marco Aurélio. "Ilegitimidade de Parte em Mandado de Segurança — Comentário". *Rev. de Proc.*, vol. 5, pp. 352 a 344.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. "A Tutela Preventiva das Liberdades — Habeas Corpus e Mandado de Segurança". in *Rev. da Procuradoria-Geral*. São Paulo, vol. 17, pp. 181 a 199.
- GUIMARÃES, Ary Florêncio. "O Mandado de Segurança como instrumento de liberdade civil e de liberdade política". in *Estudos de Direito Processual em Homenagem a José Frederico Marques*. São Paulo, Saraiva, 1982.
- LABOULAYE, Édouard et alii. *O Poder Judiciário e a Constituição*. Porto Alegre, Coleção Ajuris, 1977, vol. 4º
- LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público*. Rio, Forense, 1960.
- MANGABEIRA, João. *Em torno da Constituição*. São Paulo, Cia. Ed. Nacional, 1934.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança e Ação Popular*. São Paulo, Ed. Rev. dos Trib., 1980.
- MELLO, José Luiz de Anhaia. *Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição*. São Paulo, Ed. Rev. dos Trib., 1968.
- MESQUITA, José Inácio Botelho de. "Da Propositura do mandado de segurança". *Rev. dos Trib.*, vol. 418, p. 19.
- MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado das Ações*. São Paulo, Ed. Rev. dos Trib., 1976, vol. VI.
- . *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969*. São Paulo, Ed. Rev. dos Trib., 1974.
- NEVES, Celso. "Reflexões sobre a Coisa Julgada em Mandado de Segurança". *Rev. de Dir. Proc. Civil*, vol. 5, pp. 197 a 216.
- NUNES, Castro. *Do Mandado de Segurança*. Rio, Forense, 1980.
- NUNES, Reginaldo. "Do Mandado de Segurança como Ação Preventiva". *Rev. Forense*, vol. 148, p. 461.
- PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. "A nova Lei do mandado de segurança". in *Revista Forense*, vol. 141, p. 24.
- ROCHA, José de Moura. *Mandado de Segurança*. Rio, AIDE Ed. e Com. de Livros Ltda., 1982.
- SANTOS, Moacyr Amaral. "Natureza jurídica do mandado de segurança". in *Rev. de Dir. Público*, 1981.
- SANTOS, Ulderico Pires dos. *O Mandado de Segurança na Doutrina e na Jurisprudência*. Rio, Forense, 1973.
- SIDOU, J. M. Othon. *Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Ação Popular — As Garantias Ativas dos Direitos Coletivos*. Rio, Forense, 1983.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, Ed. Rev. dos Trib., 1984.
- TÁCITO, Caio. "O Controle Judicial e a Exaustão da Via Administrativa". *Rev. de Dir. Administrativo*, vol. 41, p. 256.
- TORRES, Alberto. *A Organização Nacional*. Rio, Brasiliense, 1976.
- VIDIGAL, Luís Eulálio Bueno. *Mandado de Segurança*. São Paulo, 1953.
- WALD, Arnoldo. "A Evolução Legislativa do Mandado de Segurança". *Rev. da Procuradoria-Geral*. Rio de Janeiro, 1965, vol. 14, pp. 85 a 99.
- . "Da Natureza Processual do Mandado de Segurança". *Rev. da Procuradoria-Geral da Guanabara*. Vol. 16, 1967, pp. 28 a 39.

A atuação do Ministério Público na proteção dos interesses difusos

RENÉ ARIEL DOTTI

Professor Titular de Direito Penal.
Membro do Conselho Nacional de
Política Criminal e Penitenciária.
Advogado.

1. Entre as funções institucionais conferidas pelo sistema positivo ao Ministério Público, se destaca a promoção da ação civil pública ⁽¹⁾.

A Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981, procurando exprimir as esperanças institucionais, orgânicas e funcionais de uma categoria de profissionais do direito, cuidou de viabilizar a exigência constitucional conforme o parágrafo único do artigo 96, decorrente da Emenda nº 7, de 1977.

O primeiro dispositivo do diploma de regência concebe o Ministério Público como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado e responsável, perante o Poder Judiciário, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, além de exercer a posição de garante da fiel observância da Constituição e das leis.

O conjunto de atribuições estabelecidas em favor da coletividade faz com que a instituição assuma não somente o exercício de funções próprias da atividade estatal como também, e fundamentalmente,

Texto básico para a Conferência pronunciada em 18 de outubro de 1985, em Porto Alegre, no I **Ciclo de Debates sobre a Ação Civil Pública** e ao qual se acresceram as notas. O evento foi promovido pela Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul e Fundação Escola Superior do Ministério Público, entidades presididas e dirigidas, respectivamente, por Luiz Alberto Rocha, Cyl Paranhos de Lima e Vladimir Giacomuzzi.

concorra com as demais forças sociais para a realização de objetivos comunitários. E nos regimes políticos garantidores do pleno exercício das ações protetivas de interesses coletivos por instituições e órgãos autônomos de um poder onímodo e tentacular — característico das chamadas democracias totalitárias ou das democracias populares —, a existência e o destino do Ministério Público conquistam maiores espaços políticos, sociais e culturais além de receberem luz e apoio dos mais diversos setores comunitários.

Essa perspectiva do tema geral da presença do Ministério Público na defesa dos interesses indisponíveis da sociedade nos conduz a outras reflexões assentadas em nossa realidade política e institucional frente às expectativas de uma **Nova República**.

2. Com efeito, o nosso País assiste ainda ao fenômeno de transição de um regime autocrático para um regime democrático de governo em todas as suas conseqüências teóricas e práticas. A revogação dos atos institucionais, a concessão da anistia, a eleição direta de governadores, a reformulação da Lei de Segurança Nacional — reduzindo as tenazes da **ideologia do terror** que enfunou a perseguição aos dissidentes do regime — e a promessa do Governo central de proporcionar a plenitude democrática, foram alguns acontecimentos relevantes que marcaram a curva dos anos 70 e a aurora da presente década.

A liberdade da expressão do pensamento e da imprensa e outros meios de comunicação foram também eventos triunfantes nesse quadro de renascimento político, quando o levantamento da censura prévia, que atuava como **garrote vil** da liberdade de informar, viria estimular também a liberdade de o cidadão ser informado para exercer outra importante e decisiva liberdade própria de um Estado de direito democrático: a de investigar, pessoalmente ou através da representação parlamentar ou de organismos sociais, os assuntos da Administração Pública que durante muito tempo se mantiveram reclusos ao conhecimento da nação e do povo.

3. A experiência de liberdade vivida por países europeus do ocidente com os quais o Brasil sempre manteve relações sociais e culturais, como Portugal e Espanha, também se inseriu num grande mural de emoções políticas e institucionais e, com elas, em atmosfera espiritual de **novas independências**, passamos a conviver. É das cartas políticas daqueles países fraternos, aprovadas por parlamentos livres e o consenso popular, em 1976 e 1978, que recebemos estímulos de soberania nacional, de dignidade da pessoa humana, de prestígio da vontade popular, de fortalecimento da sociedade civil, do pluralismo de expressão e de organização política democrática. Assim foram surgindo **novos quadros de uma exposição** do Homem em sua essência e circunstância.

4. Uma importante **ponte de passagem** foi estabelecida para que as relações entre o Estado e a comunidade não se mantivessem apartadas dos grandes fenômenos geradores do progresso e limitadas em suas relações de contínua interação. Trata-se da garantia da liberdade de participação de todos os cidadãos na vida política e na direção dos assuntos públicos do país, além do direito de serem objetivamente esclarecidos sobre atos do Estado e demais entidades públicas e de ser informados, pelo Governo e autoridades em geral, acerca da gestão dos assuntos públicos (Const. portuguesa, art. 48).

Foi, também, no tempo de transição entre a década de 70 e os anos presentes que não apenas o cidadão como também o ser humano em sua mais abrangente dimensão pôde se libertar de catividades que demarcavam as fronteiras de sua liberdade. E saiu, então, da “prisão domiciliar” inflada pela atmosfera de marginalização em grande parte adensada por um código de isolamento e neutralidade. O indivíduo saiu dos corredores e dos labirintos do seu espaço geográfico e cultural para se comunicar nas ruas, nas praças e, fundamentalmente, para subverter o processo de constrição a que estava submetido durante o tempo das devassas, das perseguições e dos temores. Ele não mais se manteve como personagem derrotada frente à televisão, “sofrendo” a notícia manipulada pelo interesse do governante ou da autoridade do dia; não se conservou prostrado — à imagem de um deus caído — porém, levantando-se e desligando os aparelhos que funcionavam como estabilizadores de uma vida vegetativa, veio às ruas para falar em vez de ouvir; para pedir em vez de calar e, com isso, recuperar a imagem de alegria e descontração. E dentro dessa nova etapa de existência passou a desfrutar de uma das mais caras liberdades para o espírito criador: a **liberdade de não ter medo**.

5. Das quatro liberdades fundamentais (a liberdade de dizer, a liberdade de não temer, a liberdade de crer e a liberdade de ter segurança) é certamente a **liberdade de não ter medo** a mais profunda e generosa. Ela é a base, o ponto de partida para o exercício das demais e também um marco de independência do ser humano com os totens e os tabus que durante a sua longa história construíram as barreiras da superstição e das mais larvadas formas de inquisição, fechando as portas do céu e conservando os deuses longe e acima da condição humana.

Foi na Espanha dominada pela ditadura franquista e no cenário vetusto da Universidade de Salamanca que se travou um histórico e confrontador diálogo muito ilustrativo da liberdade de não ter medo. Seus protagonistas foram o General Millan Astray e o Reitor, filósofo e humanista Miguel de Unamuno. Enquanto o General, em nome das forças falangistas declarava a guerra civil aos catalunhos e aos bascos, um grito histórico ecoou no ambiente: **“Viva la muerte”**.

Imperturbável, o Reitor se levanta e declara: "Todos me conheceis e sabeis que sou incapaz de calar; porque em certos momentos, silenciar é consentir. Acabo de ouvir um grito necrófilo e insensato, reboando no recinto desta Universidade. Eu, que passei a vida dando forma a paradoxos, direi que esse estranho paradoxo me é repulso."

Unamuno continuou falando enquanto agora o grito "**Abajo la intelectual Viva la muerte!**" vinha dos lábios do próprio general. Mas prosseguiu, imperturbável, dizendo sobre a liberdade de resistir à força bruta e de exaltar a razão e o direito.

"**Viva a inteligêncial Abaixo a morte!**", passou a significar, dentro da referência histórica daquele episódio e de uma perspectiva de independência do ser humano, uma espécie de brado de paz em oposição ao grito de guerra; uma voz de esperança em contraste com o silêncio da derrota.

6. A liberdade no exercício da proteção dos chamados **interesses difusos** ⁽²⁾ assume características peculiares de independência e autonomia quando indivíduos e setores comunitários se dedicam à defesa do ambiente, da qualidade de vida, do consumidor, etc., através de um processo de revisão permanente dos sistemas formais de controle mantidos pelo Estado e seus órgãos oficiais. Trata-se de uma afirmação salutar da **liberdade de não ter medo** na medida em que a luta pelos interesses difusos não se caracteriza como monopólio estatal e que os indivíduos e entidades integradas nesse movimento não sentem o temor de ser rotulados como messiânicos ou subversivos. Ao contrário, admitem tal atividade como expressão de uma das múltiplas faces da cidadania.

A literatura científica registra que foi durante os anos 60/70 que a defesa dos interesses difusos ganhou ressonância coletiva nos países europeus ⁽³⁾. Para tanto, surgiram duas grandes vertentes a projetar o sentimento de reação contra os agravos praticados pelas novas formas de lesão através de modernas máquinas, dos novos inventos da ciência e da tecnologia e também de eficientes meios de propaganda fazendo com que as modalidades artesanais do estelionato se transformassem em vitimização massiva: o ambiente e o consumo.

Realmente, o meio ambiente e o consumidor se transformaram em múltiplos objetos materiais contra os quais a avidez do lucro, a indiferença para com os valores fundamentais do homem e da natureza e o desprezo para com as obras do espírito se lançaram de maneira contínua e asfixiante. E nesse **projeto de holocausto** uma boa parte da coletividade é responsável não somente pela grosseira inversão da lenda da Arca de Noé — destruindo as espécies em vez de protegê-las para se reproduzirem — como também pela fabricação de um novo

tempo: forjado pela visão pragmática do presente, sem a dimensão histórica do passado e a perspectiva de segurança para o futuro.

O triunfo dos atentados contra o ambiente, o consumidor e outros interesses difusos constitui fenômeno de dupla face: por um lado mostra a **vitimidade** (4) de um número indefinido de pessoas — ou, na expressão de CAPELETTI, da massa (5) — e, de outro, a dificuldade em se perseguirem os agentes dessa delinqüência especial, com os recursos e os meios ortodoxos de investigação (6).

7. Em comunicação recentemente apresentada em São Paulo, no Seminário sobre Direito Ambiental e Constituinte, sustentamos que a proteção do meio ambiente como de outros interesses difusos não poderá ser conseguida com eficiência sem a indispensável mobilização da iniciativa popular (7). A propósito, a Constituição da Espanha estabelece que “Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva” (art. 45, 2).

Nas discussões travadas na Assembléia Constituinte portuguesa, acerca da proposta de positivação de texto garantidor do equilíbrio ecológico, de que resultou a fórmula do artigo 66º, a Deputada Maria Helena Roseta, do Partido Popular Democrático, advertiu que o problema não reside apenas (como alguns tecnocraticamente propõem) no controle da poluição. Nem é suficiente, como outros julgam, a boa vontade dos cidadãos. “Não se trata de um problema de caixotes de lixo. É um problema geral da sociedade...” “... A má qualidade de vida não é apenas consequência das estruturas da propriedade. É também consequência das estruturas do poder de decisão. Há que mudar umas e outras. O verdadeiro crescimento — rumo à vida e não rumo à morte — é a melhoria das satisfações do ser humano em sua relação com tudo o que o rodeia, é a melhoria de condições que lhe permite expandir a sua personalidade, é o avanço nos progressos para satisfação das necessidades humanas fundamentais. Por isso apóia, também, a consagração, neste artigo, da mobilização da iniciativa popular, pois a verdadeira transformação que se impõe não será feita por decreto” (8).

Igualmente nos trabalhos daquela Constituinte, outra notável intervenção foi marcada pelo Deputado Alberto Andrade, do Partido Socialista, ao declarar que a matéria em discussão (qualidade de vida e do ambiente) tinha “dignidade e importância para um título da Constituição que estamos a elaborar”.

E referiu-se à advertência de RENÉ DUMONT, o autor de **Utopia ou Morte** e candidato às eleições francesas de 1974 pelo Movimento Ecológico, quando chamou a atenção para os trágicos efeitos da carência de cereais aproximando-se a passos agigantados e que a humani-

dade parece ignorar. “A natureza acaba onde o capitalismo começa”, enfatizou aquele parlamentar. E prosseguiu: “Tecnologias avançadas, agricultura química, pesticidas e inseticidas, produção desregrada de proteínas animais, implantação desordenada de indústrias altamente poluentes, aumento desbragado do parque automóvel, morte criminosas de cursos d’água doce, poluição marinha atingida pelos mais diversos e satânicos processos, conduzirão fatalmente, e em breve, ao maior surto de fome de todos os tempos” (9).

8. No Brasil, um dos eventos mais significativos para demonstrar a reação social contra os agravos ao meio ambiente constituiu-se no 1º Simpósio Nacional de Ecologia, realizado em setembro de 1978 na cidade de Curitiba.

Mais de 3.000 participantes — entre ecólogos, professores, estudantes, naturalistas e membros de entidades preservacionistas — firmaram o **Manifesto de Curitiba — Declaração de Princípios do Movimento da Luta Ambiental** que teve também o apoio significativo de 99 associações conservacionistas.

O primeiro parágrafo daquele documento declara que “os modelos desenvolvimentistas da atual sociedade de consumo e, muito especialmente, o modelo brasileiro, são modelos absurdos porque insustentáveis, isto é, suicidas. Estes modelos repousam no esbanjamento orgiástico de recursos limitados e insubstituíveis. Eles significam a destruição sistemática de todos os sistemas de sustentação da vida na terra” (10).

A liberdade de imprensa e de outros meios de comunicação tem constituído nestes últimos anos, em nosso País, uma generosa força — embora não suficiente — para denunciar os atentados à qualidade de vida e ao ambiente e reclamar providências para o combate de uma nova categoria de ilícito penal: o **ecocídio**; e de uma nova tipologia de autor: o **delinqüente ecológico**.

O flagelo assumiu proporção fantástica a merecer prognóstico apocalíptico de JOSÉ LUTZENBERGER. Em seu pequeno-grande livro (11), o destacado cientista revela que para as formas comuns de poluição e degradação ambiental, tais como as impurezas do ar, da água e dos alimentos, a natureza nos deu os sentidos que as permitem identificar, pelo menos em suas modalidades mais acentuadas. “Mas existe uma forma de contaminação ambiental” — alude o professor — “que, além de ser das mais funestas, escapa completamente aos nossos sentidos, a não ser que os estragos já sejam irreversíveis e fatais. Trata-se da irradiação ionizante”.

E, logo adiante, LUTZENBERGER analisa o desencadeamento do câncer e da leucemia, quando a radiação ionizante interfere com o código genético numa célula somática (uma célula em qualquer parte

do organismo). No caso de um embrião ou feto pode significar defeito grave naquela parte do organismo que descende desta célula. O novo ser nasce defeituoso. Quando, porém, a radiação ionizante interfere com o código genético numa célula germinal, os danos afetam a espécie por atingirem as gerações futuras: "Uma alteração no código genético de uma célula germinal pode significar mutação. A mutação é uma alteração viável e transmissível na herança. Esta alteração pode ser boa ou pernicioso. Na grande maioria dos casos é deletéria. Os defeitos congênitos poderão perpetuar-se na espécie durante séculos ou milênios" (12).

As tentativas no sentido de criminalizar com maior rigor as infrações contra o meio ambiente e, também, para constitucionalizar a proteção da água, do ar, do solo, da flora, da fauna e da paisagem como bens jurídicos fundamentais à vida, têm-se desenvolvido com reiterados esforços. Assim ocorreu no I Simpósio Nacional de Ecologia referido (13), com o destaque dado pelo anteprojeto da Parte Especial do Código Penal (14) e nos encontros promovidos pela Sociedade Brasileira de Direito do Meio Ambiente.

O Ministério Público está escrevendo uma página memorável relativamente à mesma e grande causa, de maneira a concitar a atenção de seus membros e dos juristas em geral (15). O vigor da denúncia e a persistência da luta ambiental têm destacado trabalhos individuais como os de PAULO AFFONSO LEME MACHADO que com sua obra está constituindo a base doutrinária para se institucionalizar o Direito do Meio Ambiente como disciplina autônoma (16).

9. A saga do consumidor é outro capítulo dramático da *via crucis* percorrida pelo homem cotidiano.

Embora as infrações praticadas contra o consumidor não assumam a mesma conformação de pânico como ocorre com a criminalidade do ambiente, manifesta-se em torno da vitimação do consumidor uma forte consciência coletiva de repúdio às mais variadas formas de lesão (17).

A existência de um concurso de bens jurídicos afetados (saúde, integridade física, patrimônio, etc.) pela criminalidade econômica (18) bem demonstra a repercussão das formas de ilicitude.

No recente Congresso realizado no Cairo pela Associação Internacional de Direito Penal (1984), a proteção do consumidor foi tratada como assunto de grande relevo no panorama da delinquência econômica. Reunindo mais de 650 especialistas de 37 países, tratou na Seção II do conceito e princípios do direito penal econômico, incluída a proteção do consumidor.

Relativamente à defesa das vítimas das infrações econômicas, o Congresso recomendou que se lhes deverá facilitar o acesso às vias

administrativas e judiciárias, quer se trate de ofendido individualmente considerado, como no plano coletivo. “La asociación de víctimas de tales delitos”, — diz a Recomendação nº 16 da aludida Seção II — “incluidas las asociaciones de consumidores, deberán tener derecho a participar en el proceso penal, administrativo o civil. El sistema de sanciones para estas infracciones incluirá la posibilidad de restitución” (19).

O combate jurídico às infrações contra o consumidor deve abranger não somente o emprego da legislação comum e especial dentro dos ramos administrativo, penal, civil, tributário, etc., como também o recurso a medidas de prevenção geral. E tal missão é somente factível num Estado social e democrático de direito, quando as instâncias de controle da criminalidade, tanto formais (Policia, Ministério Público, juizes, tribunais e estabelecimentos penais) como também informais (familia, escola, comunidade) possam atuar desembaraçadamente e fiéis ao compromisso de lutar pelo progresso do homem e da sociedade.

O nível das preocupações em torno dessa problemática e da delinqüência sócio-econômica de um modo geral em regimes democráticos é muito expressivo. A propósito vale referir, embora sumariamente, a legislação portuguesa e sua recente doutrina bem como alguns trabalhos desenvolvidos na Espanha e outros países (20).

No Brasil se verifica que é no território da ordem econômica e social onde se encontram as mais graves violações aos direitos sociais, econômicos e culturais do homem.

Na medida em que muitos preceitos constitucionais se caracterizam pelo aspecto meramente programático, carece o sistema de uma legislação infraconstitucional e de atos normativos que permitam implementar os direitos e as garantias que a nossa Carta política enuncia. Ao contrário da numerosa — embora dispersa e assistemática — legislação de proteção ambiental (21), o mesmo não ocorre no que diz respeito à proteção do consumidor. Trata-se de reiteradas e já monótonas hipóteses de **inconstitucionalidade por omissão**, conceituado tal fenômeno como a violação da Constituição pela ausência de lei ou ato normativo que lhe dêem efetividade (22).

No trabalho elaborado para o Colóquio do Rio de Janeiro, preparatório do Congresso da AIDP (out. 1982), afirmamos que o consumidor brasileiro é um ser carente de proteção contra as mais variadas formas de abuso, desde a qualidade da alimentação, dos medicamentos e de outros produtos de primeira necessidade bem como dos serviços e de coisas supérfluas. Uma vítima ambulante e multireincidente (23).

Um aspecto inquietador nesse quadro consiste na sujeição permanente das pessoas aos diversos meios de ilusão empregados para estimular o consumismo, tanto os rotineiros como os sofisticados. Eles

surgem na imprensa, rádio, televisão, cinemas ou ruas pelos insistentes e perseguidores volantes ou através das imagens coloridamente provocantes dos **out-doors**. Em tais circunstâncias, a propaganda é um poderoso instrumento de **marketing**.

Além da precariedade e assistematização dos textos penais e administrativos para esbater as formas diretas ou larvadas da delinquência econômica (24), sofremos durante as duas últimas décadas os efeitos opressivos da censura prévia e do regime de hipertrofia do poder onímodo lesando o repertório dos interesses da Nação e do povo. Como consequência, foi marginalizada a opinião pública do quadro das forças diretas ou indiretas da administração e impotencializada para denunciar os abusos do poder econômico, caracterizados pela Constituição através do domínio dos mercados, da eliminação da concorrência e do aumento arbitrário dos lucros (art. 160, V).

10. *Outros tantos interesses difusos não tiveram melhor sorte de proteção, tanto em nível formal como material.*

Para uma breve constatação desse fenômeno basta verificar que o interesse, também difuso, do livre desenvolvimento das minorias, não está recebendo adequada proteção (25).

Uma lamentável e rotineira sucessão de conflitos é demonstrada freqüentemente pelo estado de beligerância entre as reservas indígenas e a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) (26).

O mesmo se poderá referir quanto ao grave problema da preservação dos valores ligados às manifestações do folclore e das expressões artísticas regionais, profundamente afetados em todos os quadrantes de nosso País. Além da notória omissão dos poderes públicos, no que concerne à provisão de meios humanos e materiais para a proteção efetiva da cultura, sente-se por todos os lados, em todos os cantos, os efeitos de um processo de **lavagem cerebral** gerado pelos meios de comunicação de massa com destaque para os programas de televisão e para o repertório de músicas manipulado pelos **disk-jockeys** e transmitido pelo rádio.

11. O agente do Ministério Público dos dias presentes tem muito a ver com aquela personagem referida há pouco quando se procurou indicar a forma de opressão da liberdade do homem que, reagindo contra a atmosfera de desesperança e confinamento — uma espécie de “prisão domiciliar” imposta à vítima da marginalização —, saiu às ruas e às praças para sentir, na mesma faixa de intensidade emocional, as alegrias e os dramas dos demais cidadãos.

O membro do Ministério Público é também uma dessas vítimas **residuais** do sistema autoritário de poder que nos últimos vinte anos não permitia que a sociedade civil se organizasse livremente, vale

dizer, a salvo de perseguições e da tutela ideológica. E contra aqueles que, de uma forma ou de outra, se colocassem na rota de colisão com o ideário do regime concebido pelos titulares do Poder central e das "capitanias hereditárias", além de outros potentados, eram aplicadas as penas de interdição temporária e morte civil, com rituais públicos ou sigilosos.

Apesar do grande e diversificado campo de atuação do Ministério Público na defesa dos interesses difusos, como expressão conceitual e orgânica (27), foi com a Lei Complementar nº 40/81 que a Instituição pôde ver consagrados princípios e funções, além de direitos e deveres de seus membros, num complexo normativo sempre reivindicado por antiga e renovada doutrina. Além disso, o mencionado diploma veio resgatar, em grande parte, a frustração decorrente da omissão da malsinada reforma constitucional de 1977. Naquela oportunidade, dedicou-se ao Ministério Público somente um parágrafo, cujo texto fora extraído da Proposta de Emenda Constitucional nº 29/76 e ficou assim redigido: "Lei Complementar, de iniciativa do Presidente da República, estabelecerá normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual, observado o disposto no § 1º do artigo anterior" (CF, parágrafo único do art. 96, cf. a Emenda nº 7, de 13-4-1977) (28).

Como órgão de promoção e fiscalização da lei, como parte instrumental que promove a ação penal ou civil e que requisita os elementos de investigação e quaisquer diligências para a descoberta da verdade material, o Ministério Público é uma das instâncias formais de controle da criminalidade e da violência. A sua posição foi posta em destaque com muita clareza por SESSAR lembrando que, se a vítima é a instância mais importante no que toca à iniciativa do controle do delito, o Ministério Público é, seguramente, a mais relevante no que toca ao seu desfecho (29).

Durante o estágio da investigação, na fase em que deduz formalmente a acusação, na etapa da instrução, na oportunidade do julgamento e no itinerário da execução, o Ministério Público é o ator que representa vários papéis. Com muito acerto já se falou no caráter acentuadamente **idiossincrático**, significando com tal referência a disposição de temperamento da Instituição que vive de modo peculiar a contribuição de seus mais diversos tipos de agentes.

A propósito de suas funções, FIGUEIREDO DIAS lembra que a Instituição revela o estigma de Jano, condenado a ser e a atuar (simultânea e contraditoriamente) como juiz e como polícia. Daí por que ser o Ministério Público a instância formal de controle mais claramente ligada às agências definidoras da política criminal (30). "O MP é, por isso, a instância de controle em cuja ação é possível identificar um maior coeficiente político". "E também por esta via se ampliam as

linhas de conflito no interior do papel do MP: a dimensão política não pode deixar de colidir com o seu **ethos** de polícia e de juiz" (31).

A estas dimensões, caracterizadas no quadro do processo penal, se vem somar a posição de garante da Constituição e de fiscal da lei, além de promovente dos interesses coletivos, sejam eles insuscetíveis de contestação interna no âmbito de seus titulares (como o interesse à ordem pública e a segurança), quer se apresentem com aquela nítida área de **conflitualità** (como a preservação do meio ambiente e a integração pacífica dos vários componentes raciais).

É também o Ministério Público um **agente político** do Estado, com atribuições e responsabilidades distintas daquelas conferidas aos servidores que são os **agentes administrativos**.

A propósito desta consideração, HELY LOPES MEIRELLES inclui a Instituição na categoria das casas legislativas (Congresso Nacional, Câmara dos Deputados, Senado Federal, Assembléias Legislativas e Câmaras de Vereadores), das chefias do Executivo (Presidente da República, governadores e prefeitos municipais), dos juizes e dos tribunais. E lembra que, em doutrina, os agentes políticos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juizes nos seus julgamentos e, para tanto, ficam a salvo de responsabilização civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má fé ou abuso de poder" (32).

Dentro de tal perspectiva, sustenta-se que o Ministério Público deverá ter os seus princípios e as suas funções institucionais, bem como os direitos e os deveres de seus membros claramente estabelecidos em nossa lei fundamental aperfeiçoando-se a Instituição às exigências e à dignidade de um Estado social e democrático de direito. Esta reivindicação permanente (33) é agora retomada com grande disposição quando o País deverá obter uma nova Carta política como esperança da Nação e do povo. Um grande passo para a ordenação democrática e para a projeção social e política do Ministério Público adveio da Lei Complementar nº 40, de 1981, que deve ser saudada não somente como um documento de intenções, porém como verdadeira petição de princípios e de objetivos e uma **carta de alforria** que liberta a Instituição e seus agentes da conformação ideológica e da submissão funcional a um dos poderes do Estado, fenômeno sempre desgastante quando o Executivo não se revela cumpridor dos deveres sociais. E a hipertrofia política dos chamados **Executivos fortes** não implica em correspondente desempenho do Ministério Público, em países como o nosso.

12. Com o advento da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que definiu a política nacional de proteção do ambiente, atribuiu-se ao Ministério Público a competência para promover a ação de responsa-

bilidade civil por danos causados ao equilíbrio ecológico (art. 14, § 1º).

O texto não contém a necessária clareza e suficiente vigor para melhor instrumentalizar a ação do Ministério Público, no que concerne à prevenção do dano ecológico. Daí a necessidade da interpretação extensiva dada pela doutrina e pela jurisprudência para permitir o exercício da ação cautelar visando impedir o sucesso da lesão. Cumpriu-se a tarefa interpretativa levada a bom êxito pela doutrina progressista da qual se encarregaram ilustres membros do Ministério Público, analisando a legitimação para requerer as ações cautelares frente ao raciocínio segundo o qual o dever de promover a ação civil pública de responsabilidade é compreensivo do **poder-dever** de pedir qualquer medida cautelar para prevenir a lesão ou visando preparar a futura ação principal (34).

Evitando qualquer tipo de obstáculo à iniciativa do Ministério Público, frente ao caráter taxativo das hipóteses legais do exercício do direito-dever de agir (CPC, art. 81), a Lei nº 7.347/85, através do art. 4º, eliminou qualquer controvérsia suscitada pelo § 1º do art. 14 da Lei nº 6.938/81. Declara o recente dispositivo que poderá ser ajuizada ação cautelar para atender as finalidades da lei, "objetivando, inclusive, evitar o dano ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico".

13. Através da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, alargou-se para o Ministério Público o espaço político e social no quadro da prevenção, da repressão e da reparação dos danos causados ao meio ambiente, possibilitando-se, também, e através da ação civil pública, a proteção de outros interesses difusos como a tutela do consumidor e de bens e direitos de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico.

O artigo 2º do aludido diploma contém uma regra de competência extremamente oportuna. Diz o texto: "As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo Juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa".

A legitimação para agir é deferida a vários sujeitos: Ministério Público, estadual ou federal; União; Estados; Município; autarquia; empresa pública; fundação; sociedade de economia mista e associação, cf. o art. 5º. Porém, o foro competente é um só: o Juízo da Comarca onde ocorreu a ofensa (35).

A orientação legal vem atenuar o estado de frustração vivido pelas comunidades diretamente atingidas pelo agravo ao ambiente em face da competência deferida à Justiça Federal para julgar os ilícitos penais correspondentes (36).

O sentimento de reação emocional ao dano é melhor vivenciado pelo agente do Ministério Público (e outras autoridades) que habita na mesma cidade, que convive com as mesmas vítimas e testemunhas

e assim poderá, com mais eficiência que outro colega distanciado da área das conseqüências do fato, promover as medidas adequadas à perseguição dos agressores bem como lutar pela prevenção do dano.

É certo, porém, como admite a doutrina, que muitos delitos contra o ambiente ofendem bens e valores cuja consagração transcende os limites geográficos dos países onde se cometeu a lesão. Também é certo que em tais casos se justifica o apelo a uma justiça penal universal⁽³⁷⁾, como princípio amplo de aplicação da lei penal no espaço. Mas, por outro lado, é também verdade indiscutível que, na generalidade dos casos, é no local do dano que se poderão recolher os elementos sensíveis do fato para a formação do **corpus delicti**. A solidariedade coletiva que se manifesta como reação aos atentados, igualmente se organiza para a formação da prova testemunhal e fornece material de grande valor para o exame pericial.

Esta solidariedade das vítimas-testemunhas é envolvente em relação ao órgão do Ministério Público e outras autoridades que exercem funções no local do evento. Estabelecem-se, portanto, as relações diretas do Ministério Público com os clientes do sistema formal de controle, ou seja, os delinqüentes e as vítimas. Como lembra FIGUEIREDO DIAS, a sorte de um caso pode ser radicalmente diferente consoante o Ministério Público contacte diretamente com o acusado ou apenas com um conjunto de dados a ele respeitantes e reduzidos às fórmulas canônicas do processo⁽³⁸⁾. Na acepção de SESSAR, tal fenômeno ocorre sempre quando a ação e o interesse do Ministério Público incidam **sobre o delinqüente ou sobre a criminalidade, sobre pessoas ou sobre** itens a engrossar o caudal das estatísticas. Na primeira hipótese haverá a nítida tendência para privilegiar os aspectos mais emotivos do problema⁽³⁹⁾.

Essa entonação afetiva do drama, da comédia e não raro da tragédia que representa o delito e a face emocional que necessariamente deve envolver a atuação dos agentes do Ministério Público, foi muito bem retratada por HUGO NIGRO MAZZILLI. Ao analisar as características da função de atendimento ao público, o talentoso e sensível Promotor de Justiça em São Paulo destaca que “na figura do promotor, que é procurado para um conselho na desavença familiar, para uma admoestação ao menor indisciplinado, para a composição de um conflito trabalhista, para uma providência de jurisdição voluntária ou contenciosa, nessa figura, há um misto que vai desde a autoridade do **paterfamilias** das sociedades mais primitivas até a autoridade do atual órgão do Ministério Público, uma das instituições pelas quais o Estado moderno procura atingir os seus fins”⁽⁴⁰⁾.

A competência do foro local para o conhecimento da ação civil pública de responsabilidade por lesões ofensivas aos interesses difusos veio abrir caminho para que idêntica solução se estenda às hipóteses do processo penal relativamente aos mesmos interesses.

Trata-se não somente de atender a conveniências no quadro probatório, como também de assegurar a validade de um **princípio de territorialidade**, que tem a sua sede interna de soberania, e a delimitação imposta ao poder de **imperium** de cada unidade federativa que, com o surgimento de uma Nova República, vai reconquistando a sua autonomia material e melhor projetando a sua presença no cenário da União.

14. Abstraidos outros aspectos também relevantes da nova legislação de tutela e a crítica a alguns de seus defeitos ⁽⁴¹⁾, merece especial destaque a previsão do **inquérito civil** como adequado instrumento para a colheita de elementos prévios ao exercício da ação.

A Lei Orgânica do Ministério Público alargou o âmbito das atribuições funcionais dos membros da instituição que, sob o comando das regras do Código de Processo Penal, eram muito limitadas. Assim, além da promoção de diligências e requisição de documentos, certidões e informações junto a qualquer repartição pública ou órgão federal, estadual ou municipal, tanto da administração direta como indireta; além de poder dirigir-se diretamente a qualquer atividade; de expedir notificações; de acompanhar atos de investigação junto a organismos policiais ou administrativos; de assumir a direção de inquérito policial, etc. (art. 15 e outros), poderá o Ministério Público agora instaurar, sob a sua presidência, inquérito civil para o fim de reunir documentos, testemunhos e declarações e outros elementos de prova, inclusive periciais.

A revolucionária medida estabelece um procedimento investigatório a exemplo de outros já consagrados em nossa experiência (inquérito policial, inquérito administrativo, inquérito parlamentar etc.) e resgata a melhor imagem do Ministério Público, oferecendo-lhe maior possibilidade de ação e evitando o constrangimento de se conservar — tal qual ocorre com a apuração criminal rotineira — como estação repetidora de prova que já lhe vem defeituosa pelos vícios da má colheita e amarelecida no tempo pela força dos entraves burocráticos quando não o seja pelas pressões ilegítimas.

O inquérito civil se constitui na bússola a guiar o órgão do Ministério Público em direção ao rumo norte da verdade material. Sob outro aspecto, é um instrumento ágil e eficiente a salvo de fórmulas barrocas e de expedientes protelatórios que não mais se podem admitir num processo moderno.

O inquérito civil deve ser considerado também como um dos meios de prevenção de futuros danos ecológicos, além de se constituir em procedimento adequado para instruir a própria ação penal, dispensando o inquérito policial assim como o permite o § 5º do artigo 39 do Código de Processo Penal.

Atualmente se observa uma crescente defasagem entre o teor da expectativa na punição do delito e o nível dos meios para alcançar este resultado. Daí a necessidade em se falar no aumento de recursos diretamente alocados ao Ministério Público e do sistema judiciário em geral que, nos dias presentes, estão longe de acompanhar a expansão da criminalidade, principalmente quando as lesões ofendem bens jurídicos de múltiplos sujeitos.

Com muita oportunidade, o ex-Promotor OCTACÍLIO PAULA SILVA lembra a influência dos modelos francês e italiano, na criação e no progresso da instituição. Mas adverte que o legado de uma considerável gama de atribuições revela que para tal consecução “não estávamos e ainda não podemos nos considerar preparados” (42).

Porém, como já acentuamos em outra oportunidade, “é certamente um novo tempo político e institucional o maior fiador das esperanças e do fortalecimento orgânico do Ministério Público. Não há interesse, nos regimes ditatoriais, no estímulo e na oferta de maiores meios de atuação aos segmentos do poder civil mesmo quando dedicados às funções de segurança individual ou coletiva” (43).

A instauração, o andamento e o arquivamento do inquérito civil não se colocam em oposição à legitimidade de outros entes públicos ou privados para o exercício da ação cautelar ou principal. A posição e a atuação do Ministério Público; da União, dos Estados e Municípios; das autarquias; das empresas públicas; fundações; sociedades de economia mista ou associações conservacionistas, não são colidentes nem excludentes. Ao reverso, são harmônicas frente à convicção de que a legitimação para agir pressupõe, insitivamente, o poder de resguardo do interesse jurídico que em juízo deve ou pode ser protegido. Além disso a confluência entre o dever público e o empenho particular na defesa dos interesses difusos constitui mais uma força de harmonia e não um fator de desagregação entre os responsáveis pela obra comum.

O arquivamento do inquérito civil ou das peças de informação, mediante rigoroso critério de controle (44), não é obstáculo para o exercício da ação por outro ente oficial ou particular. Com efeito, o arquivamento em tal caso não constitui coisa julgada formal. Trata-se de um fato que se consome no âmbito administrativo do Ministério Público sem a interferência do Judiciário (45).

15. Além de proporcionar um instrumento jurídico habilitando melhor a iniciativa do Ministério Público, a Lei nº 7.347/85 veio também estimular a iniciativa popular para um tipo de combate que, como já se viu, não é monopólio do Estado. Diz o artigo 6º que “qualquer pessoa poderá, e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção”.

A “indispensável solidariedade coletiva”, assim como se contém no artigo 45, 2, da Constituição espanhola⁽⁴⁶⁾, tem um acento democrático indiscutível. A atuação popular nas chamadas **democracias participativas** não se limita aos direitos de participar na vida política e na direção dos assuntos públicos do país, e nos direitos correlatos de informação e esclarecimento. A ação dos particulares deve ir além para constituir uma instância material de controle não somente dos eventos sociais mais graves (delinquência, catástrofes, epidemias, etc.) como também dos fenômenos que, independentemente de suas consequências quanto à preservação da vida, da integridade corporal, da segurança, etc., possam afetar outros bens igualmente fundamentais à boa qualidade de vida tanto das populações urbanas como rurais.

A esse **dever social** geral de provocação da iniciativa do Ministério Público corresponde também, por via de consequência, a obrigação, igualmente social, de prestar ao órgão do **parquet** as necessárias informações para a instauração do inquérito ou a propositura da ação.

A matéria envolve aspectos relacionados com a liberdade de informação, no que concerne ao ângulo específico do direito de difusão das informações e opiniões, assim como se contém no artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e outros documentos internacionais como a Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950). As liberdades de receber e transmitir informações ou idéias, sem ingerência da autoridade pública e sem consideração de fronteiras, têm amplo quadro de projeções e, no que concerne à proteção dos interesses difusos, assume peculiar significação posto que a defesa de tais interesses implica numa face generosa da proteção de interesses supra-individuais, como exercício de uma das faculdades da democracia.

O complexo tema das relações entre a Administração Pública e os interesses difusos tem muitas variantes e uma delas, muito importante, diz respeito aos aspectos da informação: as liberdades e os respectivos direitos de receber e transmitir informações⁽⁴⁷⁾.

E nos regimes autoritários, quando o Estado estimula a **deserção política** dos cidadãos, tais liberdades e direitos caem sob profunda crise.

As liberdades de receber e transmitir informações nos regimes democráticos, ao reverso, não constituem prerrogativa exclusiva de uma categoria de pessoas (funcionários públicos, profissionais da comunicação, etc.), mas de toda a coletividade sob a perspectiva de um conjunto de atos transparentes.

A regra do artigo 6º da Lei nº 7.347/85 está materialmente inspirada pelas vigorosas expressões de uma **democracia participativa** posto que as liberdades de ser informado e de informar correspondem às mais caras expressões democráticas no campo do conhecimento.

16. Declara o artigo 10 da Lei nº 7.347/85: “Constitui crime, punido com a pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional — ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público”.

Em artigo estampado em abril de 1980, antes, portanto, da lei, que define a política nacional de proteção do meio-ambiente, ANTÔNIO CHAVES, após o exame das sanções penais e administrativas reservadas para o combate aos atentados contra o ambiente, destacou que o “santo remédio” é a ação de ressarcimento de danos, considerada como “a grande medida, a providência fundamental”, “a mais educativa, persuasiva, definitiva” (48).

A luta contra as infrações que sacrificam o equilíbrio ecológico e outros interesses difusos deve ser estabelecida através de uma vasta frente de reações jurídicas, conforme a tendência atual da doutrina interna e internacional. Daí por que o necessário concurso de sanções das quais a mais grave é a penal que, por isso mesmo, não pode ser dispensada.

O artigo 10 da Lei nº 7.347/85 se coloca, portanto, na linha de combate para a mais ampla e eficiente resposta contra as várias modalidades de lesão.

Deve-se, no entanto, destacar que a redação do dispositivo não é fruto de boa técnica. Com efeito, abrangendo no mesmo período tanto o preceito como a sanção, o artigo 10 destoa da sistemática geral da elaboração das normas incriminadoras, principalmente porque a cominação da pena antecede a previsão do fato, vale dizer: a ameaça penal é irrogada antes da conduta; assim como se fosse possível o **efeito** anteceder a **causa**.

Por outro lado, a cominação da pena criminal de multa em quantidades fixas de Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional — mínimo de 10 (dez) e máximo de 1.000 (mil) — revela o descompasso flagrante com o sistema vigente do Código Penal que acolheu o critério do **dia-multa** (art. 49). Trata-se de solução incomparavelmente superior posto permitir maior poder discricionário na aplicação concreta da pena, além de se harmonizar com modelos positivos da atualidade e com a tradição do instituto em nosso direito. A propósito, o Código Criminal do Império (1830) já continha a previsão da multa em dias (art. 55) e assim ocorreu com o Código Penal de 1969 reformado em 1973, e com as Leis nºs 4.737, de 15-7-1965 (Código Eleitoral), e 6.368, de 21-10-1976 (entorpecentes).

A previsão de condutas por omissão, que constituam causa ou condição para a lesão aos interesses difusos, traduz providência do

maior alcance em termos de política criminal. Com efeito, pelas peculiaridades de que se reveste, a delinquência de massa tem grandes fontes alimentadoras nas formas omissivas de conduta.

O anteprojeto da Parte Especial do Código Penal (1984), ao disciplinar os crimes contra a ordem econômica e financeira e contra o meio ambiente, previu hipóteses de comportamentos omissivos relevantes para gerar a lesão ou contribuir para a sua ocorrência. Assim, os tipos de recusa de informações, por parte de diretor, administrador ou gerente de empresa, à autoridade competente (art. 384); sonegação de informações com o fim de obter registro ou autorização de emissão de títulos ou valores mobiliários (art. 392) e de favorecimento aos crimes contra o meio ambiente (arts. 417 a 419).

Dispõe o artigo 417 do anteprojeto que constitui favorecimento a omissão de medidas determinadas pela autoridade competente, necessárias a impedir a prática de crimes contra o meio ambiente. O dispositivo seguinte declara punível a facilitação da prática de tais crimes⁽⁴⁹⁾, enquanto o artigo 419 trata da omissão funcional: "omitir, o funcionário público, providência a que está obrigado por dever legal, para evitar ou fazer evitar a prática de crime previsto neste Título" (Tit. XIII).

A norma incriminadora estabelecida pelo artigo 10 da Lei nº 7.347/85 revela um **conteúdo variado** de modalidades omissivas: recusar, retardar ou omitir a prestação de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público.

Ao tempo da discussão do anteprojeto da Parte Especial do Código Penal, o Promotor de Justiça Voltaire de Lima Moraes, através de correspondência que nos foi dirigida, propunha a ampliação do texto do artigo 373 para incluir a requisição do Ministério Público entre os elementos do ilícito. A emenda teria a seguinte redação: "Deixar o funcionário público, no exercício da função, de cumprir decisão judicial ou requisição do Ministério Público, ou retardar o seu cumprimento" (50).

À luz do texto do artigo 10 da Lei nº 7.347/85, parece-nos que o **retardamento** na prestação das informações ou no encaminhamento de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, somente caracteriza o delito quando o retardatário for funcionário público. Em tal hipótese, ele tem o dever jurídico de agir em razão de seu ofício. Esta é a regra geral do artigo 319 do Código Penal salientando NELSON HUNGRIA que, divergindo do código anterior, a prevaricação foi classificada "como crime próprio do **funcionário público** (artigo 319), não distinguindo entre a praticada por juiz e a cometida por funcionário público em geral, e trasladou para o elenco dos crimes **contra a administração da justiça** a infidelidade ou duplicidade do patrono judicial,

sob os **nomina juris** de “patrocínio infiel” e “patrocínio simultâneo ou tergiversação” (art. 355 e seu parágrafo único) ⁽⁵¹⁾.

O administrador da empresa, por exemplo, não tem entre os seus deveres **de ofício** a prática de atos caracterizadores de um vínculo de maior ou menor estabilidade para com a administração e sujeito, portanto, a fixação de prazos ⁽⁵²⁾.

Outra razão para se negar a ocorrência do delito quando, pela “prevaricação”, for responsável o particular, decorre do seu tratamento diferenciado em relação ao agente da Administração Pública, como declara expressamente o artigo 6º da Lei nº 7.347/85. Assim, enquanto o servidor público **deve** provocar a iniciativa do Ministério Público — ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil bem como indicando os elementos de convicção — o particular não tem esse **munus**. A sua colaboração é uma **faculdade** jurídica (e um **apelo** social).

Mas, quanto às demais hipóteses de ilicitude penal, ou seja, a recusa ou a omissão de dados técnicos (na prestação de informações, na entrega de documentos, etc.), o particular por elas responde penalmente. Enquanto a omissão implica numa simples abstenção de conduta, a recusa pode assumir uma forma comissiva. Exemplo, o gerente da empresa que em resposta à requisição declara não atendê-la, por via direta ou oblíqua.

Os crimes de desobediência à requisição do Ministério Público são graves e sua repercussão é ilimitada sempre que da recusa ou da omissão possam decorrer conseqüências danosas de grande significação material. A nova legislação, também quanto a esta parte, merece as melhores homenagens.

17. Para muito além da contribuição dos particulares visando prevenir ou reprimir o dano aos interesses difusos, contribuição em princípio facultativa e em casos concretos obrigatória sempre que houver requisição do Ministério Público ⁽⁵³⁾, a nova lei tutelar dos interesses difusos veio estimular a consciência coletiva de manutenção de valores muito caros à preservação das condições básicas da vida, tomado esse bem em sua acepção mais abrangente e envolvendo todos os reinos da natureza.

Sob outra perspectiva, a legislação de resguardo dos interesses difusos vem contribuindo, decisivamente, para que o agente do Ministério Público assuma o seu papel social e político em harmonia com a natureza e os objetivos da instituição. A criação de curadorias específicas para a defesa do meio ambiente e do consumidor, como vem ocorrendo em algumas unidades da Federação, caracteriza uma importante **primeira frente** na luta extraordinária visando possibilitar meios e condições para um **equilíbrio de forças** entre as facções ofensoras e as instâncias de reação.

Escrevendo sobre as dificuldades para se enfrentar a criminalidade econômica, GÜNTHER KAISER analisa o problema à luz da experiência da República Federal da Alemanha. E destaca que o fruto mais importante do processo de **especialização e concentração** visando compensar tradicionais carências de esclarecimento e perseguição dos ilícitos, está na formação de curadorias especiais a partir do final dos anos 60. Órgãos contundentes devem, assim, reforçar as atividades da curadoria em comparação com a polícia e os peritos a fim de se chegar a uma espécie de "equilíbrio de armas", frente aos delinquentes econômicos. E refere que nas hipóteses de tais ilícitos é freqüente que os agentes do Ministério Público levem adiante os procedimentos de investigação por seus próprios meios, enquanto que em outros casos deixam grande margem à ação policial. Promovem eles mesmos os interrogatórios e colhem diretamente outros meios de prova. A Polícia recebe, como regra geral, incumbências de investigação concreta de maneira a se estabelecer "con la fiscalía una vinculación muy estrecha" (64).

Na Costa Rica, a Lei nº 6.815, de 19 de outubro de 1982, criou as procuradorias de Direitos Humanos e de Defesa do Consumidor, caracterizando-se como eficientes e oportunos instrumentos jurídicos e mecanismos de ação daquele democrático país. Aumentando as atribuições do Ministério Público e dos seus agentes, a lei costarricense deu nova estrutura à instituição e às procuradorias como setores especializados.

Também merecem destaque, relativamente a esse modelo, as regras sobre a independência funcional, administrativa e de critério operacional. Além de regras para conferir maior liberdade de ação do Ministério Público, a legislação da Costa Rica tem na Assembléia de procuradores o órgão deliberativo e consultivo bem como o estabelecimento de normas para a nomeação do Procurador Geral.

18. A experiência brasileira no quadro ainda recente das providências em defesa do equilíbrio ecológico e outros interesses difusos, já vem sendo enriquecida pela contradição flagrante e intolerável entre a multiplicação dos atentados e as carências de um sistema ainda não ordenado de resposta.

No entanto, o exercício freqüente da democracia em sua mais generosa compreensão virá liberar as instâncias de reação e estimular os mecanismos próprios a uma ação social conjunta, destinando-se ao órgão do Ministério Público um relevante papel.

Neste momento de grandes esperanças nacionais e de particular expectativa quanto ao futuro do Ministério Público, vale servir-se da clássica e profunda reflexão de PIERO CALAMANDREI. Ele que foi notável advogado assim reconheceu: "Em todos os cargos judiciários, o mais difícil, segundo me parece, é o do Ministério Público. Este, como sustentáculo da acusação, deveria ser tão parcial como um advogado,

e como guarda inflexível da lei deveria ser tão imparcial como um juiz. Advogado sem paixão, juiz sem imparcialidade, tal é o absurdo psicológico no qual o Ministério Público, se não adquirir o sentido do equilíbrio, se arrisca, momento a momento, a perder, por amor da sinceridade, a generosa combatividade do defensor ou, por amor da polêmica, a objetividade sem paixão do magistrado" (55).

Essas palavras ainda soam fundo e permanentemente no coração e na consciência de todos quantos se dedicam ao foro e fazem das profissões do direito o caminho e o destino para a satisfação das necessidades individuais e dos interesses comunitários.

As figuras do Promotor e do Procurador de Justiça devem ressurgir, na perspectiva de um novo Estado, de um Estado social e democrático de direito, inspirados na visão material do homem e do mundo, na compreensão do ser e da sua circunstância e fortalecidos no seu campo de atividade, também difuso em certa perspectiva diante de novos textos legais e de infra-estrutura de ação.

E assim, tais figuras já não aparecem mais como agentes reprodutores de acontecimentos distanciados no tempo; não constituem mais a segunda via para a investigação dos fatos que estão a merecer o seu imediato conhecimento e a sua pronta intervenção.

Eles não se caracterizam mais — quando, muitas vezes, assim o tenham parecido — como prisioneiros dos gabinetes de trabalho, dos corredores do fórum e das salas de audiência e julgamento. Eles podem e devem vir às ruas e praças, junto ao povo para sentir com os seus santos e mártires a profundidade da condição humana, os dramas e as comédias da existência. Eles que nunca deixaram de ser também povo e comunidade, agora também vivem mais intensamente a experiência do convívio e adensada pelo sentido de proteção que o dever funcional e a missão institucional lhes impõem.

Essa abrangente e tutelar dimensão do Ministério Público legítima e dignifica não apenas a instituição e aqueles agentes missionários, como também o exercício de um mandato coletivo, aberto e permanente: o mandato para defender os interesses do homem e da comunidade.

NOTAS

1. O exercício da ação civil pública (CPC, art. 81) é um dever imposto ao Ministério Público nas hipóteses em que entram em consideração bens ou interesses de ordem pública. Podem ser indicadas, exemplificativamente, as situações de nulidade de casamento; dissolução de sociedades civis por atividades ilícitas, imorais ou nocivas ao bem público; nulidade do registro de marca de indústria e comércio; suspensão de direitos políticos; reparação do dano decorrente do ilícito criminal etc., nas quais o Ministério Público tem legitimidade para ingressar com a ação, mediante a satisfação de pressupostos, como ocorre no caso do art. 63 do CPP. A tendência moderna é

a de alargar o rol de tais causas promovidas por iniciativa obrigatória do MP, conforme lembra ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, "Atividade do Ministério Público no processo civil" em *Revista de Informação Legislativa (RIL)* n.º 56 de 1977, p. 77. Conforme a clara lição de NELSON NERY JUNIOR, a ação civil pública "é o poder-dever dado ao Ministério Público, no sentido de fazer atuar a função jurisdicional do Estado". (Em "responsabilidade civil pelo dano ecológico", Conferência pronunciada no 1.º Seminário de Direito Ecológico da Fronteira-Oeste (RS), publicada em *Do Monólogo ao Diálogo*, 1985, p. 57). Anteriormente à Lei n.º 7.347/85 quando se discutia a abrangência do § 1.º do art. 14 da Lei n.º 6.938 de 31-8-1981 — e a possibilidade jurídica de se proverem medidas cautelares prevenindo o dano —, os ilustres membros do MP de São Paulo, ANTONIO AUGUSTO MELLO DE CAMARGO FERRAZ, ÉDIS MILARÉ e NELSON NERY JUNIOR concluíam que "a ação civil pública é o direito conferido ao Ministério Público de fazer atuar a função jurisdicional". "Integram, pois, o conceito de ação civil pública todas as providências judiciais para as quais a lei conferiu legitimidade de agir ao Ministério Público, abrangendo, portanto, a ação e os procedimentos de jurisdição voluntária" (*A Ação Civil Pública e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*, São Paulo, ed. Saraiva, 1984, p. 83, grifos nossos).

2. Os **Interesses difusos**, isto é, complexos e comuns a uma generalidade de pessoas, nem sempre correspondem à classificação de **interesses coletivos**. Conforme ADA PELLEGRINI GRINOVER, referindo-se a VILLONE, o interesse à ordem pública, à defesa comum ou à segurança pública, por exemplo, embora constituam interesses supra-subjetivos, não são considerados difusos assim como ocorre com o interesse na defesa do ambiente, do consumidor, à informação correta, etc. Enquanto que a ordem pública ou a defesa comum constituem interesses de que todos compartilham, podendo suscitar apenas o conflito clássico entre o indivíduo e a autoridade, é diversa a situação relativamente aos interesses difusos, caracterizados não só pelo confronto indivíduo versus autoridade, como também pelo conflito de interesses de feição meta-individual: o interesse à contenção dos custos de produção e dos preços contrapõe-se ao interesse à criação de novos postos de trabalho, à duração dos bens colocados no comércio etc." (*Interesses difusos*", verbete na *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 45, p. 401). Ao interesse da preservação da saúde através de campanha contra o fumo se opõem os interesses da publicidade, do comércio, etc.
3. MARTIN MATEO, *Derecho Ambiental*, Madri, 1977, p. 15 e JEAN CALAIS-AULOY, *Droit de la Consommation*. Paris, 1980, pp. 1 e segs. referindo-se aos interesses do meio ambiente e do consumidor.
4. A expressão **vitimidade** é utilizada pela doutrina contemporânea como o fenômeno oposto à **criminalidade**. Entre outros, COSTA ANDRADE, *A Víctima e o Problema Criminal*, Coimbra, 1980, p. 244.
5. MAURO CAPPELLETTI analisa a questão dos interesses difusos sob uma característica prioritária, de natureza social, ligada aos estilos da sociedade moderna. Daí então falar-se nos fenômenos de "sociedade de massa", de "produção de massa" e o correspondente "consumo, tipicamente de massa. Vivemos, marcadamente, em uma economia cuja preocupação, trabalho, comércio, consumo se caracterizam por esse aspecto massivo" ("Tutela dos interesses difusos", Conferência, trad. de Tupinambá Pinto de Azevedo, em *Revista do Ministério Público — Estado do Rio Grande do Sul*, n.º 18 de 1985, p. 30).
6. As dificuldades na formação da prova, principalmente quando houver instigação ou auxílio oriundos de atividades transnacionais são extremamente

graves. A propósito, HANS-JÜRGEN KERNER, "Experiencias criminológicas con las recientes reformas para la lucha contra la criminalidad económica en la República Federal de Alemania", en *La Reforma Penal: Delitos Sócio-Económicos*, ed. Marino Barbero Santos, Madri, 1985, pp. 156 e segs. e A. FERNANDES ALBOR, *Estudios sobre Criminalidad Económica*, Barcelona, 1978, Bosch, Casa Editorial S/A, pp. 16 e segs.

7. "Proteção constitucional do ambiente — Algumas proposições fundamentais", comunicação sustentada no Seminário sobre Direito Ambiental e Constituinte, promovido pela Secretaria de Justiça de São Paulo, Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo e Associação Parlamentar Nacional de Proteção ao Meio Ambiente, set. de 1985, no prelo.
8. *Diário da Assembléia Constituinte*, n.º 59, Lisboa, 8-10-1975, p. 1793.
9. *Diário da Assembléia Constituinte*, n.º 59, de 8-10-1975, pp. 1791, 1792.
10. O Manifesto foi divulgado em *Pesadelo Atômico*, de JOSÉ LUTZENBERGER, *Ched. Editorial*, s/d, p. 23.
11. *Pesadelo Atômico*, cit., p. 17.
12. *Ob. cit.*, p. 23.
13. O plenário do I Simpósio Nacional de Ecologia (Curitiba, set. 1978) aprovou tese de nossa autoria, propondo a consagração autônoma através da Constituição federal da proteção ambiental e da qualidade de vida, bem como o tratamento penal mais rigoroso das infrações ecológicas. (*A proteção penal do meio ambiente*, Curitiba, 1978, p. 49, republicada na *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 29, pp. 497 e segs.).
14. O anteprojeto da parte especial do Código Penal, mandado publicar pela Portaria n.º 304, de 17 de julho de 1984, destacou um Título para os crimes contra o meio ambiente, dividido em dois capítulos: *Da degradação ambiental e Do favorecimento aos crimes contra o meio ambiente* (arts. 402 a 419) (Em *DOU*, de 19-7-1984, pp. 10.522 e segs.). O anteprojeto foi revisto e se introduziram modificações na estrutura dos tipos e nas respostas penais, agravando-as sensivelmente em relação ao texto anterior. O trabalho revisto continua inédito no Ministério da Justiça.
15. Além das atividades dirigidas pela Sociedade Brasileira do Meio Ambiente, presidida pelo Promotor de Justiça PAULO AFFONSO LEME MACHADO, o MP tem nos últimos tempos se integrado em movimentos importantes para a formação de uma consciência ecológica de infra-estrutura de combate às agressões ao ambiente e ao consumidor. A propósito, VOLTAIRE DE LIMA MORAES, "Ministério Público em defesa do meio ambiente", em *Do Monólogo ao Diálogo*, Uruguaiana, RS, cit., pp. 37 e segs.; ANTONIO AUGUSTO MELLO DE CAMARGO FERRAZ, ÉDIS MILARÉ e NELSON NERY JUNIOR, *A Ação Civil Pública e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*, São Paulo; cit.; ÉDIS MILARÉ, HUGO NIGRO MAZZILLI e ANTONIO AUGUSTO DE CAMARGO FERRAZ, *O Ministério Público e a Questão Ambiental na Constituição*, São Paulo, 1985. Entre outros procedimentos judiciais que antecederam a Lei n.º 7.347/85, pode-se indicar a medida cautelar de produção antecipada de prova requerida pelo MP de São Paulo junto à Comarca de Santos por ÉDIS MILARÉ, MARCOS RIBEIRO DE FREITAS e PAULO AFFONSO LEME MACHADO (nov. 1983), em *A Ação Civil Pública e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*, cit., pp. 89, 91; a medida de igual natureza aforada na Comarca de Novo Horizonte, também pelo Procurador de Justiça e Coordenador das Curadorias de Proteção ao Meio Ambiente de Capital e do Interior, ÉDIS MILARÉ e os promotores PAULO AFFONSO LEME MACHADO e JOSÉ NELSON RINALDI (dez. 1983); a ação de res-

ponsabilidade civil ajuizada em Novo Horizonte (dez. 1984) e o feito de grande repercussão nacional: a ação de responsabilidade civil por dano causado ao meio ambiente, promovida contra o Prefeito Municipal de Embu e seu pai, pelo abate de 5.000 aves — incluindo rolinhas, sabiás e tico-ticos — para um "churrasco de confraternização" numa chácara situada à Estrada de Itapeirica, fato ocorrido em julho de 1984. Ver, também, ANTONIO MAGALHAES GOMES FILHO, *Acusação popular*. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da USP (1981).

16. Entre várias publicações se destaca o seu livro *Direito Ambiental Brasileiro*, São Paulo, ed. RT, 1982. Dentro de uma perspectiva geral do assunto, FABIO NUSDEO, *Desenvolvimento e Ecologia*, São Paulo, ed. Saraiva, 1985; PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR e GIORGIO GREGORI, *Direito Penal Ecológico*, São Paulo, ed. CETESB, 1981; e HELITA BARRERA CUSTÓDIO, *Responsabilidade civil por danos ao ambiente*, São Paulo, 1983, Tese de concurso à Livre-Docência da USP (ed. da autora).
17. A luta contra a "delinqüência astuciosa" tem motivado reuniões internacionais como a dos ministros de Justiça europeus durante o VIII Congresso (Estocolmo, 1973), as Jornadas regionais de Criminologia (Lille, 1973), e as IV Jornadas de penalistas espanhóis (1976). Os direitos do consumidor alcançaram amplo reconhecimento através de uma Carta específica. A Assembléa Consultiva do Conselho da Europa aprovou, através da Resolução n.º 543, de 1973, o texto definitivo numa Carta europeia de proteção do consumidor. E a Constituição espanhola (1978) consagra o amparo ao consumidor em texto autônomo. O art. 51 declara que os poderes públicos garantirão a defesa do consumidor e do usuário, protegendo, através de medidas eficazes, a segurança, a saúde e os seus legítimos interesses econômicos. Sobre a Carta europeia do consumidor, ver GUIDO ALPA, *Tutela del Consumatore e Controlli sull'Impresa*, Bolonha, 1977, pp. 53 e segs. Uma disciplina específica — *Droit de la Consommation*, JEAN CALAIS — AULOY, Paris, 1980, ed. Dalloz — tem despertado o interesse geral, como se poderá ver em *Criminalità Economica e Publica Opinione*, uma investigação do Centro Nacional de Prevenção e Defesa Social, aos cuidados de GIUSEPPE DI GENNARO e CESARE PEDRAZZI, Milão, 1982, ed. Franco Angeli, e também pela "sedução" em torno da tese da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Sobre este tema, EDMUNDO HENDLER, *La Responsabilidad Penal de los Directivos de Entidades Financieras*, Buenos Aires, 1982, ed. Depalma; GERARDO LANDROVE DIAZ, *Los Fraudes Colectivos*, Barcelona, 1978, ed. Bosch, Casa Editorial S/A; MALAMUD GOTI, *Persona Jurídica y Penalidad*, Buenos Aires, 1981, ed. Depalma; M. DELMAS — MARTY, *Droit Penal des Affaires*, Paris, 1973, ed. Presses Universitaires de France, pp. 438 e segs.; EDUARDO CORREIA, "Introdução ao Direito Penal Econômico" em *Revista de Direito e Economia*, n.º 1 de 1977, Lisboa; MANUEL ANTONIO LOPES ROCHA, "A responsabilidade penal das pessoas colectivas — Novas perspectivas", em *Direito Penal Econômico*, Coimbra, 1985, ed. do Centro de Estudos Judiciais, pp. 107 e segs.; CESARE PEDRAZZI e PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR, *Direito Penal das Sociedades Anônimas*, São Paulo, 1973, ed. RT e GERSON PEREIRA DOS SANTOS *Direito Penal Econômico*, São Paulo, 1981, ed. Saraiva, pp. 132 e segs.
18. EDUARDO NOVOA MONREAL, "Reflexiones para la determinación y delimitación del delito económico", em *Revista del Derecho Industrial*, n.º 14, de 1983, Buenos Aires, ed. Depalma, pp. 337 e segs. Também e especificamente sobre o bem jurídico no âmbito do Direito Penal Econômico, ver MANUEL DA COSTA ANDRADE, "A nova lei dos crimes contra a Economia (Dec.-Lei n.º 26/84, de 20 de janeiro) à luz do conceito de bem jurídico", Conferência estampada na coletânea *Direito Penal Econômico*, Coimbra, 1985, pp. 71 e segs.

19. Em AURELIA ASUNCIÓN RICHART RODRIGUEZ, **XIII Congresso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal (Recomendaciones)**, Madri, 1985, ed. Ministério da Justiça, p. 9. O Grupo Brasileiro da AIDP promoveu no Rio de Janeiro (20/23-10-1982) um Colóquio nacional, preparatório ao Congresso do Cairo e contou com a presença dos professores estrangeiros EDUARDO NOVOA MONREAL e EUGENIO RAUL ZAFFARONI. Os trabalhos daquele evento foram publicados na *Revista de Direito Penal e Criminologia*, n.º 33, de 1982. Quanto à concepção e princípios do Direito Penal Econômico, inclusive a proteção dos consumidores, no Brasil, foi relator dos trabalhos o Professor NILO BATISTA. A sua excelente contribuição foi publicada na aludida *Revista* e apresentada ao Colóquio preparatório de Friburgo da Briseóvia, Alemanha Ocidental (*Revue Internationale de Droit Pénal*, Toulouse, 1983, pp. 157 e segs.).
20. **Direito Penal Econômico e Defesa do Consumidor**, Lisboa, 1982, ed. *Rei dos Livros*. A obra contém doutrina e legislação, esta a partir do Dec.-Lei n.º 41.234, de 24 de julho de 1957, definindo os crimes antieconômicos até a Lei n.º 29, de 22 de agosto de 1981, Lei da Defesa do Consumidor. Também em Portugal, EDUARDO CORREJA, "Introdução ao Direito Penal Econômico", cit. e "Notas críticas à penalização de actividades económicas", trabalho publicado na coletânea **Direito Penal Econômico**, Coimbra 1985, ed. Centros de Estudos Judiciários, pp. 11 e segs.; JORGE FIGUEIREDO DIAS "Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em Direito Penal Econômico"; JOSÉ FARIA COSTA, "O Direito Penal Econômico e as causas implícitas de exclusão de ilicitude"; MANUEL DA COSTA ANDRADE, "A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei n.º 26/84, de 20 de janeiro) à luz do conceito de bem jurídico"; MANUEL ANTÓNIO LOPES ROCHA, "A responsabilidade penal das pessoas colectivas — Novas perspectivas"; ALFREDO JOSÉ DE SOUZA, "Direito Penal Fiscal — Uma perspectiva". Estas últimas cinco conferências foram estampadas na mesma coletânea. Relativamente a Espanha e a República Federal da Alemanha, devem ser mencionados os trabalhos apresentados por ocasião do II Colóquio Hispano-Alemão sobre a reforma penal (1984) em MARINO BARBERO SANTOS, **La Reforma Penal: Delitos Socio-Económicos**, Madri, 1985, ed. Universidad de Madri; BARBERO SANTOS, "Los delitos contra el orden socio-económico: presupuestos" e KLAUS TIEDEMANN, "Delitos contra el orden económico". Estes dois trabalhos estão publicados no volume **La Reforma Penal — Cuatro Cuestiones Fundamentales**, Madri, 1982, pp. 143 e segs. e 161 e segs.
21. A Fundação Brasileira para a Conservação da Natureza (FBCN) editou através da CESP (Companhia Energética de São Paulo) a compilação de textos **Legislação de Conservação da Natureza**, (São Paulo, 1983) reunindo a legislação editada desde 1934 (Dec. n.º 24.643, de 10-7-1934, que sancionou o Código de Águas) até o Dec. n.º 88.351, de 1.º-6-1983, que regulamentou as Leis n.os 6.933, de 31-8-1981 e 6.902, de 24-4-1981. O volume contém, ainda, portarias do IBDF e da SUDEPE. Entre os demais trabalhos de compilação, ver a **Coletânea de Legislação Ambiental**, Curitiba, 1984, ed. Superintendência dos Recursos Hídricos e Meio Ambiente (SUREHMA).
22. A Constituição de Portugal (1976, com a revisão de 1982), regula a inconstitucionalidade por omissão através do art. 283.º, nos seguintes termos "1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das assembleias regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.
2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo compe-

- tente". Ver, sobre o tema específico, JORGE MIRANDA, "Inconstitucionalidade por omissão", em *Estudos sobre a Constituição*, Lisboa 1977, ed. Livraria Petrony, pp. 333 e segs.
23. RENÉ ARIEL DOTTI, "O Direito Penal Econômico e a proteção do consumidor", em *Revista de Direito Penal e Criminologia*, n.º 33, de 1982, pp. 130 e segs.
 24. No Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito, instaurada no âmbito da Câmara dos Deputados e destinada a apurar o não cumprimento das exigências técnicas ao consumo e os métodos adotados para a sua divulgação, a chamada CPI do Consumidor (1976/1977), o Deputado GERSON CAMATA, na qualidade de Relator, declarou a existência de trezentos e cinquenta (350!) projetos no setor, tramitando pelo Congresso Nacional (Em *Diário do Congresso Nacional*, supl. ao n.º 33, de 12-5-1977, p. 27). Uma tentativa de consolidação dos textos de defesa do consumidor se contém na seleção procedida por LUIZ AMARAL e WALTER COSTA PORTO, em *O Cidadão e o Consumidor*, Brasília, 1984, ed. Departamento de Imprensa Nacional.
 25. NILO BATISTA, *Minorias e democratização*, Tese n.º 7, apresentada na Conferência Nacional da OAB, Recife, 1984; *O Índio e o Direito*, publ. da OAB — Rio de Janeiro e relativa ao Encontro de índios, advogados, antropólogos e indianistas em torno da discussão jurídica que regula as relações entre as minorias indígenas e o Estado nacional; JORGE MEDEIROS DA SILVA, *A Proteção Penal do Silvícola*, s/d e ref. de ed.; *O Índio e a Cidadania*, ed. Brasiliense, 1983.
 26. O descompasso entre a proteção dos interesses indígenas e a atuação da FUNAI é acentuadamente crítico. A imprensa e outros veículos de comunicação têm noticiado com lamentável rotina o estado de beligerância entre silvícolas e agentes da administração com as lesões à cultura humana e mística de populações indefesas e marginalizadas da terra e dos seus costumes naturais. Ver, a propósito, a Lei n.º 6.001, de 19-12-1973, na parte que define os delitos contra os índios e a cultura indígena (art. 58) e cuja inaplicabilidade é uma constante.
 27. A literatura já apresenta um razoável número de trabalhos específicos cuidando da natureza e dos fins da instituição, bem como das funções desempenhadas pelos seus membros. Sem a preocupação de uma relação esgotante, pode-se mencionar: a) *Monografias*: ARY FLORENCIO GUIMARAES, *O Ministério Público e o Mandado de Segurança*, Curitiba, 1959; JOSÉ FERNANDO DA SILVA LOPES, *O Ministério Público e o Processo Civil*, ed. Saraiva, 1976; OCTACILIO PAULA SILVA, *O Ministério Público*, São Paulo, 1981; e HUGO NIGRO MAZZILLI, *O Promotor de Justiça e o Atendimento ao Público*, São Paulo, 1985, ed. Saraiva; b) *Artigos*: ELVIA LORDELLO CASTELLO BRANCO, "Aspectos do Ministério Público de Portugal e do Brasil", em *Revista de Informação Legislativa (RIL)*, Brasília, n.º 39 de 1973, pp. 51 e segs.; JOSÉ DILERMANDO MEIRELES, "Ministério Público — sua gênese e sua história", em *RIL* n.º 84 de 1984, p. 197 e segs.; INOCENCIO MARTIRES COELHO, "O Ministério Público na organização constitucional brasileira", em *RIL* n.º 84 de 1984 p. 167 e segs.; MÁRCIO ANTONIO INACARATO, "O Ministério Público na ordem jurídico-constitucional", em *RIL* n.º 29 de 1971, pp. 35 e segs. e "Atribuições do Ministério Público no Código de Processo Penal", em *RIL* n.º 33, de 1972, pp. 89 e segs.; ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, "Atividade do Ministério Público no processo civil", em *RIL* n.º 56, de 1977, pp. 71 e segs.; GUILHERME ESTELITA, "O Ministério Público e o processo civil", em *RF*, v. 168, de 1956, pp. 7 e segs.; LÁZARO GUIMARAES, "A intervenção do Ministério Público no Processo Civil", em *RIL*, n.º 63, de 1979, pp. 255 e segs.; PAULO SALVADOR FRONTINI, "Ministério Público, Estado e Constituição", em *Justitia*, n.º 90, de 1975, pp. 247

- e segs.; JOÃO CARLOS KURTZ, "A Instituição do Ministério Público perante a ação penal pública", em *RIL*, n.º 80, de 1983, pp. 209 e segs. e ARX TOUTRINHO, "Garantias do Ministério Público Federal", em *RIL*, n.º 68, de 1980, pp. 157 e segs. É fundamental para qualquer investigação sobre o tema da história, da natureza e dos objetivos do MP, a leitura da generosa e fecunda contribuição de JOSÉ AUGUSTO CESAR SALGADO, fundador da Associação Paulista do Ministério Público e da Revista *Justitia*.
28. Sobre esta parte, JOSÉ DILERMANDO MEIRELES, ob. cit. pp. 205 e segs.
 29. **Apud** JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Criminologia*, Coimbra, 1984, p. 471.
 30. Ob. cit., p. 482.
 31. Idem, *ibidem*.
 32. *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, 1985, ed. RT (11.ª), p. 51.
 33. Entre outros importantes trabalhos, EDYLCÉA TAVARES NOGUEIRA DE PAULA, "O Ministério Público e seu posicionamento no Estado de Direito", em *RIL*, n.º 72, de 1981, pp. 81 e segs. Em Portugal, a Constituição declara que ao Ministério Público compete representar o Estado, exercer a ação penal, defender a legalidade democrática e os interesses que a lei determinar (art. 224, 1).
 34. ANTONIO AUGUSTO MELLO DE CAMARGO FERRAZ e outros, *A ação Civil Pública e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*, cit., pp. 32 e segs.; 12 e segs. Ver também, PEDRO ROBERTO DECOMAIN, "O Ministério Público e a proteção ao meio ambiente", em *RIL*, n.º 83, de 1984, pp. 387 e segs.
 35. Trata-se, como é óbvio, de uma regra geral que sofre exceção nas causas em que a União, entidade autárquica ou empresas públicas forem interessadas na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes. Em tais hipóteses, a regulação da matéria é constitucional (CF, art. 125 e §§) no que tange à competência jurisdicional e ao foro.
 36. Súmula do TFR, n.º 22; STF, em *RT*, 575/478; TFR, em *RT* 552/440; TACRIM-SP, em *RT*, 563/338; TACRIM-PR, em *RT*, 556/384.
 37. Ver, a propósito, as Recomendações ao plano internacional para a proteção do meio ambiente, aprovadas no XII Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em Hamburgo (1979) e divulgadas na Revista *Doctrina Penal*, n.º 5 a 8, de 1979, ed. Depalma, pp. 1071 e segs.
 38. Ob. cit., p. 481.
 39. **Apud**, FIGUEIREDO DIAS e outro, ob. e loc. cit.
 40. **O Promotor de Justiça e o Atendimento ao Público**, cit., p. 2.
 41. A redação do art. 10 e a cominação da multa em ORTNs constituem, em nosso entender, deficiências técnicas do diploma conforme as observações feitas no item 16 do presente trabalho.
 42. **Ministério Público**, cit., p. 17.
 43. RENÉ ARIEL DOTTI, "A crise da execução penal e o papel do Ministério Público", em *Justitia*, São Paulo, n.º 129, de 1985, pp. 34 e segs.
 44. Os autos do inquérito civil ou as peças informativas somente serão definitivamente arquivadas quando assim o determinar o Conselho Superior do Ministério Público, homologando a promoção fundamentada de agente do próprio *parquet*, (§§ 1.º e 2.º do art. 9.º da Lei n.º 7.347/85). O anteprojeto FREDERICO MARQUES também cercava o arquivamento do inquérito policial de cautelas especiais e o controle do Conselho Superior do Ministério Público (arts. 267 e §§ 1.º e 2.º). No mesmo sentido, o Projeto de Lei n.º 1.268/79, art. 258 e §§ 1.º e 2.º e o Projeto de Lei n.º 1.655-A, de 1983, art. 225 e §§ 1.º a 3.º (DCN, de 19-10-1984, supl. ao n.º 129).

45. As vésperas da sanção presidencial ao projeto n.º 4.984/85, que deu origem a Lei n.º 7.347/85, abriu-se em São Paulo a polémica abordando as consequências jurídico-processuais do arquivamento do inquérito civil. A interpretação mais adequada do texto não admite a suposição de que o arquivamento obsta o exercício da ação civil por qualquer das entidades públicas ou privadas referidas no art. 5.º de lei de regência. Com razão, portanto, GILBERTO DE MELLO KUJAWSKI, "O poder econômico e a lei ambiental", em *Jornal da Tarde*, São Paulo, 22-7-1985, p. 17. Incorreta, segundo nos parece foi a opinião de ADA PELLEGRINI GRINOVER ao pressupor que o arquivamento (do inquérito civil) "deixado ao livre alvitre do parquet, poderá impossibilitar às associações o acesso autônomo à Justiça" ("Interesses difusos e ações coletivas", em *Jornal da Tarde*, cit.). A Lei n.º 7.347/85 defere ao Ministério Público a legitimação concorrente — ao lado da União, e outros entes públicos e de associação — e não a legitimação exclusiva (Ver, CAMARGO FERAZ, EDIS MILARÉ e NERY JUNIOR, *A Ação Civil Pública*, cit., pp. 34 e segs.).
46. Independentemente, porém, da natureza jurídica do regime político, a proteção constitucional do ambiente tem sido afirmada em países do Ocidente e do Leste europeu. Assim, as cartas da Iugoslávia (1974, arts. 192; 193; 87; 281; I; 117, II e 114, II); da Polónia (Emenda de 1976, arts. 12, II e 71) e da URSS (1977, art. 18).
47. Cf. PAULO AFFONSO LEME MACHADO, "Les innovations juridiques de la loi brésilienne de politique nationale de l'environnement", em *Revista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.º 2, de 1983, p. 683.
48. "Poluição e responsabilidade no direito brasileiro", *RT* 534/20.
49. Nos trabalhos de revisão do anteprojeto foi suprimido o tipo descrito no art. 418, por constituir hipótese de comportamento já abrangida pela regra do concurso de pessoas. O texto revisto do anteprojeto da Parte Especial do Código Penal foi entregue pelo Coordenador da Comissão LUIZ VICENTE CERNICCHIARO ao Ministro da Justiça IBRAHIM ABI-ACKEL em 18-10-1984. O trabalho, até a data desta Conferência, ainda permanecia inédito.
50. A emenda proposta não foi acolhida pela Comissão de Revisão do anteprojeto, contra o nosso voto. Não obstante o argumento utilizado naquela ocasião de que o não atendimento à requisição do MP se consumiria entre as hipóteses gerais de desobediência, manifestamos o nosso entendimento de que além do sentido didático da norma assim proposta, seria ela um fator de fortalecimento da ação do MP.
51. *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, 1959, ed. Forense, v. IX, p. 377.
52. Para eliminar o inconveniente que poderia resultar do descumprimento implícito da requisitória do Ministério Público, não se incriminando a "prevaricação" do particular, a requisição poderá assinar um prazo ao destinatário. A data estabelecida é o termo para se reconhecer caracterizada a desobediência punível.
53. Se a desobediência for à ordem ou requisição judicial ou de outra autoridade, a hipótese deve ser resolvida através da norma do art. 330 do Código Penal.
54. "La criminalidad económica y la forma de combatirla", em *La Reforma Penal — Delitos Socio-Económicos*", Madri, 1985, ed. de Barbero Santos, p. 192.
55. *Eles, os Juizes, Vistos por Nós, os Advogados*, tradução que Ary dos Santos fez do *Elogio dei Giudici Scritto da un Avvocato*, Porto, 1976, p. 59.

Ordem pública mundial: ordem pública verdadeiramente internacional no direito internacional privado

JACOB DOLINGER

Professor de Direito Internacional Privado
na Universidade do Estado do Rio de Janeiro

I — ORDEM PÚBLICA NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Um dos mais antigos e conhecidos princípios de direito internacional privado é o da ordem pública que rejeita a aplicação de normas alienígenas quando ofensivas aos princípios básicos da ordem jurídica do foro, apesar da indicação de sua competência pelas regras de conexão do direito internacional privado. O princípio geral de ordem pública aparece no direito romano vedando aos contratantes derogar normas de direito público. PIERRO ESPERSON cita as seguintes fórmulas romanas:

“Nullum pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos columnus videre subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente; Pacta quae contra leges constitutionesque vel contra bonos mores fiunt nullam vim habere indubitati juris est,” ou, a regra mais conhecida de “Privatorum conventio juri publico non derogat” (1).

Os criadores do moderno direito internacional privado no século XVI, os italianos BARTOLO e BALDO, distinguiam entre estatutos favoráveis e estatutos odiosos. Só a primeira categoria de leis estrangeiras poderia ser aplicada no foro. Surgiram, naturalmente, intensos debates sobre o conceito de estatuto odioso. LAURENT se refere à norma que excluía mulheres casadas do direito à sucessão, a qual, segundo BARTOLO era uma norma odiosa, mas que BALDO

Este artigo foi publicado no *Texas International Law Journal*, vol. 17, nº 2 (1982), pp. 167 a 193. A tradução para o vernáculo foi efetuada por Carmem Beatriz Tibúrcio de Lemos Rodrigues e Luiz Roberto Barroso, professores de Direito Internacional Privado na UERJ.

(1) ESPERSON, “Le droit international privé dans la législation italienne”, (1890) *J. de Droit Int'l* 255.

encarava como sendo favorável, eis que visava a perpetuidade da aristocracia (2).

O direito do primogênito herdar em dobro era considerado por alguns como odioso. Realmente, para os demais herdeiros, constituía-se em norma odiosa, mas para a instituição da família era encarado como uma medida protetora.

A moderna teoria da ordem pública no direito internacional privado se inicia com SAVIGNY na Alemanha e STORY nos Estados Unidos. SAVIGNY, no seu *System des Heutigen Romischen Rechts* (3), após apresentar sua famosa e imortal teoria da comunidade jurídica dos povos, ressaltou as leis de algumas nações relativas às instituições da escravidão, poligamia, morte civil e à proibição de os judeus adquirirem propriedades imobiliárias, normas inaceitáveis para outros ordenamentos jurídicos (4). HAROLDO VALLADÃO demonstrou que STORY precedeu a SAVIGNY na exposição da moderna teoria da ordem pública (5). Em verdade nenhum dos dois precursores fez expressa referência ao termo ordem pública, mas a noção por eles desenvolvida sobre a rejeição de normas estrangeiras, normalmente aplicáveis, quando as mesmas encerram valores inaceitáveis aos padrões morais e legais do fórum, é nitidamente o que se passou a denominar de ordem pública internacional, ou melhor, ordem pública no direito internacional privado.

O princípio foi, desde há muito, incorporado nas legislações de sistema codificado (6) bem como em inúmeros tratados e convenções bi e multilaterais, tendo sido expressamente adotado na maioria das convenções de direito internacional privado, inclusive nas Convenções da Haia (7), nos Tratados sul-americanos de Lima

(2) LAURENT, "Le Droit Civil International" 304 (1881).

(3) SAVIGNY, *Traité de Droit Romain*, traduzido por Guenoux, 2ª ed., (1860).

(4) *Idem*, pp. 34 e 55.

(5) H. VALLADÃO, *Direito Internacional Privado* I, 489 (1980).

(6) Lei tchecoslovaca de 1963, art. 36; Código Civil francês, art. 3º, par. 1; introdução ao Código Civil alemão, art. 30; introdução ao Código de Família da República Democrática Alemã, art. 24; Código Civil da Grécia de 1946, art. 33, seu Código de 1856, art. 8º; Código Civil italiano de 1865, art. 12 e Código de 1942, Regras Gerais, art. 31; Lei de D.I.P. da Polónia de 1965, art. 6º e Lei de 1926, art. 38; Código Civil de Portugal de 1966, art. 22 e Código Civil de 1867, art. 10; Código Civil soviético de 1964, art. 563; Código Civil espanhol, art. 11, par. 3; Código Civil japonês, art. 30; lei da Coréia do Sul sobre D.I.P. de 1952, art. 5º; Código Civil argentino, art. 14; Código Civil do Uruguai, art. 2.404 e Lei de Introdução ao Código Civil do Brasil, art. 17.

(7) Convenção sobre lei aplicável na venda de caráter internacional de bens móveis corpóreos de 1955, art. 6º; Lei Uniforme sobre venda de bens móveis corpóreos, de 1964, art. 5º, al. 2; Convenção para regular os conflitos entre a lei nacional e a lei do domicílio, de 1955, art. 6º; Convenção sobre reconhecimento de personalidade jurídica das sociedades, associações e funda-

(Continua)

(1878) ⁽⁸⁾ e Montevidéu (1889 e 1940) ⁽⁹⁾ e no Código de Bustamante (1928) ⁽¹⁰⁾, que contém dezenas de referências ao termo "ordem pública", bem como nas convenções mais recentes, assinadas no Panamá (1975) ⁽¹¹⁾ e em Montevidéu (1979) ⁽¹²⁾.

ARTHUR NUSSBAUM escreveu ⁽¹³⁾ que o princípio da ordem pública desenvolveu-se na jurisprudência anglo-saxônica antes de surgir no direito continental.

Segundo NUSSBAUM, a utilização do conceito de ordem pública pelos anglo-saxônicos ocorreu no século XV para o direito interno e no século XVIII para o DIP ⁽¹⁴⁾, enquanto que a doutrina continental de ordem pública somente adquiriu notoriedade em meados do século XIX.

No "Restatement of the Law of Conflict of Laws, second", de 1971 que consolida as normas praticadas no direito internacional privado norte-americano, dispõe a seção 90:

"Nenhuma ação será intentada com base em direito estrangeiro cuja execução seja contrária à ordem pública do foro."

A mesma regra existia na seção 612 do primeiro *Restatement*, de 1934. Originariamente, os tribunais americanos aplicavam-na

(Continuação da nota 7)

ções estrangeiras, de 1956, art. 8º; Convenção sobre lei aplicável às obrigações alimentares do menor, de 1956, art. 4º; Convenção sobre reconhecimento e execução de sentenças em matéria de obrigações alimentares para os menores, de 1958, art. 2º; Convenção sobre a competência das autoridades e sobre lei aplicável em matéria de proteção dos menores, de 1961, art. 16; Convenção sobre conflitos de leis em matéria de forma de testamentos, de 1961, art. 7º; Convenção sobre competência de autoridades, lei aplicável e o reconhecimento de decisões em matéria de adoção de 1965, art. 15; Convenção sobre o reconhecimento de divórcio e separação de corpos, de 1970, art. 10; Convenção sobre lei aplicável em matéria de acidentes de circulação rodoviária, de 1971, art. 10; Convenção sobre administração internacional das sucessões, de 1973, art. 17; Convenção sobre lei aplicável na responsabilidade pela fabricação de produtos, de 1973, art. 10; Convenção sobre reconhecimento e execução de decisões sobre obrigações alimentícias, de 1973, art. 5º; Convenção sobre lei aplicável às obrigações alimentícias, de 1973, art. 11.

(8) Tratado de Lima de 1878, art. 54.

(9) Especialmente no Protocolo Adicional sobre Aplicação das Leis Estrangeiras de 1889, ligeiramente alterado em 1940; Tratado sobre Propriedade Intelectual, de Montevidéu, 1939, art. 14.

(10) Código de Direito Internacional Privado, aprovado em Havana, 1928, ratificado pelo Brasil, Decreto nº 18.871, de 13-8-1929.

(11) Publicadas no *International Legal Materials* 1975, p. 325.

(12) Publicadas no *International Legal Materials* 1979, p. 1.211.

(13) NUSSBAUM, "Public Policy and the Political Crisis in the Conflict of Laws", *Yale Law Journal*, nº 49, pp. 1.027, 1.028-29 (1940).

(14) NUSSBAUM se refere a uma série de sentenças inglesas a partir de 1735.

para recusar o processamento de ações baseadas em causas fortemente contrárias à ordem pública local. Mais tarde o princípio também passou a ser utilizado para aplicar a *lex fori* ao invés da lei estrangeira normalmente aplicável por conter preceitos fortemente contrários à ordem pública do fórum. O conhecido pronunciamento do Juiz BENJAMIN CARDOZO da Suprema Corte dos Estados Unidos de que “o princípio de ordem pública rejeita a lei estrangeira quando esta choca algum princípio fundamental de justiça, alguma concepção prevalecente de moral ou alguma tradição sedimentada no bem-estar coletivo” (15), aproxima-se nitidamente da concepção doutrinária existente nos países de direito codificado sobre a ordem pública no direito internacional privado.

O princípio da ordem pública em direito internacional privado desempenha um papel negativo; os tribunais a ele recorrem ou para recusar o conhecimento de uma ação (experiência norte-americana) ou rejeitar a aplicabilidade da lei estrangeira indicada pela norma de direito internacional privado (experiência européia e latino-americana). Seu efeito é impeditivo, ao repelir a norma de direito material indicado pela regra de conexão do DIP. A característica essencial do princípio de ordem pública no DIP é a sua natureza nacional, em defesa de interesses internos contra leis estrangeiras inassimiláveis, o que tem ocasionado um certo exa-gero na sua utilização.

A ordem pública também se caracteriza por sua diversidade no espaço e mutatividade no tempo. Apesar de tratada na literatura do direito internacional privado como “ordem pública internacional”, na realidade ela é essencialmente interna, de caráter nacional e a ela se recorre para defender as normas de ordem pública do foro contra regras jurídicas estrangeiras que colidam com as idéias básicas de justiça e *bono mori* do fórum. Dizia J. P. NIROYET: “Nada é mais essencialmente nacional do que a ordem pública” (16).

II — ORDEM PÚBLICA MUNDIAL

O presente trabalho versa um aspecto mais amplo da ordem pública, ligado não somente ao direito internacional privado como também ao direito internacional público e ao vasto campo abrangido pela ciência das relações internacionais. Delimitar o exato aparecimento deste fenômeno no tempo e no espaço é difícil. Alguns autores têm versado o assunto de forma superficial, limitando-se

(15) “Loucks v. Standard Oil Co. of New York”, 224 N.Y. 99, 111, 120 N.E. 198, 202 (1918).

(16) NIROYET, “Le Rôle de la Justice Internationale en Droit International Privé”, *Recueil des Cours*, nº 40, pp. 157, 177 (1932).

cada um a abordá-lo com referência a determinadas áreas de seu interesse específico. Examinaremos inicialmente o que tem sido escrito a respeito por alguns internacionalistas europeus, em seguida tocaremos ligeiramente no seu significado em direito internacional público, no campo dos direitos humanos e em direito internacional penal, para afinal desenvolver o tema no campo do direito internacional privado, especificamente na área jurisdicional, no direito econômico internacional e na escolha da lei aplicável.

Pelo que nos foi dado constatar, o primeiro autor que se referiu ao que se denomina de "ordem pública mundial" ou "ordem pública internacional" foi J. P. NIBOYET. Tratando da atividade ilícita do contrabando, este autor francês referiu-se a uma "ordem pública verdadeiramente internacional, comum às nações civilizadas, que todas têm a obrigação de respeitar para não serem excluídas da comunidade jurídica que é a base do direito internacional privado" (17).

NIBOYET voltou ao assunto em curso proferido na Academia da Haia, referindo-se ligeiramente à "ordem pública internacional no sentido exato da palavra, isto é, dos países civilizados" (18).

JACQUES MAURY, após afirmar que um Tribunal Internacional não pode levar em consideração a ordem pública de uma determinada jurisdição, diz que há uma ordem pública internacional, no verdadeiro sentido da palavra, afirmando:

"Jurisdições internacionais podem considerar a ordem pública internacional no verdadeiro significado da expressão, que chamamos ordem pública internacional da sociedade internacional, e que é composta das regras do *ius cogens* e dos princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas" (19).

BERTHOLD GOLDMAN entende ordem pública internacional diferentemente. Num trabalho publicado no *Festschrift* em homenagem a RENÉ CASSIN, adverte que este princípio não significa uma justaposição de ordens públicas nacionais, semelhantes, mas uma ordem pública da comunidade internacional (20). Esta observação de GOLDMAN é muito importante eis que a ordem pública

(17) Apud F. RIGAUX, "Droit Public et Droit Privé dans les Relations Internationales" 199 (1977).

(18) NIBOYET, supra nota 16, à p. 178.

(19) J. MAURY, *L'Eviction de la Loi Normalement Compétente: L'Ordre Public International et la Fraude à la Loi*, p. 140 (1952).

(20) GOLDMAN, "La protection internationale des droits de l'homme et l'ordre public international dans le fonctionnement de la règle de conflit des lois", in *Int'l Inst. Hum. Rts.*, René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber, tomo I, p. 464.

internacional descrita por NLBOYT e MAURY pode facilmente ser interpretada como uma justaposição de normas de ordem pública paralelas das nações civilizadas, corporificando mais uma "ordem pública comum" do que uma "ordem pública internacional".

Esta idéia de justaposição também é referida por PHILIPPE FOUCHARD que conceitua a ordem pública verdadeiramente internacional como sendo a base legal comum às nações civilizadas: um conjunto de concepções comuns às diferentes comunidades jurídicas ⁽²¹⁾; já a *Cour de Cassation* francesa fala no conjunto de princípios de justiça universal considerados pelos franceses como tendo um valor internacional absoluto ⁽²²⁾.

A verdade é que em seu curso na Academia da Haia sobre Arbitragem Privada Internacional, GOLDMAN também afirmou que a "ordem pública da comunidade internacional corresponde a um consenso da maioria dos países acerca destes princípios gerais (de direito)" ⁽²³⁾. Acrescenta, porém, agudamente — e é aí que repousa o ponto nodal — que: "esta coincidência não nos libera de conferir se a ordem pública internacional, ultrapassando o domínio dos Estados, tem um conteúdo concreto e uma função específica na arbitragem internacional de questões de direito privado" ⁽²⁴⁾.

A diferença a ser estabelecida entre um consenso de vários países sobre a ordem pública e uma ordem pública verdadeiramente internacional pode ser ilustrada pela diferença entre homicídio e genocídio. Quanto ao primeiro, sua tipificação legal como conduta anti-jurídica e punível é adotada por todas as nações civilizadas no mundo, havendo, pois, perfeito consenso. Trata-se de regra pertencente à ordem pública ou *ordre public* de cada país. Entretanto, este consenso não é suficiente para transformar a proibição do homicídio em regra de ordem pública mundial, porque cada homicídio em particular não afeta a paz do mundo. Já o genocídio, mesmo nas suas formas menos violentas — genocídio cultural —, ameaça a paz e o equilíbrio mundial do poder, e por isso se constitui numa matéria de ordem pública mundial.

A ordem pública mundial pode ser caracterizada como o interesse comum da Humanidade. Veremos adiante a enorme necessidade do respeito recíproco acerca de regulamentos monetários estrangeiros, visando à estabilidade econômica de todo e qualquer Estado-Membro da comunidade econômica mundial — como garan-

(21) P. FOUCHARD, *L'Arbitrage Commercial International* pp. 398-400 (1965).

(22) Julgamento de 25 de maio de 1948; "princípios de justiça universal considerados na opinião francesa como dotados de valor internacional absoluto..."

(23) GOLDMAN, "Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé", *Recueil des Cours* n° 109, pp. 347, 437 (1963).

(24) *Ibidem*.

tia da estabilidade econômica internacional. Esta matéria, indubitavelmente, é de ordem pública mundial.

Por outro lado, no direito de família, há um consenso da maioria das nações contra a poligamia, proibição esta caracterizada como de ordem pública interna com efeitos internacionais, eis que os países ocidentais não permitirão a aplicação em seu território de leis estrangeiras que admitam a poligamia (25). Mas, apesar deste consenso, não se poderá considerar tal matéria como sendo verdadeiramente de ordem pública mundial.

HENRI MOTULSKY e RUDOLF BRUNS escreveram sobre "o terceiro grau de ordem pública" (26), referindo-se à ordem pública interna com efeitos internacionais. Esta, conforme nosso entendimento, é tão-somente a ordem pública no direito internacional privado, o segundo grau de ordem pública.

Poder-se-ia admitir a classificação de um terceiro grau de ordem pública, com a finalidade de distingui-la daquelas que são geralmente conhecidas. Assim, identificar-se-ia por *primeiro grau* de ordem pública aquele de âmbito interno, que estabelece, v.g. a invalidade de cláusulas contratuais que firam princípios basilares do ordenamento jurídico; o *segundo grau* designaria a ordem pública de direito internacional privado, que é aquela que impede a aceitação de leis, atos e decisões estrangeiros contrários à ordem pública interna e, conseqüentemente, produz efeitos no plano internacional.

O *terceiro grau* de ordem pública é o que estabelece os princípios universais, nos vários setores do direito internacional, bem como nas relações internacionais, servindo aos mais altos interesses da comunidade mundial, às aspirações comuns da Humanidade. Trata-se de uma ordem de valores situada acima dos sistemas jurídicos internos, que, eventualmente, poderá estar até mesmo em colisão com interesses circunstanciais das nações individualmente consideradas.

BERTHOLD GOLDMAN escreveu sobre a identificação entre a ordem pública verdadeiramente internacional com os princípios fundamentais da *lex mercatoria* (27), especulando sobre a possibilidade de que tribunais arbitrais rejeitem uma lei local por ser incompatível com esta ordem pública verdadeiramente internacional, expressa em normas costumeiras da *lex mercatoria* (28).

(25) Veja, v.g. L. PALSSON, *Marriage and Divorce in Comparative Conflict of Laws*, pp. 150-68 (1974).

(26) BRUNS & MOTULSKY, "Tendances et perspectives de l'arbitrage international", *Revue Internationale de Droit Comparé* nº 9, pp. 717, 725 (1957).

(27) GOLDMAN, "La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage international; réalité et perspectives", *Journal du Droit Int'l*, 475 (1957).

(28) *Op. cit.*, pp. 481-97.

Em 1960, o professor belga HENRI ROLIN publicou um artigo com o título "Vers un Ordre Public Réelement International" (29), no qual sustenta que a ordem pública internacional não apenas impede a aplicabilidade de lei estrangeira (como NIBOYET defendeu na Academia da Haia) mas suplanta até mesmo uma regra de ordem pública interna. ROLIN também identifica esta ordem pública internacional com a ordem pública dos países civilizados, o que se assemelha a uma mera justaposição, como vimos em relação a outros trabalhos.

A maioria dos aspectos que ROLIN desenvolve em seu interessantíssimo artigo diz respeito ao direito internacional público e aos direitos humanos, deixando o direito internacional privado e o direito econômico internacional inexplorados. E é exatamente nesses dois campos que esta concepção nova da ordem pública internacional mais se aplica.

A. *Direito internacional público*

ROLIN se refere à distinção feita por SIBERT entre a ordem pública internacional, que abrange a totalidade dos países, e a ordem pública interna de um país em particular. SIBERT e CAVARÉ acentuam que os tratados internacionais devem respeitar as normas da ordem pública internacional, que CAVARÉ denomina de "direito comum da Humanidade" (30). Realmente este princípio está contido no art. 53 da Convenção de Viena sobre tratados, que declara nulo qualquer tratado que se choque com uma norma obrigatória do direito internacional, definida pela mesma convenção como uma norma aceita e reconhecida pela totalidade da comunidade das nações, insuscetível de derrogação e que somente pode ser modificada por outra norma de direito internacional, de igual valor.

WILFRED JENKS fala de uma "ordem universal formal" ou, mais especificamente, de uma "lei universal da comunidade mundial":

"Politicamente, temos, pela primeira vez, a estrutura formal de uma ordem universal; nosso problema é criar uma realidade política dentro desta estrutura. Legalmente, temos pela primeira vez os elementos formais de uma ordem jurídica universal, nosso problema é transformar estes elementos num corpo de leis que exprima e proteja os interesses comuns da comunidade universal. . ." (31).

A concentração da ordem pública internacional no campo do direito público é quase unanimemente aceita. HERMAN MOSLER, em

(29) ROLIN, "Vers un ordre public réelement international", in *Hommage d'une Génération de Juristes au Président Basdevant*, p. 441 (1960).

(30) ROLIN, *supra* nota 29, pp. 452-3.

(31) C. JENKS, *The Common Law of Mankind*, pp. 77-80 (1958).

seu recente *The International Society as a Legal Community* afirma, com referência à ordem pública internacional:

“A utilização desta nova expressão para definir um fenômeno anteriormente desconhecido poderia provocar confusão com a noção de ordem pública no direito internacional privado. Enquanto esta se refere à aplicação ou eficácia de leis estrangeiras dentro de uma determinada jurisdição, a ordem pública internacional é constituída de princípios e regras relativos à comunidade jurídica internacional, e que não devem ser afetados por qualquer tratado ou ação unilateral” (32).

O juiz MOSLER então sugere que se deve falar de uma “ordem pública da comunidade internacional” ao invés de “ordem pública internacional”. Ainda para evitar contradições, o autor novamente enfatiza a diferença:

“Ao explicar a distinção entre ordem pública no direito internacional privado e ordem pública na comunidade interna, gostaria de acrescentar que a ordem pública, ou, como comumente chamada na Inglaterra, *public policy*, visa proteger os princípios estrangeiros, cuja aplicabilidade seria incompatível com aqueles princípios mais elevados. A ordem pública da comunidade internacional, entretanto, consiste em princípios e regras cuja observância é de vital importância para a comunidade internacional como um todo, e que qualquer ação individual ou acordo que venha a contrariá-los, não pode ter nenhuma força legal” (33).

Para MOSLER, esta ordem pública da comunidade internacional parece restrita a assuntos puramente de direito internacional público, ilustrando com a utilização de armas atômicas e a Convenção sobre direitos humanos. Outro campo no qual a comunidade internacional começa a afirmar uma ordem pública coletiva é o da ecologia. Em outubro de 1980, a Assembléia Geral da ONU aprovou um projeto de Carta Mundial para a Natureza, cujo art. 21 estipula que:

“Art. 21 — Estados, governos e todas as outras autoridades públicas assim como indivíduos, grupos e companhias deverão:

.....

b) zelar para que atividades dentro de sua jurisdição ou controle não causem dano à *natureza* de outros Estados ou em áreas além do limite da jurisdição nacional;

(32) H. MOSLER, *The International Society as a Legal Community*, p. 17 (1980).

(33) *Op. cit.*, pp. 17-18.

c) salvaguardar e conservar a natureza em áreas além da sua jurisdição natural (nacional)" (34).

O dever de assegurar proteção ao meio ambiente, extrapolando as fronteiras nacionais, há de basear-se num conceito de ordem pública mundial com poder suficiente para influenciar a vida dentro de cada jurisdição.

B. *Direitos humanos*

Este século, estigmatizado pela impotência do assim chamado mundo civilizado em face de várias campanhas bem sucedidas de genocídio e da mais cruel perseguição a indivíduos e grupos, tem sido bastante fértil em conversações estéreis e elaboração de documentos referentes aos direitos humanos. Declarações, convenções e tratados de todos os tipos e tamanhos foram feitos, assinados, aprovados e anunciados a um mundo perplexo e carente de paz e da mais elementar segurança.

Conforme opinião de WOLFGANG FRIEDMANN, a Declaração Universal dos Direitos Humanos "é a corporificação do que pode ser descrito como os parâmetros normalmente aceitos de ordem pública internacional" (35). Também BERTHOLD GOLDMAN se refere ao aspecto de ordem pública mundial inerente à proteção jurídica dos direitos humanos, que considera como representativo dos valores básicos de um grande número de Estados, e conseqüentemente da ordem pública realmente internacional (36). MYRES McDOUGAL, LASSWELL e CHEN escreveram longamente acerca da proteção internacional conferida aos direitos humanos, utilizando as expressões "ordem pública internacional humanitária" e "ordem pública mundial da dignidade humana" (37).

Existe um elo entre direitos humanos no direito internacional privado se for incluído na acepção *direitos humanos* o direito à defesa, que é, normalmente, um dos requisitos para a homologação de sentenças estrangeiras.

Ainda aqui, entretanto, o consenso de alguns ou mesmo de todos os países sobre uma questão de direitos humanos não o transformará obrigatoriamente num assunto de ordem pública mundial. Casos de violação aos direitos humanos individuais básicos estabelecidos na Declaração das Nações Unidas não afetarão

(34) Projeto de Tratado Mundial para a Natureza, in *International Legal Materials* nº 20, p. 464 (1981).

(35) WOLFGANG FRIEDMANN, *The Changing Structure of International Law*, p. 241 (1964).

(36) GOLDMAN, *supra* nota 20, p. 464.

(37) McDOUGAL, LASSWELL & CHEN, "Human Rights and World Public Order: Human Rights in Comprehensive Context", *Nw. U.L. Rev.* nº 72, pp. 227, 270 (1977).

necessariamente a ordem mundial. E embora McDOUGAL, LASSWELL e CHEN afirmem que “a ordem pública interna de cada comunidade... afeta a ordem pública global” (38), somos da opinião que tal assertiva somente é verdadeira quanto a assuntos que atinjam os direitos da comunidade como um todo, como no caso do genocídio, mencionado acima.

C. *Direito penal internacional*

Este campo do direito cuida dos crimes que causam um prejuízo vital aos interesses internacionais, ameaçando as bases e a segurança da comunidade mundial. STANISLAW PLAWSKI define o direito penal internacional como a parte do direito penal que trata da conduta que perturba a ordem pública internacional e que corporifica infrações contra o *ius gentium*, tais como os crimes de guerra e os crimes contra a paz ou a Humanidade (39).

III — DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

A. *Direito econômico internacional*

É no campo das relações econômicas internacionais que o conceito da ordem pública mundial desempenha seu papel mais significativo, tendo introduzido nele importantes modificações conceituais e práticas. O papel da ordem pública mundial nas relações econômicas internacionais foi atribuído por JEAN SCHAPIRA ao fato de que “as necessidades da ordem econômica internacional exigem uma aplicação bem restrita da ordem pública” (40). Esta afirmativa pede esclarecimentos, o que nos propomos a fazer.

1. *Direito monetário*

As primeiras manifestações do funcionamento da ordem pública mundial, como força à qual as ordens públicas nacionais devem se curvar, tiveram lugar no campo do direito monetário. Até a década de quarenta, os tribunais europeus não aplicavam regulamentos monetários de outros países, recusando-os por considerá-los contrários à ordem pública do *fórum* (41).

As regras de direito internacional privado normalmente utilizadas eram impotentes em direito monetário internacional, pois as normas alienígenas concernentes a dinheiro, valor das moedas, câmbio, ouro e semelhantes, eram encaradas da mesma forma que o direito fiscal e o direito penal, estrangeiros, cuja aplicação era

(38) McDOUGAL, LASSWELL & CHEN, *op. cit.* p. 303.

(39) Veja STANISLAW PLAWSKI *Droit International Pénal* p. 15 (1972).

(40) JEAN SCHAPIRA, *Le Droit International des Affaires* p. 28 (1972).

(41) Veja A. MANN, *The Legal Aspects of Money*, p. 357 (2d ed. 1953).

negada pelos tribunais (42). As cortes de Nova York adotavam filosofia diversa e freqüentemente aplicavam regras monetárias estrangeiras, mesmo quando baseadas em critérios discriminatórios como raça (43).

O acordo de constituição do Fundo Monetário Internacional deu início às modificações que evoluíram a partir da Segunda Guerra Mundial. A cláusula VIII, artigo 2º — letra b, dispõe que:

“Os contratos de câmbio em moeda de qualquer país-membro, quando contrários aos seus regulamentos de controle cambial, . . . , não vigorarão nos territórios de nenhum dos países-membros.”

Isto significa que os regulamentos estrangeiros sobre controle cambial que outrora não seriam aplicados porque era ofensivo à ordem pública interna aplicar lei monetária-cambial de outra soberania, tornaram-se não somente aplicáveis, mas obrigatórios, como consequência da regra do FMI que proibiu o cumprimento de contratos que contiverem alguma cláusula contrária aos regulamentos de controle cambial de uma moeda estrangeira.

A ordem pública mundial comanda a proteção das moedas de todos os países-membros do FMI; um dos mais importantes objetivos do FMI é a proteção e o fortalecimento das moedas de seus membros, visando o equilíbrio das finanças internacionais. Como Sir JOSEPH GOLD tão elegantemente exprimiu: “Qualquer atenção especial pelos interesses dos indivíduos prescrita pela ordem pública do fórum foi substituída por uma ordem pública protetora das reservas monetárias dos outros membros do Fundo com fundamento na cláusula VIII, art. 2º, letra b” (44). Neste contexto a ordem pública verdadeiramente internacional anula a ordem pública interna com efeitos internacionais.

Interesses monetários de Estados individualmente considerados passaram a constituir objeto da preocupação da comunidade financeira internacional, de forma que a *lex monetae*, indicada como aplicável pelas regras de conexão, e recusada pela ordem pública local, voltou a ser obrigatória, devido ao princípio da ordem pública mundial. A ordem pública no direito internacional privado

(42) Veja FREUTEL, “Exchange Control, Freezing Orders and the Conflict of Laws”, *Harv. L. Rev.* n° 56, pp. 31, 45 (1942); HUG, “The Law of International Payments”, *Recueil des Cours* n° 79, pp. 515, 626 (1951).

(43) Veja, v.g., *Steinfink v. North German Lloyd Steamship Co.*, 178 Misc. 413, 27 N.Y.S. 2d 918 (1941); *Branderit v. Hamburg American Line*, 31 N.Y.S. 2d 588 (1941); *Holzer v. Deutsche Reichsbahn Gesellschaft*, 277, N.Y. 474, 14 N.E. 2d 798 (1938). Nem todas as decisões deste período aplicaram as restrições monetárias baseadas nas leis raciais alemãs. Veja *Pan American Corp. v. Friedrich Krupp, A.G.*, 169 Misc. 445, 6 N.Y.S. 2d 993 (1938).

(44) JOSEPH GOLD, *The Fund Agreement in the Courts*, p. 110 (1962).

funciona com um poder negativo, impedindo a aplicação da lei estrangeira; mas o funcionamento da ordem pública verdadeiramente internacional, como observamos no direito monetário, tem efeitos justamente opostos, eis que ordena a aplicação de normas estrangeiras. É um princípio afirmativo, emanando comandos positivos.

O julgamento da Corte de Cassação confirmando a decisão da Corte de Apelação de Paris no famoso caso relativo à *Société des Services Contractuels des Messageries Maritimes* foi interpretado por alguns autores como o reconhecimento de uma ordem pública internacional, que, por ser superior, sobrepunha-se a aplicabilidade de leis internas. Os onze milhões de dólares canadenses que a *Messageries Maritimes* tinha obtido de empréstimo deveriam ser pagos em dólares nominalísticos, já que a cláusula ouro havia sido proibida tanto pelo Canadá como pela França. Mas os tribunais franceses decidiram, em benefício do crédito internacional, que o pagamento fosse efetuado conforme ajustado originariamente, de acordo com o valor ouro do dólar canadense à época do empréstimo.

Inicialmente, o acordo do FMI era interpretado como preservando a inexequibilidade de contratos contrários aos regulamentos cambiais estrangeiros quando relativos às moedas utilizadas na transação. Nestas hipóteses, embora nenhuma reivindicação pudesse ser apresentada a tribunais nacionais por danos causados por um contratante particular aos interesses cambiais de um País-Membro do FMI, a *lex monetae* dos membros do FMI anulava a autonomia da parte mesmo quando o contrato era executado dentro da jurisdição de outro Estado-Membro do FMI (45).

O passo seguinte foi tomado quando um tribunal americano acolheu uma ação de reparação de danos proposta por um banco estrangeiro tendo como objeto um contrato que havia sido cumprido pelas partes contratantes, mas que violara controles cambiais emanados das autoridades monetárias do país do banco (46).

2. Direito tributário

As modificações ocorridas no direito monetário internacional pelo acordo do FMI tiveram pouca influência no direito tributário. Em 1775, Lord MANSFIELD pronunciara a máxima segundo a qual: "nenhum país leva em consideração as leis tributárias de outro país". Para os tribunais a mesma atitude prevalece até hoje.

(45) Veja Banco do Brasil S.A. v. A.C. Israel Commodity Co., Inc. 29 Misc. 2d 229, 215 N.Y.S. 2d 3 (1961). Veja também J. GOLD, supra nota 44, pp. 135-39, 468-76.

(46) Banco Francês e Brasileiro, S.A. v. John Doe, 36 N.Y. 2d 592, 370 N.Y.S. 2d 534, 331 N.E. 2d 502 (1975), reproduzido em *International Legal Materials*, nº 14, p. 1440 (1975).

Veja-se, a propósito, recente decisão de um tribunal federal americano:

“A máxima tem permanecido conosco por séculos e incorporou-se a nosso direito. Fundadas razões originaram tal atitude que continuam sustentando sua validade. Esta máxima só será modificada quando os setores competentes do nosso governo introduzirem tal modificação” (47).

Atitude diferente foi tomada pelos tribunais americanos com referência a questões tributárias interestaduais: em 1935, a Suprema Corte decidiu que uma autoridade pública estadual pode executar nos tribunais de Estado vizinho uma sentença condenatória em matéria fiscal (48).

No encontro do Instituto de Direito Internacional realizado em Oslo no ano de 1977, o Professor PIERRE LALIVE sustentou que os tribunais deveriam admitir e processar ações intentadas por autoridades públicas estrangeiras, com fundamento em seus direitos públicos. Seu raciocínio se baseou em que se os Estados podem ser réus em questões comerciais ou reais, logicamente deve-se-lhes permitir a atuação em juízo como autores.

Ocorre que LALIVE não atentou para o fato de que se é verdade que os Estados podem ser processados em questões comerciais, isto não ocorre com relação aos atos praticados no desempenho de seu *ius imperii*, a não ser que renunciem à sua imunidade, como facultado na lei britânica de 1978 sobre Imunidade dos Estados, na lei norte-americana de 1976 e na Convenção Européia sobre Imunidade Estatal de 1972. Por isso, não se pode argumentar com base na posição passiva dos Estados, como réus em tribunais estrangeiros, para concluir pela possibilidade de agirem no pólo ativo em cortes de outros países para reivindicações baseadas em seu direito público. Mas estamos prontos a concordar com a proposição de LALIVE sempre que o conhecimento de tais pedidos envolver questões de ordem pública mundial.

É de se esperar que a máxima tributária de Lord MANSFIELD, invocada no caso Gilbertson, não prevaleça por muito mais tempo. O Professor ALBERT EHRENZWEIG prevê que, “apesar da resistência ainda remanescente, não é impossível que num futuro não muito distante, os tribunais americanos colaborem na execução de condenações tributárias estrangeiras, não somente com base em compromissos decorrentes de tratados, mas também quando não haja tal compulsoriedade” (49). Esta colaboração se materializará quando se tornar possível que uma autoridade pública cobre judicialmente

(47) *British Columbia v. Gilbertson*, 597 F. 2d 1161, 1166 (9th Cir. 1979).

(48) *Milwaukee County v. M.E. White Co.*, in *Am. J. of Int'l Law* 1980, p. 480.

(49) ALBERT EHRENZWEIG, *Private International Law*, vol. I, p. 165 (1974).

tributos não pagos, em um país estrangeiro, e aí obtenha, inclusive, a penhora de propriedades do devedor. Também deve ser considerada a possibilidade de se conseguir a extradição de contribuintes em débito para com o Fisco, que se refugiam em outros países, sempre que a legislação do país lesado considerar o débito tributário como um delito ou quase-delito.

Efetivamente, já existem normas que tomam na devida consideração a legislação tributária estrangeira. O Código de Processo Penal francês, por exemplo, estabelece que os franceses podem ser acionados na França por dívidas aduaneiras em países vizinhos, isto condicionado à reciprocidade pelo outro país.

Nos EUA é considerado um ato delituoso transportar mercadorias em navio de bandeira americana para país estrangeiro em violação à lei deste último, desde que haja reciprocidade deste país estrangeiro. Basicamente, foi o princípio de respeito à lei e à moral estrangeiras que inspirou a Lei americana contra a corrupção de autoridades estrangeiras, de 1977. Os vários códigos de conduta para as empresas multinacionais, atualmente objeto de estudos por instituições internacionais e regionais, deverão atentar para a necessidade de se respeitarem as leis econômicas — especificamente as referentes a assuntos tributários e monetários — dos países afetados por negociações de âmbito transnacional.

3. *Regime econômico*

MCDUGAL, LASSWELL e CHEN se referem à “distinção entre ideologias antagônicas e os sistemas de ordem pública, especialmente no que tange ao processo de riqueza” (50). O Código Civil russo proíbe a aplicação de lei estrangeira que fira “princípios básicos do regime soviético”. “A lei fundamental do regime soviético, como prescrito na Constituição soviética de 1936, artigo 49, inclui “o sistema socialista da economia e a propriedade socialista... dos meios de produção... (e) a abolição da propriedade privada... e meios de produção”. No artigo 10 da Constituição de 1977 o mesmo princípio, com outra redação.

A Lei tcheca prevê, da mesma forma, que as “normas jurídicas de um Estado estrangeiro não serão aplicadas se tal aplicação resultar em violação dos princípios sociais e políticos adotados pelo regime da República Socialista da Tchécoslováquia, que devem ser observados sem reservas.

Apesar destas amplas estipulações, os tribunais soviéticos bem como os de outros países comunistas, têm limitado ao máximo possível a rejeição de leis estrangeiras inspiradas no caráter “burguês” dos regimes econômicos estrangeiros. Esta tendência foi

(50) MCDUGAL, LASSWELL & CHEN, *supra* nota 37, p. 263.

recentemente confirmada na Hungria, onde o Decreto-Lei nº 13, em vigor desde julho de 1979, prescreve o seguinte:

“Na aplicação da lei estrangeira:

A aplicação da lei estrangeira será recusada se ferir a ordem pública. A lei estrangeira não deixará de ser aplicada só pelo fato de o regime econômico do Estado estrangeiro ser diverso do regime econômico húngaro.”

Uma tendência semelhante é notada nos EUA, onde, segundo EHRENZWEIG, “está se tornando óbvio que os tribunais americanos aceitarão, sem qualquer impedimento de ordem pública, as instituições legais que pertençam à órbita comunista, apesar de os sistemas jurídico e governamental soviéticos serem diametralmente opostos ao nosso” (51). PISAR mostra que os tribunais da Europa Oriental não aplicam suas próprias leis às companhias privadas ocidentais quando a norma aplicável for inspirada em dogmas ideológicos incompatíveis com as regras que regulam os negócios internacionais no mundo capitalista (52).

B. *Conflitos de jurisdição*

Duas leis recentemente promulgadas no Reino Unido e na França servem como indicadores de quão distantes estamos de atingir a paz e a ordem mundiais na esfera jurídica. Ambas espelham a intolerância e a relutância dos Estados em renunciar a interesses nacionais em prol de uma ordem mundial. A Lei francesa de 1980 sobre documentos e informações proíbe cidadãos franceses, bem como aos residentes em seu território e as pessoas jurídicas com o principal estabelecimento na França, de transmitir a autoridades estrangeiras documentos ou informações de natureza econômica, comercial, industrial, financeira ou técnica, quando tal comunicação ameaçar a soberania, a segurança, os interesses econômicos essenciais franceses ou a ordem pública. A transferência de tais informações para instruir processo judicial ou administrativo em país estrangeiro é igualmente vedada. Esta lei visa extinguir o que os franceses chamam a abusiva aplicação extraterritorial das leis norte-americanas (53).

A Lei britânica visando a proteção de interesses do comércio exterior, aprovada pelo Parlamento em 1980, foi motivada principalmente pela preocupação da Grã-Bretanha com a intervenção nas prerrogativas jurisdicionais britânicas, objetivando, como se lê no seu próprio texto, “reafirmar e reforçar as defesas do Reino

(51) ALBERT EHRENZWEIG *supra* nota 49, p. 157.

(52) SAMUEL PISAR, *Transactions entre l'Est et l'Ouest*, p. 71.

(53) Veja HERZOG, “The 1980 French Law on Documents and Information”, *75 Am. J. Intl L.* pp. 382, 383 (1981).

Unido contra tentativas de outros países de fazer prevalecer suas políticas econômica e comercial unilateralmente sobre nós". Esta lei proíbe a observância por cidadãos e pessoas jurídicas britânicas de ordens emanadas de autoridades estrangeiras que tenham efeitos extraterritoriais e possam prejudicar os interesses comerciais britânicos; proíbe a execução pelos tribunais britânicos de decisões alienígenas que concedam múltipla reparação de dano e de julgamentos concernentes ao controle de práticas restritivas e faculta aos cidadãos e pessoas jurídicas britânicas, contra quem os tribunais estrangeiros tenham concedido múltipla reparação de dano, promover contra o autor estrangeiro, através de ação própria no Reino Unido, a devolução da parte não compensatória da indenização a que tenham sido condenados.

A crescente sensibilidade a interesses estrangeiros, demonstrada nas decisões dos casos "Timberlane" (54) e "Mannington Mills" (55), que se posicionaram no sentido de que "os tribunais americanos devem declinar de sua competência quando interesses nacionais vitais de Estados estrangeiros sobrepujem os interesses dos EUA" (56), não foi suficiente para inspirar confiança nos ingleses. Mesmo que os tribunais americanos examinem cada caso à luz das suas circunstâncias especiais, de qualquer forma os estrangeiros se vêem na contingência de conduzir suas atividades de acordo com as regulamentações norte-americanas, sempre que houver a mais remota possibilidade de que suas operações sejam consideradas como sujeitas à jurisdição americana.

A Lei inglesa não se baseia em critério jurisdicional, mas na idéia de soberania, com ênfase na possibilidade de prejuízos aos interesses do comércio externo britânico. O diploma representa um retrocesso no desenvolvimento do direito internacional privado, eis que a proibição da homologação de decisões que outorguem múltipla reparação abrange tanto a parte compensatória como a punitiva contidas em tais julgamentos.

A doutrina européia desenvolvera uma teoria que remonta a uma decisão do *Reichsgericht*, de 1921, de que se somente um aspecto da lei estrangeira ofende a ordem pública local, o aplicador cindirá tal regra, rejeitando a parte inaceitável e aplicando a parte compatível com a ordem pública local. Este método foi aplicado com freqüência no Brasil, no campo da homologação de sentenças estrangeiras. Por exemplo: a homologação de sentenças estrangeiras de divórcio, anteriores à Emenda Constitucional nº 9, limitavam os efeitos de tais decisões aos de uma separação judicial, de vez

(54) *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*, 549 F. 2d 597 (9th Cir. 1976).

(55) *Mannington Mills, Inc. v. Congoleum Corp.*, 595 F. 2d 1287 (3d Cir. 1979).

(56) LOWE, "Blocking Extraterritorial Jurisdiction: The British Protection of Trading Interests Act, 1980", *Am. J. Int'l L.* n.º 75, pp. 257, 268 (1981).

que o divórcio era proibido no Brasil e encarado como contrário à ordem pública.

A luz desta possibilidade de cindir o chocante do aceitável, o seguinte comentário à Lei britânica visando a proteção de interesses comerciais pode ser considerado inteiramente fora de propósito:

“Tendo em vista os aspectos objetáveis das indenizações triplices por danos ocorridos no comércio internacional, . . . o Governo de Sua Majestade não considera justificável que se possibilite aos tribunais do Reino Unido a execução de partes de tais julgamentos” (57).

Verifica-se que os legisladores britânicos não satisfeitos em proteger as companhias inglesas, foram mais longe, punindo a parte estrangeira ao tornar impossível para esta a execução de decisões alienígenas, mesmo na parte aceitável pelo direito e padrões ingleses. Este tratamento punitivo agrava conflitos pre-existentes e certamente não estimula a ordem pública mundial.

O “mais chocante no novo Ato”, conforme bem colocou o Professor LOWE, é a sua terceira parte, em que prescreve o direito de um cidadão ou de uma pessoa jurídica britânicos, contra o qual tribunais estrangeiros tenham proferido condenação de múltipla reparação, de se ressarcirem por meio de uma ação no Reino Unido frente ao autor original. Há o perigo de que este direito de “revanche” exercido contra demandantes norte-americanos possa provocar reações retaliatórias nos tribunais daquele país. Igualmente observa o Professor LOWE que é impossível negar que tal sistema “revanchista” violaria a soberania norte-americana, e que, caberia invocar a “Declaração de Princípios do Direito Internacional” segundo o qual “todo Estado tem o direito inalienável de escolher seu sistema político, econômico, social e cultural sem qualquer interferência de outro Estado”.

Mas o professor inglês conclui afirmando que tais princípios se aplicam a todas as partes envolvidas e que seria necessária uma considerável ginástica mental para considerar ilegais as previsões da Lei britânica, que visam a proteção dos interesses comerciais de seu país, e ao mesmo tempo considerar válidas as pretensões norte-americanas de exercer jurisdição extraterritorial.

Esta controvérsia anglo-americana sobre extraterritorialidade traz à baila as palavras de McDUGAL, LASSWELL e CHEN sobre os alarmantes problemas causados pelo “excessivo nacionalismo”, “paroquialismo nacional” e sobre a necessidade de compreender e praticar “interdependências”.

(57) LOWE, nota 56, p. 277.

O Professor LOWE não é insensível a estes problemas, encarando a necessidade de se conciliar a noção de independência com a crescente interdependência dos Estados. De qualquer forma, não é nosso objetivo proferir julgamento sobre a controvérsia entre os britânicos, franceses e americanos, em matéria de soberania jurisdicional. Gostaríamos somente de enfatizar que, se os países mais desenvolvidos e liberais do mundo encontram tais dificuldades no campo mais sério e filosoficamente importante da organização social — que é a atividade judiciária —, a consecução de uma ordem pública verdadeiramente internacional, apesar de alguns sucessos já anteriormente mencionados, irá requerer grande esforço mútuo e uma extraordinária boa vontade por um período de tempo relativamente extenso.

Curiosamente, os sistemas capitalista e comunista, geograficamente distantes e ideologicamente heterogêneos, conseguiram desenvolver, por meio de tolerância mútua, uma interdependência razoável no campo comercial. Concessões ocasionais de ambos os lados possibilitaram que estes mundos dispares desenvolvessem relações que não se limitaram ao terreno comercial, alcançando um progresso considerável; e isto é tanto mais notável quando se leva em conta as barreiras até recentemente existentes, representadas, inclusive pela proibição formal de “negociar com o inimigo”. E enquanto isto países amigos como os EUA, o Reino Unido e a França, que compartilham os mesmos valores econômicos e políticos, estão encontrando inúmeras dificuldades em manter uma interdependência inteligente e saudável.

Esporadicamente, surgem nas cortes americanas manifestações inspiradas em uma percepção mais internacionalista. No caso *Federal Trade Commission v. Compagnie de Saint-Gobain-Pont-à-Mousson* ⁽⁵⁸⁾, a Corte de Apelação do Direito de Colúmbia decidiu que a citação de uma entidade estrangeira que não era parte no processo via carta registrada em sua sede em Paris não era válida, tendo o tribunal afirmado que “a execução ordenada pelo tribunal distrital violara princípio fundamental de direito internacional”.

Esta decisão é o primeiro passo no caminho da melhor compreensão de que em muitos países só se admitem comunicações de natureza processual por meio de medidas oficiais, como as cartas rogatórias em alguns países latino-americanos. Tais medidas devem ser cumpridas tanto para produção de provas e colheita de depoimento, como para citação de réus no estrangeiro. A Suprema Corte do Brasil, por exemplo, nega homologação e execução a sentenças estrangeiras se o réu, domiciliado no Brasil, foi citado por via postal e não por carta rogatória.

(58) 636 F. 2d 1300 (D.C. Cir. 1980).

C. Arbitragem

No campo da arbitragem muito já se fez e muito mais ainda se fará para promover a solução de conflitos no espírito da emergente ordem pública mundial. É com relação a arbitragem que a ponte idealizada por BERTHOLD GOLDMAN entre a tradicional *lex mercatoria* e a ordem pública verdadeiramente internacional merece atenção. Escrevendo sobre a *lex mercatoria* com relação aos contratos internacionais e a arbitragem, o professor francês defende que tribunais arbitrais deveriam recusar a aplicação de leis locais consideradas incompatíveis com a ordem pública internacional — a real ordem pública internacional, compreendendo os princípios fundamentais da *lex mercatoria* e não somente as preferências políticas de um Estado relativamente às relações internacionais⁽⁵⁹⁾.

Uma mui interessante decisão proferida pelo Tribunal Arbitral Comercial búlgaro ilustra bem o papel da ordem pública na arbitragem internacional⁽⁶⁰⁾. Um contrato havia sido firmado com uma companhia estrangeira sobre a exportação pela Bulgária de determinados equipamentos. O cumprimento da avença foi obstado por limitações governamentais sobre o volume de exportações, limitações só anunciadas após o início da execução do contrato. Os árbitros estabeleceram que de acordo com o direito internacional privado búlgaro, o ajuste deveria ser regido pelas leis búlgaras, país do vendedor. No entanto, o tribunal decidiu não submeter a companhia estrangeira às conseqüências da lei interna búlgara.

PISAR observa com referência a esta decisão que o princípio da ordem pública geralmente rejeita a lei estrangeira quando esta ofende a ordem pública do fórum, mas que neste caso ocorreu o oposto. O Tribunal Arbitral búlgaro decidiu suspender a aplicação da *lex fori* a fim de não violar regras fundamentais dos negócios internacionais em oposição à “ordem pública estrangeira”. Ao invés de “ordem pública estrangeira”, como PISAR coloca, denominaríamos esta inversão da ordem pública nacional ordinária de “ordem pública verdadeiramente internacional” ou, como PISAR posteriormente define⁽⁶¹⁾, “os padrões básicos da comunidade mercantil internacional”.

D. Ordem pública comunitária

Outro gênero de ordem pública estrangeira, conhecida na Europa como “ordem pública comunitária”, originou-se dos tratados que criaram as Comunidades Européias⁽⁶²⁾. Um julgamento

(59) GOLDMAN, *supra* nota 27, p. 483.

(60) Veja S. PISAR, *supra* nota 52.

(61) S. PISAR, *op. cit.* p. 255.

(62) JEAN ROBERT, *Traité de L'Arbitrage Civil et Commercial*, p. 574 (1967).

do Tribunal de Instância Superior de Troyes, em 1978, pronunciou que “um juiz, ao considerar a eficácia de uma sentença estrangeira, deve verificar a competência do tribunal estrangeiro que a proferiu, se a decisão está em conformidade com a ordem pública internacional francesa e deve, igualmente, verificar se a decisão não é contrária às regras da Comunidade, aplicáveis como direito local”.

IV — ORDEM PÚBLICA ESTRANGEIRA

O papel tradicional do princípio da ordem pública sempre foi o de recusar a aplicação de lei estrangeira, de negar homologação a decisões estrangeiras ou a eficácia de contratos celebrados sob a égide de lei estrangeira, sempre que ofenderem os interesses fundamentais de ordem moral, econômica, ou legal do *fórum*. O progresso nas relações internacionais gerou um conceito mais amplo e profundo para o princípio da ordem pública — nos casos de âmbito internacional, o tribunal local também levará em consideração a ordem pública dos países interessados, além, naturalmente, da ordem pública vigente no país em que o caso está sendo examinado.

No campo das relações econômicas existe um interesse público uniforme na estabilidade do sistema monetário internacional, que exige a proteção da integridade dos sistemas monetários de cada país-membro da comunidade internacional. A cada país integrante desta comunidade interessa a estabilidade econômica dos outros membros, no que se reflete o interesse na autopreservação. No comportamento de autoridades, inclusive judiciais, o princípio de ordem pública mundial se manifesta na observância ao princípio de ordem pública de outras jurisdições. Esta atitude reveste-se de diferentes aspectos; abordaremos somente os mais importantes à luz da experiência de tribunais de vários países.

A. *A ordem pública estrangeira nos Tribunais*

A ordem pública mundial, como expressão de um novo conceito de civildade internacional, poderá proteger os interesses de Estados estrangeiros, mesmo quando tais interesses não estejam enunciados na legislação interna daqueles Estados. A manifestação mais freqüente e significativa da ordem pública mundial reside no respeito manifestado em uma jurisdição pelos interesses da ordem pública de outro ordenamento jurídico.

Um caso clássico de extensão do âmbito da ordem pública, com a finalidade de tutelar interesses de outros Estados, não expressamente enunciados em seu próprio ordenamento jurídico, foi uma interessante decisão proferida por tribunal americano, objeto de

críticas por um dos maiores expoentes do direito internacional privado na França. Em 1887, a Suprema Corte de Iowa decidiu que uma lei daquele Estado, que proibia a fabricação de bebidas alcoólicas, deveria ser aplicada a uma fábrica ali situada, cuja produção se destinava exclusivamente à exportação para outro Estado, onde inexistia tal proibição⁽⁶³⁾. Esta decisão, de forma manifesta, destacou os interesses da ordem pública do Estado importador.

ANTOINE PILLET⁽⁶⁴⁾ criticou esta decisão argüindo que era ridículo que um tribunal de Iowa impusesse o seu padrão de moralidade a outro Estado, que não havia adotado nenhuma norma proibitiva referente ao consumo de bebidas alcoólicas. O Professor francês fez crítica semelhante a uma decisão do Tribunal de Lyon, onde um fabricante desobedecera a normas específicas de segurança relativamente a equipamentos destinados à exportação⁽⁶⁵⁾. Segundo PILLET, normas internas não deveriam ser aplicadas à exportação, pois tal poderia consistir em uma interferência abusiva na ordem pública estrangeira.

A teoria de PILLET é contrária ao espírito de uma ordem pública realmente internacional, e a decisão da Suprema Corte de Iowa, em verdade, serve como exemplo da preocupação que cada jurisdição deveria ter no sentido de assegurar o bem-estar e a segurança das outras jurisdições. Não pode ser considerada como interferência indevida a atitude de uma autoridade que se recusa a aplicar, em relação a uma comunidade estrangeira, critérios menos severos de segurança e proteção à saúde do que os que aplica em sua própria comunidade. A título de ilustração, consideremos a indústria alimentícia americana, que está sujeita a severas restrições estabelecidas pela administração americana sobre alimentos e medicamentos. Deveria ser permitido às empresas farmacêuticas americanas exportar produtos que não estejam em conformidade com os padrões sanitários norte-americanos para países que não introduziram em seu ordenamento jurídico tais restrições? A decisão da Suprema Corte de Iowa inspira consideração internacional pela ordem pública de jurisdições estrangeiras em seu sentido mais amplo.

Outro caso famoso de respeito à ordem pública estrangeira é o *Regazzoni v. K. C. Sethia, Ltd.*⁽⁶⁶⁾, decidido pela Câmara dos Lordes em 1944. Tratava-se de um contrato referente à venda de sacos de juta que deveriam ser transportados da Índia até a África do Sul, com escalas num porto italiano. A Lei Indiana proibia a

(63) *Pearson v. The International Distillery, Iowa*, nº 72, p. 348, 34 N.W. 1 (1887).

(64) A. PILLET, "De l'Ordre Public en Droit International Privé", in *Mélanges Antoine Pillet*, p. 475 (1929).

(65) *Op. cit.*, p. 478.

(66) J. H. C. MORRIS, *The Conflict of Laws*, p. 516.

exportação de juta para a África do Sul. Embora as partes houvessem acordado submeter-se à Lei inglesa, a recusa do réu em cumprir o contrato foi considerada como justificada pela Câmara dos Lordes. Conforme a opinião de VISCOUNT SIMONDS:

“Da mesma forma que a ordem pública rejeita contratos que ofendam nossa lei interna, rejeitará igualmente determinados contratos que violem a lei de um Estado estrangeiro, e tal ocorrerá porque a ordem pública exige o respeito à civilidade internacional...”

VISCOUNT SIMONDS refere-se em seu voto a um julgamento de 1734, relativo ao tráfico de ouro, no qual uma vedação legal estrangeira foi rejeitada pois “impediria o benefício de tal comércio para este Reino, o que traria conseqüências ruins para os principais e mais profícuos setores do nosso comércio”. E o seu voto assim prossegue:

“Do fato que nossos tribunais não aplicariam lei tributária estrangeira a pedido de Estado interessado não significa que dariam execução a um contrato que exigisse a realização de um ato em um país estrangeiro que violasse o direito tributário deste país. As duas hipóteses não são complementares ou co-extensivas. Veja-se a mesma situação no direito penal: um tribunal inglês não aplicará o direito penal a pedido de um Estado estrangeiro; no entanto, seria surpreendente se ordenasse o cumprimento de um contrato que envolvesse a perpetração de um crime neste Estado” (67).

Na República Federal da Alemanha, o *Bundesgerichtshof* (68) decidiu uma questão envolvendo uma companhia alemã que havia segurado o transporte marítimo da Nigéria até Hamburgo de três caixas contendo objetos de arte, das quais seis peças desapareceram no percurso. O segurador argüiu que o contrato era nulo pois a lei da Nigéria proíbe a exportação não autorizada de arte nigeriana. O tribunal considerou que o artigo 134 do Código Civil alemão, que pune com nulidade contratos feitos em contrariedade a uma lei mandamental, seria inaplicável porque a transgressão era de uma lei estrangeira. O segurador, mesmo assim, teve ganho de causa, eis que a Lei alemã sobre seguros exige que o interesse do segurado seja legal, e o tribunal decidiu que um contrato firmado em violação a uma lei estrangeira é ilegal. O *Bundesgerichtshof* baseou sua decisão na Convenção de Paris de 1970, da UNESCO, sobre proteção de obras de arte. A Convenção estava em vigor na Nigéria desde 1972 e, embora sem eficácia na Alemanha, o tribunal

(67) *Op. loc. cit.*

(68) F. RIGAUX, *supra* nota 17, p. 201.

a considerou como expressão da política fundamental da comunidade internacional.

A Suprema Corte de Israel decidiu no caso *Havardy v. Klinsky* (69), que um contrato de venda de diamantes, cujo preço estava abaixo do valor real, visando a reduzir os tributos alfandegários de outro país, contrariava a ordem pública internacional, que exige respeito mútuo entre os Estados com relação a obrigações alfandegárias.

Na França, a Corte de Apelação de Reims decidiu no caso *Achour v. Delle Perrot et Boudergouma* (70), que um contrato entre franceses objetivando a transferência de dinheiro da Argélia para a França, firmado na França, seria regido exclusivamente pela Lei francesa, mesma que o contrato fosse claramente ilegal sob a égide da lei da Argélia, pois "os tribunais franceses não necessitam punir a fraude a leis estrangeiras, sobretudo no campo da ordem pública econômica...". PIERRE MAYER (71) critica esta decisão por desprezeitar o artigo 2º, b, da Cláusula VIII do Acordo de Bretton Woods, argumentando que esta decisão estimula a evasão a regulamentos monetários estrangeiros que não são menos legítimos do que os instituídos na França.

Na Holanda, o caso *De Vries v. Van Kroon* (72), julgado pela Corte de Apelação e em seguida pela Suprema Corte holandesa, resultou na seguinte decisão: "o acordo feito em violação consciente aos regulamentos cambiais da Indonésia era contrário à boa moral, no sentido do artigo 1.373 do CC."

B. Princípios americanos

O princípio do respeito à ordem pública estrangeira foi reconhecido em várias fontes de direito americanas. O *Restatement* (Segundo) sobre conflito de leis inclui entre os fatores relevantes para a escolha da lei aplicável ao processo "as normas relevantes de outros Estados interessados e os interesses relativos destes Estados na determinação da solução a ser adotada...". Este critério mandamental é estabelecido especificamente na seção 187(2), b, do *Restatement*, ao dispor que a lei do Estado escolhido pelas partes para governar seus direitos contratuais não será aplicada se "a aplicação da lei do Estado escolhido for contrária a normas

(69) *Journal du Droit Int'l*, nº 105, pp. 115, 117 (1978).

(70) *Journal du Droit Int'l*, nº 105, pp. 99-106 (1978).

(71) MAYER, "Jurisprudence: France", *Journal du Droit Int'l*, nº 105, pp. 101, 102 (1978).

(72) VERHEUL, "Public Policy and Relativity", *Neth. Int'l L. Rev.*, nº 26, pp. 109, 119 & n. 33 (1979).

fundamentais do Estado que tenha materialmente um maior interesse do que o Estado escolhido na determinação da solução do caso e que, de acordo com a regra da seção 188, seria o Estado da lei aplicável na ausência de uma efetiva escolha de lei pelas partes”.

Ao promulgar o *Lacey Act* (1970), o Congresso norte-americano introduziu várias regras ordenando respeito à lei estrangeira. Uma disposição deste estatuto proíbe o transporte e a venda de animais selvagens ou produtos manufaturados derivados dos mesmos se isto violar “qualquer lei ou regulamento de qualquer Estado ou país estrangeiro...”

Outra seção proíbe, sob pena de multa, a fabricação ou a posse de instrumentos usados ou passíveis de serem usados na falsificação de moedas, apólices ou outras obrigações emitidas por governos estrangeiros, bancos ou quaisquer pessoas jurídicas. A mesma proibição atinge a importação para os EUA de qualquer desses itens. Semelhantes proibições abrangem moldes usados na falsificação de moedas estrangeiras. O respeito demonstrado nestas normas pelas leis de outras soberanias exemplifica a força do princípio da ordem pública mundial.

C. *Debate na doutrina francesa*

BARTHÉLÉMY MERCADAL publicou um artigo em 1977, em que fez a seguinte afirmação:

“A regra de conflitos francesa estabelece que a validade de um contrato internacional depende da vontade das partes, ressalvado o respeito à ordem pública francesa. A Corte de Cassação francesa não é obrigada a conceder à lei estrangeira maior respeito do que o devido à ordem pública francesa...”⁽⁷³⁾.

PAUL LAGARDE reagiu muito severamente contra esta posição, argumentando que o respeito à ordem pública tem um âmbito bem mais extenso: o tribunal francês deveria considerar os interesses de ordem pública da(s) jurisdição (ões) com a qual o contrato tem elos mais estreitos, e não os da jurisdição escolhida pelas partes⁽⁷⁴⁾. LAGARDE também chama a atenção para o artigo 16 da Convenção da Haia de 1977, sobre contratos de repre-

(73) MERCADAL, “Ordre Public et Contrat International”, *Droit et Pratique du Commerce Int'l*, n° 4, pp. 457, 460 (1977).

(74) LAGARDE, *Revue Critique de Droit International Privé*, n° 67, pp. 247-49 (1978).

sentação⁽⁷⁵⁾, que, em sua opinião, coloca o juiz competente na posição de guardião da ordem pública dos Estados estrangeiros com os quais o contrato tenha alguma ligação.

Respondendo à crítica de LAGARDE, MERCADAL⁽⁷⁶⁾ concorda com ele no tocante a que “deve-se respeitar a ordem pública de todos os Estados com os quais o contrato possa ter contato”. MERCADAL enfatiza que o principal aspecto de seu artigo original era que “as partes podem impedir a submissão do contrato às leis de uma determinada jurisdição, contanto que respeitem a ordem pública dos Estados que possam ter alguma ligação com o contrato”.

Esta discussão transmite a impressão de que tanto LAGARDE como MERCADAL acreditam que os tribunais, ao determinar o cumprimento de contratos internacionais, devem levar em consideração a ordem pública de qualquer Estado que possa entrar em contato com referido contrato. Esta posição é um dos vários aspectos do terceiro grau da ordem pública que serve aos interesses da comunidade internacional.

D. *Posição do Uruguai*

Na América Latina, a Conferência Interamericana especializada em direito internacional privado reuniu-se, em conformidade com as resoluções da Organização dos Estados Americanos, no Panamá, em 1975⁽⁷⁷⁾, e em Montevidéu, em 1979⁽⁷⁸⁾. Por ocasião do segundo encontro, a delegação uruguaia fez uma declaração que requereu fosse inserida no documento final e que tem uma importância vital para este estudo. A declaração é a seguinte:

“O Uruguai deseja afirmar que ratifica expressamente a linha de pensamento enunciada no Panamá na CIDIP-I, reafirmando seu espírito genuinamente pan-americano e seu claro e positivo objetivo no sentido de contribuir com suas idéias e seu apoio para o desenvolvimento bem sucedido da comunidade jurídica.”

(75) O artigo 16 da Convenção sobre a lei aplicável aos Contratos de Intermediários e de Representação dispõe: “Na aplicação desta Convenção poderá ser dado efeito às disposições imperativas de todo Estado com o qual a situação apresente uma efetiva ligação se e na medida em que, de acordo com o direito deste Estado, estas disposições são aplicáveis, seja qual for o direito designado por suas regras de conflito.”

(76) MERCADAL, “Chronique des jurisprudences nationales relatives aux contrats internationaux: France”, *Droit et Pratique du Commerce Int'l*, nº 4, pp. 575, 579 (1978).

(77) Convenção de Panamá, supra nota 11.

(78) Convenção de Montevidéu, supra nota 12.

“Esta linha de pensamento e conduta tem sido demonstrada de forma indubitável pelas ratificações sem reservas pelo Uruguai de todas as Convenções do Panamá, aprovadas pela Lei nº 14.534, de 1976.

De acordo com esta mesma linha, o Uruguai dá o seu voto favorável à fórmula relativa à ordem pública. Nada obstante, o Uruguai deseja declarar de maneira expressa e clara que, de acordo com a posição que manteve no Panamá, sua interpretação da exceção já mencionada diz respeito à ordem pública internacional como uma instituição jurídica autônoma, não necessariamente coincidente com a ordem pública interna de cada Estado.”

“Portanto, na opinião do Uruguai, a fórmula aprovada proporciona uma autorização excepcional aos vários Estados-Membros para declarar de forma não discricionária e fundamentada que os preceitos da lei estrangeira serão inaplicáveis quando estes, concreta e abertamente, ofenderem os padrões e princípios essenciais da ordem pública internacional sobre os quais cada Estado baseia sua individualidade legal” (79).

A afirmação uruguaia aparentemente defende o princípio da ordem pública mundial; entretanto, as convenções aprovadas em Montevideu e no Panamá se referem à ordem pública local e não internacional. “A lei considerada como aplicável de acordo com esta convenção pode ter sua aplicabilidade recusada no território do Estado que considerá-la manifestamente contrária à sua ordem pública”. Ora, esta é a simples e elementar ordem pública no direito internacional privado, segundo grau da ordem pública, e não o terceiro grau da ordem pública da comunidade internacional.

Conclusão

Se cada Estado considerar somente a sua ordem pública, o futuro trará graves distúrbios à ordem pública internacional. Um novo conceito de ordem pública, a ordem pública verdadeiramente internacional, exige que os Poderes Legislativo e Judiciário de cada Estado levem em consideração os interesses públicos de outras soberanias, bem como os de comunidades regionais. Isto se aplica ao vasto campo do direito internacional e das relações internacionais.

(79) *International Legal Materials*, 1979, pp. 1.218/9.

No direito internacional privado, o princípio geral da ordem pública mundial ou da ordem pública verdadeiramente internacional, apresenta as seguintes diretivas:

a) em cada jurisdição, a ordem pública local continuará a rejeitar a aplicação de lei estrangeira quando esta ofender valores fundamentais do fórum;

b) cada jurisdição estenderá os efeitos das leis que refletem sua ordem pública para proteger outras sociedades, ainda que tais jurisdições alienígenas não tenham introduzido proteções equivalentes;

c) os julgamentos proferidos em cada jurisdição respeitarão a ordem pública estrangeira;

d) cada jurisdição dará tratamento preferencial aos princípios decorrentes da ordem pública verdadeiramente internacional, que reflete os interesses comuns da Humanidade, mesmo que isto implique em uma derrogação da ordem pública local.

A idéia de uma ordem pública mundial já foi defendida por filósofos e cientistas sociais. SIGMUND FREUD, no seu ensaio *Thoughts for the Times on War and Death* ⁽⁸⁰⁾, escreveu que “a guerra não pode ser abolida; enquanto as condições de existência entre as nações forem tão variadas e a repulsa entre os povos tão intensa, haverá, deverá haver guerras”. A antítese da repulsa é a aceitação da ordem pública de outros povos.

KANT ⁽⁸¹⁾ sustentou que o direito nacional e o direito internacional necessariamente culminam na idéia de um direito universal da humanidade que ele denomina de direito cosmopolítico:

“E o direito nacional, internacional e cosmopolítico são tão interligados que, se uma destas três esferas da relação jurídica falhar na formulação dos princípios essenciais que devem regular a liberdade, a estrutura legislativa edificada pelas outras ficará igualmente minada, e todo o sistema ruirá.”

Todos os sistemas jurídicos internos — abrangendo suas regras sobre o conflito de leis, sobre a ordem pública, tanto a puramente interna como a de efeitos internacionais —, juntamente com os fundamentos morais e filosóficos imanentes em todas as instituições jurídicas, todos dependem da manutenção de um respeito universal por uma ordem pública mais elevada, a ordem pública da comunidade internacional.

(80) S. FREUD, “Thoughts for the Times on War and Death”, in *Great Books of the Western World, Encyclopaedia Britannica*, 54, 766c.

(81) I. KANT, “The Science of Right”, *Great Books of the Western World, Encyclopaedia Britannica*, 42, 435 b.

A evolução doutrinária e jurisprudencial da proteção internacional dos direitos humanos nos planos global e regional: as primeiras quatro décadas

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

Ph. D. (Cambridge), Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, Professor Titular da Universidade de Brasília e do Instituto Rio Branco (Itamaraty), Coordenador da Pós-Graduação em Relações Internacionais da Universidade de Brasília

SUMÁRIO

- I. *Introdução*
- II. *A obra de elaboração dos instrumentos de salvaguarda dos direitos humanos: interação entre o global e o regional*
- III. *O quadro geral: identidade de propósito e diversidade de conteúdo e efeitos jurídicos dos instrumentos de proteção*

NOTA: Trabalho de pesquisa apresentado pelo Autor, em forma de conferência ministrada, como Professor convidado do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento e da Chancelaria do Uruguai, no Seminário Internacional *Las Naciones Unidas 40 Años Después*, em 15 de novembro de 1985, realizada no Ministério das Relações Exteriores do Uruguai, em Montevidéu, em comemoração ao 40º aniversário da Organização das Nações Unidas (ONU). — Ressalta o Autor que os conceitos e argumentos contidos no presente trabalho de pesquisa — aqui reproduzido com autorização prévia do Itamaraty — são emitidos unicamente em sua capacidade puramente pessoal.

- IV. *Proteção internacional dos direitos humanos: evolução doutrinária*
 - 1. *Superação da doutrina da "impossibilidade de agir" (CDH) e cristalização do direito de petição nos planos global e regional*
 - 2. *Debate acerca da doutrina do caráter indivisível dos direitos humanos*
 - 3. *Reconhecimento do caráter inderrogável de certos direitos básicos nos planos global e regional*
- V. *Proteção internacional dos direitos humanos: evolução jurisprudencial*
 - 1. *Interpretação dos tratados relativos à proteção internacional dos direitos humanos*
 - 2. *Aspectos da implementação dos tratados relativos à proteção internacional dos direitos humanos: exemplos de construção jurisprudencial "ratione materiae", "ratione personae" e "ratione temporis"*
- VI. *Proteção dos direitos humanos: compatibilização entre dispositivos convencionais e de direito interno*
- VII. *Considerações finais*

I. Introdução

O quadragésimo aniversário da Organização das Nações Unidas constitui ocasião das mais propícias para uma avaliação geral de um domínio em que tem sido considerável a sua contribuição, a par da dos sistemas regionais (interamericano e europeu): o da salvaguarda dos direitos humanos. Distanciamos-nos hoje no tempo da fase "legislativa" de elaboração dos instrumentos de salvaguarda nos planos global e regional, que apresentam identidade de propósito e diversidade de conteúdo e efeitos jurídicos. A evolução, nas quatro últimas décadas, da proteção internacional dos direitos humanos pode ser apreciada tanto à luz da doutrina quanto da jurisprudência. São pontos marcantes da evolução doutrinária a superação da doutrina da "impossibilidade de agir" da Comissão de Direitos Humanos da ONU e a cristalização do direito de petição nos planos global e regional, o debate sobre o chamado caráter indivisível dos direitos humanos, e, significativamente, o reconhecimento do caráter inderrogável de certos direitos básicos — o mínimo universal — nos planos global e regional. A evolução jurisprudencial pode ser investigada em relação tanto à interpretação quanto à implementação (*ratione materiae*, *ratione personae* e *ratione temporis*) dos tratados concernentes à proteção internacional dos direitos humanos. No presente estudo deter-nos-emos em cada um desses pontos, assim como na questão da compatibilização entre dispositivos convencionais e de direito interno na proteção dos direitos humanos, antes de apresentarmos nossas considerações finais.

II. A obra de elaboração dos instrumentos de salvaguarda dos direitos humanos: interação entre o global e o regional

Em 1947, enquanto a Comissão de Direitos Humanos da ONU preparava a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a UNESCO realizava, a título de colaboração, um exame dos principais problemas teóricos levantados por tal Declaração. Foi circulado a alguns dos principais pensadores da época de diversos países um questionário, contendo *inter alia* questões acerca das relações entre direitos de indivíduos e de grupos em sociedades de tipos diferentes e em circunstâncias históricas distintas, assim como das relações entre liberdades individuais e responsabilidades sociais ou coletivas (1). Ao final de reuniões celebradas em Paris, de 26 de junho a 2 de julho de 1947, a Comissão sobre Princípios Filosóficos dos Direitos Humanos, da UNESCO, reuniu suas conclusões em documento intitulado "As Bases de uma Declaração Internacional de Direitos Humanos". Observou-se, de início, que uma declaração universal confrontar-se-ia com interpretações várias derivadas das distintas filosofias prevalentes em cada época. Por exemplo, em decorrência dos movimentos religiosos e do desenvolvimento dos Estados nacionais desde a Renascença até o século XVII, surgiu e se cristalizou uma determinada categoria de direitos, *civis e políticos*, que vieram a se incorporar nas constituições dos diversos Estados. No século XIX, em decorrência dos progressos tecnológicos e da industrialização, formaram-se os chamados direitos *econômicos e sociais*, daí advindo o problema capital da *implementação* dessas duas categorias distintas de direitos (2).

O documento final da Comissão da UNESCO data de julho de 1947, precedendo assim a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembléia Geral da ONU, como se sabe, aos 10 de dezembro de 1948. Dos então 58 Estados-Membros da ONU, 48 votaram

(1) *Los Derechos del Hombre, Estudios y Comentarios en torno a la Nueva Declaración Universal Reunidos por la UNESCO*, México/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1949, apêndice I, pp. 227-232; uma parte especial do questionário dizia respeito às bases teóricas e garantias práticas de diversos direitos enunciados. Para algumas das principais respostas, cf. *ibid.*, pp. 97-98 (TEILHARD DE CHARDIN), 181-185 (ALDOUS HUXLEY), 15-22 e 69-74 (JACQUES MARITAIN), 24-27 (E. CARR), 129-136 (QUINCY WRIGHT), 160-164 (LEVI CARNEIRO), 90-96 (HAESAERT), 75-87 (HAROLD LASKI). Foram também consultados autores sobre a conceituação dos direitos humanos na União Soviética (TCHECHKO, pp. 143-159) na China (CHUNG-SHU LO, pp. 177-180) e na tradição islâmica (HAMAYN KABIR, pp. 173-176).

(2) A Comissão atribuiu especial importância à categoria mais recente de direitos, dependentes do "estudo da relação da propriedade e seu uso, da propriedade privada e comum, e dos direitos privados e responsabilidade pública". O documento enumera 15 direitos que, no parecer da Comissão, têm uma importância fundamental, e ressalta o caráter dinâmico das relações recíprocas entre os direitos humanos; cf. *ibid.*, apêndice II, pp. 233-246.

a favor, nenhum contra, 8 se abstiveram e 2 encontravam-se ausentes na ocasião. A Declaração resultou de uma série de decisões tomadas no biênio 1947-1948, a partir da 1ª sessão regular da Comissão de Direitos Humanos da ONU em fevereiro de 1947. O plano geral era de um *International Bill of Human Rights* (3), do qual a Declaração seria apenas a primeira parte, a ser complementada por uma Convenção ou Convenções (posteriormente denominadas Pactos) e medidas de implementação. Estas últimas não constavam, pois, da Declaração Universal de 1948. Ponto importante, que vale ressaltar, é a inclusão na Declaração das duas categorias de direitos (4), os *civis e políticos* (artigos 2-21) e os *econômicos e sociais* (artigos 22-28).

A Declaração Universal de 1948 (5), incorporada que foi em resolução do tipo declaratório da Assembléia Geral da ONU, não tem, como jamais pretendeu ter, força jurídica obrigatória, muito embora seja inegável seu impacto nas constituições, legislações e jurisprudências nacionais, assim como em tratados internacionais e demais resoluções da ONU. Tal impacto se tornou ainda mais considerável pelo lapso de tempo prolongado (18 anos) entre a adoção da Declaração e a dos dois Pactos (e Protocolo Facultativo) em 1966 (6), que levou alguns intérpretes a sugerir que possivelmente alguns dos princípios da Declaração tenham hoje se tornado "obrigatórios" como parte do direito internacional consuetudinário (7). Não surpreende que a elaboração dos dois Pactos (e Protocolo Facultativo) tenha exigido tanto tempo, vez que se tentava detectar o denominador comum aceitável aos Estados-Membros da ONU e alcançar

-
- (3) Para um dos estudos mais completos sobre o tema, cf. H. LAUTERPACHT, *International Law and Human Rights*, London, Stevens, 1950, parte III, pp. 273-393.
- (4) Sobre tal antinomia individual *versus* social nas duas categorias de direitos incorporados à Declaração Universal, cf., e.g., E. G. DA MATA-MACHADO, *Contribuição ao Personalismo Jurídico*, Rio de Janeiro, Forense, 1954, pp. 79, 86-88 e 93.
- (5) Para um estudo geral de seu histórico legislativo, cf., e.g., ALBERT VERDOODT, *Naissance et signification de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*, Louvain, Ed. Nauwelaerts, s/d, pp. 35-331; J. HUMPHREY, "The Universal Declaration of Human Rights: Its History, Impact and Juridical Character", *Human Rights: Thirty Years after the Universal Declaration* (ed. B. G. Ramcharan), The Hague, M. Nijhoff, 1979, pp. 21-37.
- (6) ONU, documento ST/HR/2, *United Nations Action in the Field of Human Rights*, N.Y., 1974, pp. 8-9.
- (7) Cf., e.g., JOHN P. HUMPHREY, "The International Law of Human Rights in the Middle Twentieth Century", *The Present State of International Law and Other Essays* (Centenary Celebration of the International Law Association 1873-1973), Deventer, Kluwer, 1973, p. 85. Cf. também observações in G. EZEJIOFOR, *Protection of Human Rights under the Law*, London, Butterworths, 1964, pp. 88-90; L. B. SOHN, "The Universal Declaration of Human Rights, a Common Standard of Achievement? — The Status of the Universal Declaration in International Law", 8 *Journal of the International Commission of Jurists* (1967) pp. 23-26.

uma definição comum dos direitos essenciais à preservação da sociedade humana (8).

Já nos primeiros anos da fase “legislativa”, de elaboração dos instrumentos de salvaguarda dos direitos humanos, a nível global assim como regional, constata-se uma interação entre os distintos labores de redação daqueles instrumentos. O ímpeto e a fonte comum de inspiração provieram da Declaração Universal de 1948, ponto marcante do desencadeamento do processo de *generalização* da proteção internacional dos direitos de pessoa humana. Assim, a Declaração Universal formou, em grande escala, a base do que veio a tornar-se o Pacto da ONU de Direitos Cívicos e Políticos, a nível global, e a Convenção Européia de Direitos Humanos, a nível regional (9). Assim, e.g., sabe-se que no decorrer dos trabalhos preparatórios dos Pactos da ONU de Direitos Humanos e da Convenção Européia de Direitos Humanos — influenciados pela Declaração Universal — houve contatos constantes entre os participantes, alguns dos quais integraram os comitês preparatórios tanto das Nações Unidas quanto do Conselho da Europa. A Convenção Européia seguiu-se a Carta Social Européia — com regime próximo ao do Pacto de Direitos Económicos, Sociais e Culturais — cujas raízes remontam ao sistema de garantias das Convenções da OIT (10). É clara, nesta fase “legislativa”, a interação entre os níveis global e regional (cf. também infra).

Com a adoção dos dois Pactos, em 1966, comportando medidas de implementação, completou-se o projeto original de um *International Bill of Human Rights*, iniciado com a Declaração Universal de 1948 (11) (supra). Por mais relativo que seja o valor dos *travaux préparatoires* (12) como elemento de interpretação de tratados, são um fator que não pode ser ignorado em uma avaliação da experiência das Nações Unidas na proteção internacional dos direitos humanos em perspectiva histórica. Nos trabalhos preparatórios dos Pactos, que se estenderam de 1947 a 1966, podem-se destacar quatro fases: na primeira, de 1947 a 1950, a Comissão de Direitos Humanos da ONU trabalhou praticamente só, sem assistência

(8) POLYS MODINOS, “Coexistence de la Convention européenne des droits de l’homme et du Pacte des droits civils et politiques des Nations Unies”, 1 *Revue des Droits de l’Homme/Human Rights Journal* (1968) p. 42.

(9) Egon Schwelb, “The United Nations and Human Rights”, 11 *Haward Law Journal* (1965) p. 369.

(10) Phedon Vegleris, “Twenty Years’ Experience of the Convention and Future Prospects”, *Third Colloquy about the European Convention on Human Rights* (Brussels, 1970), doc. H/Coll. (70) 6, pp. 38-39 e 51.

(11) Cf. “After 30 years, an International Bill of Human Rights”, 13 *U. N. Monthly Chronicle* (abril 1976) n.º 4, pp. 50-52.

(12) Cf., em geral, e. g., B. NARAIN MEHRISH, “The Role of *Travaux Préparatoires* as an Element in the Interpretation of Treaties — in the Light of Article 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties”, 40 *Yearbook of the A. A. A.* (1970) pp. 43-92.

direta do ECOSOC ou da Assembléia Geral da ONU. De 1950 a 1954 os três órgãos atuaram conjuntamente, dividindo-se o período em 1951 com a importante decisão da Assembléia Geral de ter dois Pactos ao invés de um. O quarto e último período se estende de 1954, data da conclusão pela Comissão do projeto dos dois Pactos, até 1966, data de sua adoção — em (que os trabalhos foram desenvolvidos pela própria Assembléia Geral (e sua III Comissão) (13).

Já em sua segunda sessão (dezembro de 1947) a Comissão de Direitos Humanos contemplava medidas de implementação, discutidas sistematicamente até 1951 (sistemas de petições e de relatórios); persistia, no entanto, a dúvida se seriam incorporadas no próprio projeto do Pacto ou separadamente em Protocolo do Pacto (14). Naquele ano a Assembléia Geral, reconsiderando posição anterior, e atendendo a pedido do ECOSOC (15), optou pelo preparo de dois Pactos, um sobre direitos civis e políticos, e outro sobre direitos econômicos, sociais e culturais (16). Esta decisão é hoje aclamada como refletindo o marco e a principal característica do abordamento dos direitos humanos prevaletentes em meados do século XX, qual seja, “o reconhecimento indubitável do fato de que os seres humanos estão habilitados ao gozo não apenas dos direitos civis e políticos tradicionais, mas também dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais, para a maioria das pessoas, os direitos tradicionais têm pouco sentido” (17).

Na época, a solução do projeto dos dois Pactos veio como uma conciliação — conforme apregoador por CASSIN no próprio ano de 1951 (18) — entre a tese de Pactos sucessivos (anteriormente endossada pela Comissão) e a de um único Pacto (a tese anterior da Assembléia Geral). Assim como

-
- (13) Para um estudo detalhado da matéria, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, “Exhaustion of Local Remedies under the United Nations International Covenant on Civil and Political Rights and Its Optional Protocol”, 28 *International and Comparative Law Quarterly* (1979) pp. 734-765, esp. pp. 735-756.
- (14) H. W. BRIGGS, “Implementation of the Proposed International Covenant on Human Rights”, 42 *American Journal of International Law* (1948) p. 391; A. A. CANÇADO TRINDADE, “The Domestic Jurisdiction of States in the Practice of the United Nations and Regional Organizations”, 25 *International and Comparative Law Quarterly* (1976) pp. 756-758 e 763; ONU, documentos E/600 (de 1948), E/1371 (de 1949), E/1681 (de 1950).
- (15) 6 U. N. *Yearbook on Human Rights* (1951) pp. 526-527.
- (16) A. G., resolução 543 (VI), de 1951.
- (17) J. P. HUMPHREY, *op. cit.*, supra n. (7), p. 101.
- (18) R. CASSIN, “La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des droits de l’homme”, 79 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International* (1951) pp. 297-305, cf., também pp. 241-362. Sobre a etapa inicial de elaboração dos Pactos, cf. em geral EGON SCHWELB, “Notes on the Early Legislative History of the Measures of Implementation of the Human Rights Covenants”, *Mélanges offerts à Polys Modinos*, Paris, Pédone, 1968, pp. 270-289.

o sentido atribuído às duas categorias de direitos consagrados nos dois Pactos em discussão era diferente, também se distinguiam os métodos de implementação dos dois grupos de direitos: a Comissão, colocando em prática as diretrizes recebidas da Assembléia Geral para a elaboração de dois Pactos distintos (19), concebeu, por exemplo, o processo de *reclamações* ou *petições* como aplicável particularmente aos direitos civis e políticos, mas não aos direitos econômicos, sociais e culturais, porque “as obrigações com relação a esses direitos não podem ser tão precisamente definidas como no caso dos direitos civis e políticos” (20). Os direitos econômicos, sociais e culturais eram vistos como fins ou objetivos a ser realizados “progressivamente”, em período de tempo mais longo (21).

A Comissão concluiu o projeto de ambos os Pactos em 1954; as medidas de implementação incluíam o sistema de relatórios periódicos e o sistema de petições. Em louvor da Comissão, deve-se ressaltar que, apesar da diversidade de pontos de vista (não apenas em seu seio mas também no ECOSOC e na Assembléia Geral), conseguiu ela realizar a difícil tarefa de produzir os dois Pactos em uma época caracterizada pelos conflitos ideológicos gerados pela guerra fria e também marcada pelo processo incipiente de descolonização, cujos impactos se podiam fazer sentir em seus trabalhos (22); a realização da Comissão, em tal clima, não deve passar despercebida.

Nos anos subsequentes, até a adoção dos dois Pactos pela Assembléia Geral (1954 a 1956), virtualmente todo o trabalho ficou a cargo da própria Assembléia (e sua III Comissão). Em 1955 o Secretário-Geral da ONU preparou um histórico dos Pactos e seus problemas (liberado em 1º de julho de 1955 como documento A/2929 da ONU), em que afirmava que “existia um consenso geral no sentido de que os dispositivos dos Pactos deveriam ser implementados, a nível nacional, pelos próprios Estados-Partes por meio de medidas legislativas, administrativas, e outras, apropriadas. Subsistiam diferenças consideráveis de opinião acerca do estabelecimento ou não de medidas internacionais de implementação e, em caso afirmativo, dos tipos ou sistemas de implementação” (23) a ser adotados.

Os debates, a respeito, se prolongaram até as vésperas da adoção dos dois Pactos em 1966 (24); o quadro geral de implementação enfim

(19) ONU, documento E/2256, Annex I, pp. 44-54.

(20) J. SIMSARIAN, “Progress in Drafting Two Covenants on Human Rights in the United Nations”, 46 *American Journal of International Law* (1952) p. 711.

(21) *Ibid.*, pp. 710-718.

(22) J.-B. MARIE, *La Commission des Droits de l'Homme de l'ONU*, Paris, Pédone, 1975, p. 168.

(23) ONU, documento A/2.929, capítulo II, § 24, p. 9.

(24) Para um relato, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, “A Implementação Internacional dos Direitos Humanos ao Final da Década de Setenta”, 25 *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (1979) pp. 344-347.

adotado compreendia três medidas principais: o sistema de *relatórios*, comum a ambos os Pactos; o sistema de *reclamações interestatais*, encontrado no Pacto de Direitos Civis e Políticos, sendo o órgão internacional em questão — o Comitê de Direitos Humanos estabelecido pelo Pacto — dotado de competência facultativa para receber e examinar tais reclamações; e o sistema de *petições individuais* (25) ao Comitê, incluído no Protocolo Facultativo do Pacto de Direitos Civis e Políticos. O Comitê foi concebido e tem atuado mais como um órgão de conciliação ou bons ofícios do que estritamente judicial (26). As obrigações sob o Pacto de Direitos Civis e Políticos são de tal ordem que sua implementação reveste-se de um caráter de “imediatismo”, a requerer *medidas* concretas dos Estados-Partes; não se trata, pois, de um instrumento apenas de “promoção” dos direitos humanos, vez que cria obrigações *imediatas* para os Estados-Partes (27). Já o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a seu termo, prevê a *realização progressiva* daqueles direitos, a qual pode melhor ser apreciada, a par — e sobretudo — das medidas gerais tomadas pelos Estados, também à luz da atuação conjunta das agências especializadas da ONU em suas respectivas esferas de competência. Contudo, tal diferenciação entre direitos civis e políticos, e direitos econômicos, sociais e culturais, apresenta algumas nuances e não passa sem alguma dificuldade, como veremos mais adiante.

Os trabalhos preparatórios da Convenção Internacional (da ONU) sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (iniciados em 1963-1964) beneficiaram-se do fato de terem seus redatores encontrado inspiração e base para os trabalhos no longo processo de redação dos Pactos de Direitos Humanos da ONU (*supra* e dos *travaux préparatoires* da Convenção Européia de Direitos Humanos (*infra*). Distintamente dos dois Pactos de 1966 (e Protocolo Facultativo), que só entraram em vigor uma década depois, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de dezembro de 1965, entrou em vigor pouco tempo depois, em janeiro de 1969. Dos debates de 1965 da III Comissão da Assembléia Geral da ONU resultou a decisão da criação do Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial (CERD), encarregado de considerar *relatórios* dos Estados-Partes (em sistema

(25) Sobre o direito de petição individual, cf. EGON SCHWELB, “Civil and Political Rights: the International Measures of Implementation”, 62 *American Journal of International Law* (1968) pp. 863-864, e, no contexto europeu, K. VASAK, “Le problème des pétitions individuelles relatives aux droits de l’homme” *La protection internationale des droits de l’homme dans le cadre européen* (1960 Strasbourg Colloquium), Paris, Dalloz, 1961, pp. 261-278.

(26) ONU, documento A/5.411, § 64, p. 9.

(27) EGON SCHWELB, “The Nature of the obligations of the States-Parties to the International Covenant on Civil and Political Rights”, in *René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber*, vol. I, Paris, Pédone, 1969, pp. 301-324.

análogo ao da OIT) (28), *reclamações interestatais* e, em base facultativa, *petições individuais*.

Concebida a Convenção em termos de *obrigações* dos Estados de erradicar a discriminação racial, seus objetivos transcendem a simples solução de casos puramente individuais, pois a prática de discriminação que visa a eliminar pode não raro refletir situações (políticas) mais ou menos generalizadas afetando um segmento minoritário (nos casos mais graves mesmo majoritário) da população de um país ou região. Dentre os problemas com que poderá provavelmente vir a confrontar-se o mecanismo de petições individuais da Convenção encontra-se o da discriminação *de jure*, quando os tribunais de um país não forem competentes para revisar a legislação nacional em questão (29).

A Convenção incorpora deveres não apenas de caráter negativo — o dever de não engajar ou apoiar práticas de discriminação racial — como também de caráter positivo, a saber: o dever de todos os Estados-Partes de tomar medidas eficazes para revisar políticas governamentais, nacionais e locais, e emendar, rescindir ou anular quaisquer leis e regulamentos resultando no fomento e perpetuação da discriminação racial; o dever de todos os Estados-Partes de proibir e pôr fim a quaisquer práticas de discriminação racial por todas as medidas apropriadas, incluindo legislação se necessário; o dever dos Estados-Partes de declarar ilegais e puníveis por lei os atos de disseminação e incitação à discriminação racial (30). É claro, pois, que a Convenção transcende a solução de casos individuais isolados, visando em última análise o aperfeiçoamento do sistema jurídico interno de proteção judiciária contra a discriminação racial, e o ajuste e aprimoramento de políticas nacionais e locais a fim de erradicar práticas de discriminação racial (31).

Também no âmbito regional a fase “legislativa”, de elaboração de instrumentos de salvaguarda dos direitos humanos, remonta a fins da

(28) Cf. EGON SCHWELB, “The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination”, 15 *International and Comparative Law Quarterly* (1966) pp. 1034-1037. Sobre o sistema de relatórios da Convenção, cf. e. g., K DAS, “Measures of Implementation of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination with Special Reference to the Provisions Concerning Reports from States-Parties to the Convention”, 4 *Revue des Droits de l’Homme/Human Rights Journal* (1971) pp. 213-262.

(29) P. SCHAFFER e D. WEISSBRODT, “Exhaustion of Remedies in the Context of the Racial Discrimination Convention”, 2 *Revue des Droits de l’Homme/Human Rights Journal* (1969) pp. 644-645.

(30) Cf. artigos 2 (c) e (d), e 4, da Convenção, texto in ONU, documento ST/HR/1/Rev. 1, *Human Rights*, — *A Compilation of International Instruments of the United Nations*, 1978, pp. 25-26.

(31) Cf. observações in A. A. CANÇADO TRINDADE, “Exhaustion of Local Remedies under the United Nations International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination”, 21 *German Yearbook of International Law* (1979) pp. 374-383.

década de quarenta. A Declaração Americana de Direitos Humanos, de abril de 1948, antecede em oito meses a Declaração Universal de Direitos Humanos, de dezembro de 1948. Naquele ano têm início os trabalhos preparatórios da Convenção Européia de Direitos Humanos (com os projetos do Movimento Europeu), que se prolongam até fins de 1950, e dos quais participam a Assembléia Consultiva do Conselho da Europa (e seu Comitê Jurídico), o Comitê de Peritos, a Conferência de *Senior Officials* e o Comitê de Ministros⁽³²⁾. A Convenção Européia, assinada em 1950 e em vigor a partir de 1953, seguiram-se Protocolos Adicionais sucessivos (oito, até o presente) e a Carta Social Européia (de 1961, em vigor a partir de 1965), voltados estes aos direitos econômicos e sociais⁽³³⁾; houve, claramente, influências mútuas e interação na redação da Convenção Européia, a nível regional, e dos Pactos de Direitos Humanos da ONU (particularmente o de Direitos Cíveis e Políticos), a nível global, o que formou objeto de ampla bibliografia⁽³⁴⁾. Há, no entanto, uma diferença nítida de enfoque ou concepção: enquanto a atuação das Nações Unidas no presente campo se inspira mais propriamente nesta época no ideal de *promoção* dos direitos humanos, e os próprios mecanismos do Pacto de Direitos Cíveis e Políticos e seu Protocolo Facultativo (recla-

- (32) Para um estudo, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "Exhaustion of Local Remedies in the 'Travaux Préparatoires' of the European Convention on Human Rights", 58 *Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques et Politiques* (1980) pp. 73-88.
- (33) Os trabalhos preparatórios da Carta Social Européia se estenderam de 1954 a 1961, e a eles se associou a OIT. Cf. (K. VASAK), "La protection Internationale des droits de l'homme dans le cadre des organisations régionales", 3.05/3.06 *Documentation française — Documents d'études — Droit International Public* (1973) pp. 34-35; A. H. ROBERTSON, *Human Rights in Europe*, Manchester, University Press, 1977, pp. 5-25.
- (34) Cf.: R. CASSIN, "La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme", 79 (*Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1951) p. 328; J. M. GLENN, *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Convention européenne des Droits de l'homme: une étude comparative* (tese), vol. II, Universidade de Estrasburgo, 1973, pp. 369-378 e 383-386, A. H. ROBERTSON, "The United Nations Covenant on Civil and Political Rights and the European Convention on Human Rights", 43 *British Year Book of International Law* (1968-1969) pp. 21-48, esp. pp. 41-48; F. CAPOTORTI, "The International Measures of Implementation Included in the Covenant on Civil and Political Rights", in *International Protection of Human Rights — Proceedings of the Seventh Nobel Symposium* (ed. A. Eide e A. Schou, Oslo 1967), Estocolmo, Almqvist & Wiksell, 1968, pp. 131-148; A. J. P. TAMMES, "The Obligation to Provide Local Remedies", in *Vöikenrechtelijke Opstellen aangeboden aan Professor Dr. Gesina H. J. van der Molen*, Kampen, 1962, pp. 152-168; F. C. NEWMAN, "Natural Justice, Due Process and the New International Covenants on Human Rights: Prospectus", *Public Law — Londres* (1967) pp. 274-313. Sobre os pontos de contato entre a Convenção Européia e a Convenção da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (supra), cf., e.g., E. SCHWELB, *op. cit.* supra n. (28), p. 1.048.

mações interestatais e petições individuais) tenham sido concebidos como procedimentos antes de determinação dos fatos ou conciliação, o mesmo não ocorre na Convenção Européia. Aqui, quer se trate de “parecer” da Comissão Européia, de “julgamento” da Corte Européia, ou de “decisão” do Comitê de Ministros — os três órgãos da Convenção, — as petições, sejam elas interestatais ou individuais, são efetivamente “julgadas” (35).

No continente americano, os *travaux préparatoires* da Convenção Americana de Direitos Humanos se estenderam desde a II Conferência Extraordinária Interamericana (Rio de Janeiro) de 1965 até a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos (San José) de 1969. Deles participaram o Conselho Interamericano de Jurisconsultos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Comissão de Assuntos Jurídico-Políticos do Conselho da OEA (além de projetos apresentados por governos). Preocupação básica foi a de “evitar o perigo de possíveis conflitos de normas e de instituições mundiais e regionais”, razão por que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos procedeu a um estudo comparativo entre os Pactos de Direitos Humanos da ONU e Protocolo Facultativo do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos (*supra*) e os projetos de Convenção Americana de Direitos Humanos (36). Os distintos instrumentos de salvaguarda dos direitos humanos da ONU (*supra*) e as Convenções regionais (Européia e Americana) são, naturalmente, “autônomos” e apresentam variações, tanto na parte substantiva em relação à formulação dos direitos garantidos, quanto na parte processual em relação à consagração dos mecanismos de implementação (variações estas que requereriam um estudo à parte); seus redatores, no entanto, mantiveram-se conscientes da necessidade de coordenação dos distintos instrumentos, no plano global assim como regional. Os trabalhos preparatórios da Convenção Americana, que não fazem exceção a isto, mostram-se crivados de referências a dispositivos correspondentes dos Pactos de Direitos Humanos da ONU e da Convenção Européia (37), tendo presente a referida necessidade de coordenação mas sem prejuízo da expressão regional da proteção dos direitos humanos no continente americano. A Convenção

(35) POLYS MODINOS, *op. cit.*, *supra* n. (8), p. 64.

(36) OEA, Conferência Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, doc. 12, de 22-09-1969, *cit.* n. (37) *infra*, pp. 1-4; e cf. OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Estudio Comparativo entre los Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales y los Proyectos de Convención Interamericana sobre Derechos Humanos” (relator C. A. DUNSHEE DE ABRANCHES) doc. OEA/Ser. L/V/II. 19-doc. 18, de 04-04-1968, pp. 1-51.

(37) OEA, Conferência Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, “Anotación sobre el Proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos” (CIDH), doc. 12, de 22-9-1969, pp. 7, 10-12, 18, 21-22, 24-27, 29, 33-35, 37-38, 41, 45, 48 e 51.

Americana, aprovada na Conferência de San José de 1969⁽³⁸⁾, entrou enfim em vigor em 1978, possibilitando a que assim se testemunhasse, tanto no âmbito global quanto regional⁽³⁹⁾ (americano), a passagem gradual ou evolução da fase "legislativa", de redação dos instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos, à fase corrente de implementação de tais instrumentos (cf. infra).

III. O quadro geral: identidade de propósito e diversidade de conteúdo e efeitos jurídicos dos instrumentos de proteção

Da Declaração Universal de 1948 até nossos dias, os instrumentos internacionais voltados ao propósito comum de salvaguarda dos direitos humanos formam um *corpus* de regras bastante complexo, de *origens diversas* (Nações Unidas, agências especializadas, organizações regionais), de *diferentes âmbitos de aplicação* (universal e regional), *distintos também quanto a seus destinatários ou beneficiários*, e, significativamente, de *conteúdo, força e efeitos jurídicos desiguais ou variáveis* (desde simples declarações até convenções devidamente ratificadas) e de *órgãos exercendo funções também distintas* (e.g., informação, instrução, conciliação e tomada de decisão)⁽⁴⁰⁾. São igualmente distintas as técnicas de controle e supervisão (e.g., relatórios periódicos, reclamações ou petições de diversas modalidades)⁽⁴¹⁾.

(38) OEA, Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, *Ata Final*, doc. 70/rev. 1, de 22-11-1969, p. 6.

(39) Para um exame — que escaparia aos propósitos do presente estudo — da proteção internacional dos direitos humanos em outras concepções ou sistemas regionais, cf.: KAREL VASAK, "Les droits de l'homme en Afrique", 3 *Revue Belge de Droit International* (1967) n.º 2, pp. 459-478; V. O. UMOZURIKE, "The African Charter on Human and Peoples' Rights", 77 *American Journal of International Law* (1983) pp. 902-912; KEBA M'BAYE, "Les droits de l'homme en Afrique", *Les dimensions internationales des droits de l'homme* (ed. K. Vasak), Paris, UNESCO, 1978, pp. 645-664; BIRAME NDIAYE, "La place des droits de l'homme dans la Charte de l'Organisation de l'Unité Africaine", *ibid.*, pp. 664-679; B. BOUTROS-GHALI, "La Ligue des États Arabes", *ibid.*, pp. 634-644; NAGENDRA SINGH, "L'Asie et les droits de l'homme", *ibid.*, pp. 702-706; VLADIMIR KARTASHKIN, "Les pays socialistes et les droits de l'homme", *ibid.*, pp. 680-701; FRANCISZEK PRZETACZNIK, "L'attitude des États socialistes à l'égard de la protection internationale des droits de l'homme", 7 *Revue des Droits de l'Homme/Human Rights Journal* (1974) n.º 1, pp. 175-206.

(40) KAREL VASAK, "Le droit international des droits de l'homme", 140 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1974) pp. 348-349 e 361, e cf. também pp. 366 e 411-412.

(41) *Ibid.*, pp. 366-371 e 411-413; L. B. SOHN, "Procedures Developed by International Organizations for Checking Compliance", *The Effectiveness of International Decisions* (ed. S. Schwebel), Leiden, Sijthoff/Oceana, 1971, pp. 51-56.

Este fenômeno, que poderíamos denominar de identidade de propósitos e diversidade de meios, pode ocorrer dentro de um mesmo sistema de proteção, conforme pertinentemente ilustrado pelo sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: este último, desde seus primórdios, mesmo antes da Declaração Americana de abril de 1948, caracterizou-se, com efeito, pela evolução, em coexistência, de instrumentos de *conteúdo e efeitos jurídicos variáveis*, geralmente voltados a determinadas situações ou categorias de direitos (e.g., convenções sobre direitos de estrangeiros e cidadãos naturalizados, sobre asilo, sobre direitos da mulher; Carta Americana de Garantias Sociais, também de abril de 1948; resoluções e declarações adotadas nas Conferências Internacionais Americanas sobre aspectos distintos da temática e proteção dos direitos humanos) (42). O próprio *mecanismo* regional de proteção dos direitos humanos no continente americano tem suas origens em instrumentos outros que tratados: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e.g., resultou originalmente de uma *resolução*, a Resolução VIII da V Reunião de Consulta dos Ministros de Relações Exteriores (Santiago, 1959). Assim criada, a Comissão cedo pôs-se a tentar ampliar sua competência, o que conseguiu pela Resolução XXII da II Conferência Interamericana Extraordinária (Rio de Janeiro, 1965), que outorgou-lhe o poder adicional de, além de realizar estudos, receber petições ou comunicações sobre violações de direitos humanos.

Por ocasião do caso da *República Dominicana* (1965-1966), a Comissão foi mais além, como órgão já de *proteção* dos direitos humanos, verdadeiro órgão de *ação*, operando continuamente naquele país por mais de um ano, ultrapassando em muito suas atribuições de órgão de observação e recomendação; tal ação, sem precedentes, ampliou ainda mais sua competência, mediante um processo de interpretação liberal e extensiva de seus poderes. Quatro anos após, durante o conflito armado entre Honduras e El Salvador em 1969, membros da Comissão permaneceram naqueles países por um período de aproximadamente quatro meses. Nesse estágio, não mais restava dúvida de que a Comissão se consolidara como órgão não apenas de estudos e observação, mas também de ação, na proteção dos direitos humanos.

(42) Cf. fontes e detalhes in A. A. CANÇADO TRINDADE, "A Evolução do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: Avaliação Crítica", 19 *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal (1982) n.º 73, pp. 107-108. E cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, *The Evolution of the O. A. S. System of Human Rights Protection: An Appraisal*, 25 *German Yearbook of International Law* (1982) pp. 498-514; A. A. CANÇADO TRINDADE, "Una Evolución del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Evaluación Crítica", 16 *Jurídica-Anuário del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana* — México (1984) pp. 433-445.

Com o Protocolo de Reformas da Carta da OEA (Buenos Aires, 1967), que entrou em vigor em 1970, foi a Comissão enfim erigida em um dos órgãos principais da Organização, tendo seu *status* jurídico assim consideravelmente fortalecido; a Comissão passava desse modo a ser dotada, finalmente, de base *convencional*, com um mandato não mais apenas de promoção mas também de controle e supervisão da proteção de direitos humanos. A partir daí pôde a Comissão atuar de modo distinto de seus primeiros anos, com amplas possibilidades de ação decorrentes de sua competência de órgão da OEA de proteção dos direitos humanos (43). O próprio tratamento das petições pela Comissão passou por significativa evolução mediante um *processo de interpretação* liberal das normas processuais; a gradual ampliação de seus poderes deu-se já bem antes da entrada em vigor, em 1978, da Convenção Americana de 1969 (44).

O desenvolvimento histórico do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos aponta, assim, no sentido de facilitar gradualmente o acesso dos particulares lesados às instâncias internacionais, e desse modo fortalecer sua posição no plano internacional, em experimentos providos *seja de base convencional, seja de base originalmente fornecida por instrumentos tecnicamente não obrigatórios* (resoluções internacionais), mas que nem por isso deixam de exercer efeitos jurídicos em relação aos Estados-Membros (45).

Não surpreende, assim, que, mesmo países que não aderiram à Convenção Americana, e antes da entrada em vigor desta, tenham participado efetivamente de procedimentos perante a Comissão Interamericana: a simples não-ratificação ou não-adesão da Convenção Americana não impede, assim, que um Estado se dirija à Comissão no decorrer da tramitação de casos que lhe digam respeito.

A própria existência dos distintos sistemas de proteção levanta a questão de sua coordenação, no tocante tanto às normas quanto aos procedimentos consagrados. Parece estar em vias de esclarecimento a questão da possibilidade de uma "coexistência" ou "acumulação" de procedimentos (petições) a níveis global (Comissão das Nações Unidas) e regional (Comissão Européia e Comissão Interamericana): estudos a respeito têm tendido a apoiar a *livre escolha entre os procedimentos global e regional*, argumentando no sentido de permitir-se a "acumulação" do nível regional

(43) Cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "A Evolução do Sistema...", *op. cit.* supra n. (42), pp. 108-110, também para exemplos.

(44) Cf. *Ibid.*, pp. 111-112. Para a questão da "transição" entre a "antiga" Comissão Interamericana e a "nova" Comissão a operar sob a Convenção Americana, cf. *ibid.*, pp. 113-115.

(45) *Ibid.*, p. 113; A. A. CANÇADO TRINDADE, "O Impacto de Tratados e Resoluções nas Relações Internacionais na América Latina", 19 *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal (1982) n.º 74, p. 182.

ao global, mas *não* vice-versa⁽⁴⁶⁾. Também já se sugeriu, quanto às *normas*, que deve prevalecer a mais favorável ao indivíduo reclamante em questão⁽⁴⁷⁾. Acrescente-se que, ao dispor sobre a matéria, a resolução (70)17, de 15 de maio de 1970, do Comitê de Ministros (Conselho da Europa) recomenda que os Estados-Partes à Convenção Européia e ao Pacto de Direitos Cíveis e Políticos da ONU deveriam utilizar apenas o procedimento estabelecido na Convenção Européia em reclamações relativas a supostas violações de direitos cobertos substancialmente tanto pela Convenção Européia (ou seus Protocolos) quanto pelo Pacto da ONU, mas o procedimento deste último poderia ser acionado em relação a direitos não garantidos na Convenção Européia (ou seus Protocolos) ou em relação a Estados não partes à Convenção Européia. De toda forma, os possíveis conflitos entre normas e procedimentos de distintos sistemas de proteção devem ser afastados, pois sua “coexistência” ou coordenação se impõe como decorrência ou reflexo da *generalização* da proteção do ser humano no plano internacional⁽⁴⁸⁾.

(46) M. TARDU, “Quelques questions relatives à la coexistence des procédures universelles et régionales de plainte individuelle dans le domaine des droits de l’homme”, 4 *Revue des Droits de l’Homme/Human Rights Journal* (1971) pp. 589-625; M. A. EISSEN, “Convention européenne des droits de l’homme et Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques: problèmes de “coexistence”. 30 *Zeitschrift für Ausländisches Recht und Völkerrecht* (1970) pp. 237-262; M. TARDU, “The Protocol to the U. N. Covenant on Civil and Political Rights and the Inter-American System: a Study of Co-Existing Petition Procedures”, 70 *American Journal of International Law* (1976) pp. 778-800; Conseil de l’Europe, doc. H (70) 7, *Problèmes Arising from the Co-Existence of the U. N. Covenants on Human Rights and the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, 1970, pp. 1-93; e sobre a “integração do sistema regional com o universal” de proteção, cf., recentemente, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-1/82, de 24-9-1982, sobre “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte, Série A. n. 1, 1982, p. 18.

(47) RODOLFO PIZA, “La Coordinación de los Mecanismos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (o “Pacto de San José”) con Respecto a los Establecidos por el Sistema de las Naciones Unidas para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos”, *La Convención Americana sobre Derechos Humanos, Washington*, Secretaría General de la OEA, 1980, pp. 207-208, e cf. pp. 209-211; POLYS MODINOS, “Coexistence de la Convention Européenne des Droits de l’Homme et du Pacte des Droits Civils et Politiques des Nations Unies”, 1 *Revue des Droits de l’Homme/Human Rights Journal* (1968) p. 66. — Cf. também os comentários (e. g., sobre o artigo 44 do Pacto de Direitos Cíveis e Políticos da ONU, a propósito da co-existência com outros procedimentos) de LOUIS B. SOHN, “Human Rights: Their Implementation and Supervision by the United Nations”, in *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues* (ed. Th. Meron), vol. II, Oxford, Clarendon Press, 1984, pp. 393-394.

(48) Generalização esta advogada por SCELLE já em 1933-1934; G. SCELLE, *Précis de Droit des Gens — Principes et Systématique*, parte II, Paris, Rec. Sirey, 1934, pp. 252-255; G. SCELLE, “Règles générales du droit de la paix”, 46 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International* (1933), pp. 656-661.

IV. Proteção internacional dos direitos humanos: evolução doutrinária

1. Superação da doutrina da “impossibilidade de agir” (CDH) e cristalização do direito de petição nos planos global e regional

A concepção e formulação dos direitos a serem garantidos nos planos nacional e internacional (neste último, instrumentos globais e regionais) encontram-se ligadas à questão dos mecanismos de implementação. Estes últimos não estão isentos de considerações de cunho doutrinário, como o demonstra da tese da “impossibilidade de agir” da Comissão de Direitos Humanos da ONU, que sobreviveu durante muitos anos, que recapitularemos a seguir. Com efeito, em fins da década de sessenta observava-se que “no atual estágio do desenvolvimento do direito e relações internacionais, os dispositivos processuais, as medidas de implementação, o mecanismo internacional são de maior importância e maior interesse do que a re-asserção dos *standards* internacionais sobre direitos humanos em forma de tratado” (49).

Recorde-se que, desde que a Comissão de Direitos Humanos da ONU passara a funcionar há quase quatro décadas atrás, recebia milhares de petições anualmente (enumeradas em listas confidenciais), mas ficara decidido, em 1947, que a Comissão não estaria habilitada a tomar quaisquer medidas práticas com relação a essas reclamações (50): como não dispunha a ONU de um mecanismo para remediar as violações de direitos humanos alegadas em tais petições, ficou claro na época que a função da Comissão seria antes a de estabelecer certos padrões (*standards*). O assunto veio novamente à baila em 1958-1959, quando de novo se reconheceu a impossibilidade da Comissão, na ausência de mandato específico nesse sentido, de tomar qualquer linha de ação sobre a matéria (51). Em 1967, no entanto, a situação modificou-se: a pedido da própria Comissão (52), o ECOSOC concordou em atribuir-lhe autoridade para adotar medidas acerca das alegações de violações de direitos humanos (53).

(49) EGON SCHWELB, “Some Aspects of the International Covenants on Human Rights of December 1966, *International Protection of Human Rights — Proceedings of the Seventh Nobel Symposium* (Oslo, 1967, ed. A. Eide e A. Schou), Estocolmo, Almqvist & Wiksell, 1968, pp. 122-123. Para o ponto de vista de que o respeito aos direitos humanos “depende até certo ponto do desenvolvimento do direito internacional e das relações internacionais”, cf. H. LANNUNG, “Quelques observations sur le problème de mise en oeuvre des droits de l’homme”, *La Protection Internationale des Droits de l’Homme dans le Cadre Européen* (1960 Strasbourg Colloquium), Paris, Dalloz, 1961, p. 237.

(50) ECOSOC, resolução 75 (V), de 5-8-1947.

(51) ECOSOC, resolução 728 F (XXVIII), de 30-7-1959.

(52) Por sua resolução 8 (XXIII), de 1967.

(53) ECOSOC, resolução 1235 (XLII), de 6-6-1967.

Depois de vinte anos de atividades, a Comissão finalmente lograra obter as condições necessárias ao estabelecimento de mecanismo para a proteção efetiva dos direitos humanos (54).

O processo culminou com a adoção pelo ECOSOC em 1970 da celebrada Resolução nº 1.503 (XLVIII) sobre o procedimento para lidar com petições relativas a violações de direitos humanos, complementada pelos dispositivos detalhados da Resolução nº 1 (XXIV) de 1971 da Subcomissão de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias (55) da ONU: as petições devem aqui necessariamente dizer respeito a “determinadas situações que pareçam revelar um padrão consistente de violações flagrantes de direitos humanos, seguramente comprovadas” (56). As petições (57) podem levar a Comissão de Direitos Humanos a proceder a *estudos* ou a *investigações*. Estava, assim, superada, a doutrina da “impossibilidade de agir” da Comissão (58). Recorde-se que, já em 1950, HERSCH LAUTERPACHT se investia contra tal doutrina, considerando *dever* dos órgãos das Nações Unidas receber e examinar petições contendo alegações de violações de direitos humanos e tomar as medidas apropriadas (que não incorressem em intervenção) (59). Mas foi preciso esperar duas décadas para que se concretizasse o reconhecimento do direito de petição (60) no escopo de competência da Comissão de Direitos Humanos da ONU.

(54) J.-B. MARIE, *op. cit.* supra n. (22), pp. 258-261.

(55) Cf., a respeito, A. CASSESE, “The Admissibility of Communications to the United Nations on Human Rights Violations”, 5 *Revue des Droits de l’Homme/Human Rights Journal* (1972) pp. 375-393; K. VASAK, *op. cit.*, supra n.º (25), pp. 261-278; A. R. WILKOC, “Procedures to Deal with Individual Communications to International Bodies: the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities”, 1 *New York University Journal of International Law and Politics* (1968) pp. 277-301; M. H. GUGGENHEIM, “Key Provisions of the New United Nations Rules Dealing with Human Rights Petitions” 6 *New York University Journal of International Law and Politics* (1973) pp. 427-446.

(56) Resolução 1.503 (XLVIII) do ECOSOC, § 5; resolução 1 (XXIV) da Subcomissão, § 1.

(57) Inicialmente selecionadas por um Grupo de Trabalho sobre Petições, são então encaminhadas à Subcomissão de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias (para a determinação de situações), e desta à Comissão de Direitos Humanos.

(58) Cf. E. SCHWELB, “(Institutions des Nations Unies:) Institutions principales et dérivées fondées sur la Charte”, *Les Dimensions Internationales des Droits de l’Homme* (ed. K. Vasak), Paris, UNESCO, 1978, pp. 295 e 321-322; para o autor, “a doutrina da “impossibilidade de agir” não podia resistir ao impacto crescente da luta contra a discriminação racial nos territórios coloniais e no sul do continente africano” (p. 322).

(59) HERSCH LAUTERPACHT, *International Law and Human Rights*, London, Stevens, 1950, pp. 223-251, esp. pp. 225-226, 230 e 251.

(60) Cf., a respeito, JOHN HUMPHREY, “The Right of Petition in the United Nations”, 4 *Revue des Droits de l’Homme/Human Rights Journal* (1971) pp. 463-475.

É de se recordar, ademais, que, no âmbito geral no sistema das Nações Unidas como um todo, ainda que não se tivesse logrado incorporar o direito de petição na Declaração Universal de 1948, foi ele, no entanto, inserido em mecanismos distintos de proteção, como os do sistema de tutela, do Pacto de Direitos Civis e Políticos e Protocolo Facultativo, e da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; além disso, o Comitê da Descolonização e o Comitê Especial contra o *Apartheid* também se habilitaram a receber petições⁽⁶¹⁾. Assim, o direito de petição já se fazia presente no âmbito mais amplo das Nações Unidas, e o sistema da resolução 1.503 do ECOSOC (1970) veio sepultar a doutrina de “impossibilidade de agir” que comprometia especificamente a atuação de um dos órgãos da ONU, a Comissão de Direitos Humanos.

No âmbito regional, o direito de petição individual foi reconhecido, em base facultativa, na Convenção Européia de Direitos Humanos (artigo 25), mas são as petições interestatais (artigo 24) que realçam a premissa básica de *garantia coletiva*, pela qual a aplicação da Convenção é confiada a todos os Estados-Partes. Enquanto as petições interestatais se fundamentam em um direito de ação para a aplicação da garantia coletiva, as petições individuais — muito embora possam ser apresentadas coletivamente à Comissão — não pretendem servir o propósito da garantia coletiva pois é o dano que fundamenta a petição “*et non pas le mobile désintéressé de l’observation de la Convention erga omnes*”⁽⁶²⁾. Mas isto de modo algum contradiz o fato de que, no âmbito geral da Convenção, o direito de petição individual, possuindo um caráter judicial⁽⁶³⁾, baseia-se na natureza objetiva dos compromissos assumidos pelas Partes Contratantes à Convenção⁽⁶⁴⁾, uma vez que seu exercício contribui também a satisfazer o interesse geral em garantir o respeito à

(61) DAVID RUZIE, “Du droit de pétition individuelle en matière de droits de l’homme: à propos de la résolution 1.503 (XLVIII) du Conseil Economique et Social des Nations Unies”, 4 *Revue des Droits de l’Homme/Human Rights Journal* (1971) pp. 89-91, e cf. pp. 91-101.

(62) C. TH. EUSTATHIADES, “Les recours individuels à la Commission européenne des droits de l’homme”, in *Grundprobleme des Internationalen Rechts — Festschrift für Jean Spiropoulos*, Bonn, Schimmelbusch & Co., 1957, p. 121. Cf. também C. Th. EUSTATHIADES, “La Convention européenne des droits de l’homme et de Statut du Conseil de l’Europe”, 53 *Die Friedens-Warte* (1955/1956) pp. 68-69.

(63) MICHEL VIRALLY, “L’accès des particuliers à une instance internationale: la protection des droits de l’homme dans la cadre européen”, in 20 *Mémoires Publiés par la Faculté de Droit de Genève* (1964) pp. 67-69.

(64) E. MULLER-RAPPARD, “Le droit d’action en vertu des dispositions de la Convention européenne des droits de l’homme”, 4 *Revue Belge de Droit International* (1968)-II, pp. 491-492.

Convenção (65). O direito de petição individual e a noção de garantia coletiva (mais realçada esta nos casos interestatais) podem assim ser tidos como possivelmente dois dos traços mais marcantes do novo sistema (regional) de proteção inaugurada pela Convenção Européia (66).

No sistema regional interamericano o reconhecimento do direito de petição individual antecedeu a Convenção Americana de Direitos Humanos (de 1969): a resolução XXII, da II Conferência Interamericana Extraordinária (Rio de Janeiro, 1965), ampliou os poderes da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (criada também por uma resolução (67), não um tratado), para inclusive receber petições ou comunicações sobre violações de direitos humanos (68). Os poderes da Comissão (relatórios distintos, exame de comunicações, visitas a Estados — com sua aquiescência, — estudos e seminários), originalmente limitados, expandiram-se mediante processo de *interpretação liberal e ampla* de seu Estatuto e Regulamento, para o que contribuiu o fato de seus membros atuarem em sua capacidade individual e não como representantes de seus governos (69).

(65) E. MULLER-RAPPARD, *op. cit. supra*, n. (80), p. 503; HENRI ROLIN, "Le rôle du requérant dans la procédure prévue par la Commission européenne des droits de l'homme", 9 *Revue Hellénique de Droit International* (1956) pp. 3-14, esp. p. 9; K. Vasak, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 1964, pp. 96/98; C. P. ECONOMOPOULOS, "Les éléments politiques et judiciaires dans la procédure instaurée par la Convention européenne des droits de l'homme", 22 *Revue Hellénique de Droit International* (1969) pp. 125-126; F. DURANTE, *Ricorsi Individualità Organi Internazionali*, Milano, Giuffrè 1958, pp. 129-130, e cf. pp. 125-152. Já se observou que o fator determinante da posição dos indivíduos em um experimento internacional reside no reconhecimento de seu direito de recorrer a um órgão internacional: cf. MASSIMO PILLOTTI, "Le recours des particuliers devant les juridictions internationales", in *Grundprobleme des Internationalen Rechts — Festschrift für Jean Spiropoulos*, Bonn, Schimmbush & Co., 1957, p. 351.

(66) E esta é provavelmente a razão pela qual a Comissão — um órgão internacional — encarregada da decisão quanto à admissibilidade de todas as petições (individuais e interestatais) sob a Convenção, exerce um papel central no mecanismo de proteção coletiva, tendo por isso sido caracterizada como a "pierre angulaire de l'édifice de la Convention". Cf. N. ANTONOPOULOS, *La Jurisprudence des Organes de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Leiden, Sijthoff, 1967, p. 256; cf. também E. MULLER-RAPPARD, *op. cit. supra* n. (64), pp. 486 e 515.

(67) A resolução VII, da V Reunião de Consulta dos Ministros de Relações Exteriores (Santiago, 1959).

(68) Os poderes adicionais da Comissão se incorporaram ao novo artigo 9 (bis) de seu Estatuto de então (data o Estatuto originalmente de 1960). O atual Estatuto data de 1979, e o atual Regulamento de 1980.

(69) ANNA P. SCHREIBER, *The Inter-American Commission on Human Rights*, Leiden, Sijthoff, 1970, pp. 87, 155 e 145-147. E cf. *infra*, sobre a questão da interpretação dos tratados relativos à proteção internacional dos direitos humanos.

Na época dos trabalhos preparatórios da Convenção Americana de Direitos Humanos, a Comissão Interamericana recomendou a manutenção do sistema de petições individuais na futura Convenção, face a sua aceitação por parte dos Estados americanos e por já se ter "consagrado" na prática; além disso, considerou a Comissão que poder-se-ia admitir que também os Estados-Partes encaminhassem uma petição ou comunicação à Comissão "em casos excepcionais, quando ocorressem violações graves e reiteradas dos direitos humanos"⁽⁷⁰⁾. Sob esta ótica, tanto as petições individuais quanto as interestatais foram previstas na Convenção Americana, mas com uma diferença significativa em relação à Convenção Européia: enquanto sob esta última o direito de petição individual é facultativo e o de petição interestatal obrigatório (artigos 24 e 25), sob a Convenção Americana passa-se o contrário, sendo obrigatório o direito de petição individual e facultativo o de queixa interestatal (artigos 44 e 45). Uma reclamação interestatal terá naturalmente repercussões bem mais amplas e marcantes nas relações internacionais na região em questão do que muitas das petições individuais (não raro rejeitadas como inadmissíveis). Por outro lado, e talvez por isso mesmo, têm os Estados se mostrado recalcitrantes em "acionar" outros Estados, por receio de comprometerem suas relações amistosas.

Desse modo, um levantamento de dados efetuado recentemente pelo Secretário da Comissão Européia de Direitos Humanos, referentes às três décadas, de 1954 a 1984, revela que enquanto as petições individuais registradas ultrapassaram a casa das dez mil (das quais 326 declaradas admissíveis — cf. infra), poucos foram os casos de reclamações interestatais até o presente ocorridos sob a Convenção Européia: *Grécia versus Reino Unido* (a propósito de Chipre, 1956-1957); *Áustria versus Itália* (1961-1963); *Dinamarca, Noruega, Suécia e Holanda versus Grécia* (1967-1970); *Irlanda versus Reino Unido* (1971-1973); *Chipre versus Turquia* (1974-1978); *Dinamarca, França, Holanda, Noruega e Suécia versus Turquia* (1982 em diante) ⁽⁷¹⁾.

Vê-se que o registro de queixas interestatais, mesmo no sistema regional europeu onde constituem mecanismo obrigatório sob a Convenção Européia, não deixa assim de ser modesto. Possivelmente ainda menor sob o experimento da Convenção Americana, em que foi relegado a

(70) OEA, *op. cit.* supra n. (37), p. 41.

(71) European Commission of Human Rights, *Stock-Taking on the European Convention on Human Rights (1954-1984)*, C. E. doc. 1.373-06.2, Strasbourg, Council of Europe, 1984, pp. 6-19, e cf. p. 312. Para um estudo de alguns desses casos interestatais, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "L'épuisement des recours internes dans affaires inter-étatiques: la procédure de la Convention Européenne des Droits de l'Homme", 14 *Cahiers de Droit Européen* (1978) pp. 139-157; A. A. CANÇADO TRINDADE, "Exhaustion of Local Remedies in Inter-State Cases: the practice under the European Convention on Human Rights", 29 *Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht* (1978) pp. 211-231.

mecanismo facultativo, talvez sob a lembrança do princípio da não-intervenção de um Estado nos assuntos internos de outro⁽⁷²⁾, arraigado na tradição e prática latino-americanas desde sua consagração definitiva na Conferência de Montevideu de 1933⁽⁷³⁾ — muito embora no presente contexto equivalesse a um mecanismo de garantia coletiva acionável restritivamente sob uma convenção internacional de direitos humanos devidamente ratificada⁽⁷⁴⁾, e assim fundamentalmente distinto da intervenção discricionária no contencioso diplomático interestatal. Não surpreende que até o presente todos os casos perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos tenham assumido a forma de pedidos de pareceres (jurisdição consultiva — cf. infra); em 14 de agosto de 1985 a Corte recebeu o sexto pedido de parecer consultivo⁽⁷⁵⁾.

2. Debate acerca da doutrina do caráter indivisível dos direitos humanos

Paralelamente, outro significativo desenvolvimento de cunho doutrinário ocorreu quando da Conferência Internacional de Direitos Humanos de Teerã, em 1968, decorridas duas décadas da Declaração Universal. Na ocasião, procedeu-se a uma reavaliação dos vinte anos de experiência na proteção dos direitos humanos desde a Declaração Universal. A Proclamação de Teerã, adotada por unanimidade pela referida Conferência, refletiu a tendência mais recente de relacionar os direitos humanos aos “problemas políticos e econômicos mundiais atuais que apresentam um caráter de gravidade e urgência, dando lugar de destaque às denegações em massa dos direitos humanos”; assim, enquanto o indivíduo ocupa posição central na Declaração Universal de 1948, a Proclamação de Teerã de 1968 concentra-se sobretudo na coletividade humana enquanto vítima de denegações maciças de direitos humanos, refletindo evolução marcante no plano global — no período de duas décadas — da concepção dos direitos humanos, de um enfoque individual a uma ótica coletiva⁽⁷⁶⁾.

(72) Nesse sentido, THOMAS BUERGENTHAL, “Las Convenciones Europea y Americana: Algunas Similitudes y Diferencias”, *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Washington, Secretaria-Geral da OEA, 1980, p. 182.

(73) J. J. CAICEDO CASTILLA, “El Arbitraje en las Conferencias Panamericanas Hasta el Pacto de Bogotá de 1948 sobre Soluciones Pacíficas”, 4 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1948) p. 33; Ch. G. FENWICK, “El Sistema Regional Interamericano: Cincuenta Años de Progreso”, *Anuário Jurídico Interamericano* (1955-1957) p. 47.

(74) Recorde-se, ademais, que, em contexto distinto, a própria Comissão Jurídica Interamericana proferiu, em setembro de 1965, parecer sobre “Diferenças entre Intervenção e Ação Coletiva”; cf. Comité Jurídico Interamericano, 9 *Recomendaciones e Informes — Documentos Oficiales* (1965-1966) pp. 111-127.

(75) OEA/Corte Interamericana de Derechos Humanos, doc. OC-6/CP-1, de 16/08/1985, p. 1.

(76) Th. C. VAN BOVEN, “Les critères de distinction des droits de l’homme”, *Les Dimensions Internationales des Droits de l’Homme* (ed. K. Vasak), Paris, UNESCO, 1978, p. 63.

Ilustração pertinente desta evolução é fornecida pelo próprio sistema da resolução 1.503 do ECOSOC, voltado, como visto acima, a "situações que pareçam revelar um padrão consistente de violações flagrantes de direitos humanos" (supra). E, também no plano regional, os relatórios anuais recentes da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo, relacionam a questão da proteção dos direitos humanos com sua preocupação com a própria organização política dos Estados-Membros da OEA e o exercício efetivo da democracia representativa como princípio consagrado na Carta da OEA (77); no relatório de 1979-1980, por exemplo, a Comissão constata "a relação orgânica entre a violação dos direitos à segurança física, por um lado, e o descuido dos direitos econômicos e sociais e a supressão da participação política, por outro" (78). Para a Comissão, esta é uma "relação de causa e efeito", e o descuido dos direitos econômicos e sociais (79), acrescido da supressão da participação política, produz "a classe de polarização social" que conduz a atos de violência. Aqui a Comissão mostra-se "extremamente cautelosa", ao reconhecer a dificuldade que existe no campo dos direitos econômicos e sociais "para estabelecer critérios que permitam medir o cumprimento pelos Estados de suas obrigações" (80).

Como já vimos, no decorrer dos trabalhos preparatórios dos dois Pactos da ONU, prevaleceu a consagração de duas categorias distintas de direitos: os direitos civis e políticos, suscetíveis de aplicação "imediate", e os direitos econômicos, sociais e culturais, suscetíveis de aplicação "progressiva". Esta distinção, no entanto, não se reveste de caráter absoluto, pois o Pacto de Direitos Civis e Políticos também prevê a "possibilidade de uma realização progressiva" de certos direitos, e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais contém dispositivos suscetíveis de aplicação a curto prazo; assim, a fronteira entre as duas classes de direitos nem sempre é clara, e talvez a distinção seja antes uma questão de gradação ou de ênfase, voltada às obrigações gerais que vinculam os Estados (81). Mesmo assim, e talvez nesse sentido, foi a distinção consagrada nos dois Pactos da ONU (supra).

(77) *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos — 1978*, OEA, doc. OEA/Ser. L/V/II.47 — doc. 13 rev. 1, de 1979, p. 22. Para um estudo sobre a matéria, cf. P. P. CAMARGO, *La Protección Jurídica de los Derechos Humanos y de la Democracia en América*, México, Cía. Ed. Excelsion, 1960, pp. 367-456 e 224-225, e cf. também pp. 237-260 (sobre a ação coletiva de tutela dos direitos humanos).

(78) *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos — 1979-1980*, OEA, doc. OEA/Serv. L/VII.50 — Doc. 13, rev. 1, de 1980, p. 143.

(79) Cf. o artigo 26 da Convenção Americana, sobre o "desenvolvimento progressivo" de tais direitos.

(80) *Informe Anual... 1979-1980*, cit. supra n. (78), p. 143. A Comissão, no entanto, faz referência *inter alia* à "distribuição desigual da riqueza" em muitos países: *ibid.*, p. 144.

(81) Th. C. VAN BOVEN, *op. cit.* supra n. (76), pp. 55-58.

A Comissão de Direitos Humanos da ONU (*rapporteur*, M. GANJI) deu a público substancial estudo sobre a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais em 1975 (concluído dois anos antes). O estudo ressalta a variedade dos modos de operação para a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, que incluem o estabelecimento de padrões, atividades promocionais e serviços de consultoria para assistir os governos. O importante Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que influenciou a maior parte das demais convenções internacionais e regionais nesta área, apresenta, no entanto, a dificuldade de que, particularmente para a maioria dos países menos desenvolvidos, "seus dispositivos só podem ser implementados progressivamente", de acordo com o seu grau de desenvolvimento. Mas mesmo em relação aos países mais desenvolvidos não há aqui propriamente um poder de coerção: a transformação dos padrões (*standards*) em direitos, o estabelecimento de normas criando direitos subjetivos, ficam a cargo das autoridades legislativas nacionais⁽⁸²⁾. Tanto o Pacto da ONU de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (artigo 2) quanto a Carta Social Européia aceitam a idéia de que "os direitos econômicos, sociais e culturais podem ser realizados só progressivamente"⁽⁸³⁾.

Os direitos econômicos, sociais e culturais enunciados no referido Pacto recaem em grande parte na competência das agências especializadas da ONU (tais como a OIT, UNESCO, OMS, FAO), mas enquanto os padrões e âmbito de ação do Pacto (e convenções da própria ONU e instrumentos regionais) são abrangentes, os das agências especializadas apresentam-se — como não poderia deixar de ser — direcionados a setores determinados e específicos da atividade humana, sendo, pois, nesse sentido, mais limitados⁽⁸⁴⁾.

Recorde-se que o sistema de relatórios do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais distingue-se do do Pacto de Direitos Civis e Políticos, em que, enquanto os relatórios sob este último são encaminhados

(82) MANOUCHEHR GANJI, *rapporteur*, *The Realization of Economic, Social and Cultural Rights: Problems, Policies, Progress*, N.Y., U.N. (Commission on Human Rights), 1975, pp. 252, 275 e 286-287, e cf. pp. 306-307. Recorde-se a atitude dos países de *common law*, que pressupõem a existência de direitos individuais, de modo que medidas constitucionais e outras semelhantes, quando necessárias, "destinam-se antes a protegê-los contra abusos do que a afirmar sua existência" (*ibid.*, p. 7).

(83) *Ibid.*, p. 287.

(84) *Ibid.*, p. 286; K. DAS, *op. cit.* infra n. (85), p. 412. Sobre a atuação das agências especializadas da ONU na salvaguarda dos direitos humanos, cf., e.g., A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra n. (24), pp. 354-361; FRANCIS WOLF, "Aspects Judiciaires de la protection internationale des droits de l'homme par l'OIT", 4 *Revue des Droits de l'Homme / Human Rights Journal* (1971) pp. 773-838; H. SABA, "L'UNESCO et les droits de l'homme", *Les Dimensions Internationales des Droits de l'Homme* (ed. K. Vasak), Paris, UNESCO, 1978, pp. 479-504; dentre outros estudos.

ao Comitê de Direitos Humanos estabelecidos pelo próprio Pacto de Direitos Cíveis e Políticos, os relatórios sob o primeiro são endereçados ao ECOSOC, que pode transmiti-los à Comissão de Direitos Humanos da ONU, e que deve estudá-los juntamente com as agências especializadas e enviar em seguida um relato à Assembléia Geral⁽⁸⁵⁾. Note-se que, subjacente ao sistema destes últimos relatórios, está o propósito de “mobilizar” todos os métodos disponíveis (à ONU e agências especializadas). Quer se trate, no entanto, de direitos econômicos, sociais e culturais (e. g., direito ao trabalho, à segurança social, à saúde, à proteção da família, à educação, à participação na vida cultural), quer se trate de direitos civis e políticos, a atuação da ONU em prol de ambas as categorias de direitos está naturalmente longe de se exaurir nas disposições dos dois Pactos de Direitos Humanos, a exemplo de diversas Convenções voltadas especificamente à salvaguarda de determinados direitos⁽⁸⁶⁾.

Para a gradual cristalização de certos direitos contribuíram especialmente a atuação e influência dos países em desenvolvimento, como, e. g., no tocante ao direito à igualdade de tratamento e proibição de discriminação (e. g., racial); é inegável que a ênfase atribuída aos interesses da sociedade – em contraposição aos dos indivíduos – varia de acordo com o sistema de governo e o estágio de desenvolvimento sócio-econômico dos Estados respectivos⁽⁸⁷⁾. Caberia aqui uma série de indagações, da maior importância para a eventual implementação dos direitos reconhecidos, como, por exemplo, até que ponto se deveria harmonizar certos costumes ou práticas preexistentes em determinados países com os requisitos dos direitos humanos (e. g., a compatibilidade ou não destes últimos com os sistemas de partido único existentes em tantos países em desenvolvimento);

(85) K. DAS, “Institutions et procédures issues des Conventions relatives aux droits de l’homme et aux libertés fondamentales”, *Les Dimensions Internationales des Droits de l’Homme* (ed. K. Vasak), Paris, UNESCO, 1978, p. 410.

(86) E. g., no tocante ao direito à vida, a Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (1948) e a Convenção sobre a Supressão e Punição do Crime do *Apartheid* (1973); em relação ao direito ao trabalho, as Convenções da OIT sobre Discriminação relativa a Emprego e Ocupação (1958) e sobre Política de Emprego (1964); com respeito ao direito à educação, a Convenção da UNESCO contra Discriminação na Educação (1960) e Protocolo (1962); no que concerne à liberdade de associação, as Convenções da OIT sobre a Liberdade de Associação e Proteção do Direito de Organizar (1948), sobre o Direito de Organizar e a Negociação Coletiva (1949), e sobre os Representantes dos Trabalhadores (1971); em matéria de refugiados e apátridas, a Convenção relativa ao *Status* dos Refugiados (1951), a Convenção relativa ao *Status* dos Apátridas (1954), e a Convenção sobre a Redução do *Status* de Apátrida (1961); dentre outras.

(87) Th. C. VAN BOVEN, “Some Remarks on Special Problems Relating to Human Rights in Developing Countries”, 3 *Revue des Droits de l’Homme/ Human Rights Journal* (1970) pp. 389-391.

ou ainda, até que ponto se poderia manter um direito de autodeterminação e o direito de ser ajudado na luta de emancipação política (anticolonial)?⁽⁸⁸⁾

A configuração de certos direitos humanos no contexto do desenvolvimento nacional pode ser ilustrada de modo marcante pelo *direito à educação*. Enquanto que, por exemplo, o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU adota uma fórmula *positiva*, pela qual se requer dos Estados-Partes medidas que assegurem a realização plena daquele direito (artigo 13), o Primeiro Protocolo da Convenção Européia dos Direitos Humanos utiliza, a seu turno, uma fórmula *negativa*, pela qual a ninguém se negará o direito à educação (artigo 2). O abordamento europeu pressupõe que a infra-estrutura necessária, isto é, “um sistema educacional aberto a todos, já esteja disponível e, com efeito, não impõe aos Estados-Membros nenhuma outra obrigação exceto a de não interferir com o direito à educação”⁽⁸⁹⁾. Tal abordamento só poderia ser devidamente apreciado no contexto histórico particular dos países europeus...

Por outro lado, dificilmente se poderia negar a existência de certos direitos mínimos de aceitação universal (independentemente das estruturas sócio-político-econômicas), como é o caso do *direito inalienável à vida*, pressuposto necessário ao gozo de todos os demais direitos humanos⁽⁹⁰⁾. Indicação valiosa para a identificação desses direitos verdadeiramente

(88) T. O. ELIAS, “Human Rights and the Developing Countries”, *Résumés des Cours de l’Institut International de Droits de l’Homme*, Strasbourg, 1977, pp. 16 e 20-21 (edição mimeografada). Sobre a aceção e as nuances do direito de autodeterminação, tal como desenvolvido no âmbito das Nações Unidas e consagrado em ambos os Pactos de Direitos Humanos da ONU (artigo 1 (1)), cf. H. GROS ESPIELL, *The Right to Self-Determination — Implementation of United Nations Resolutions*, N.Y., United Nations/Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, doc. E/CN.4/Sub-2/405/Rev.1, 1980, pp. 1-69; A. CRISTESCU, *The Right to Self-Determination — Historical and Current Development on the Basis of United Nations Instruments*, N.Y., United Nations / Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, doc. E/CN.4/Sub.2/404/Rev.1, 1981, pp. 1-125; J. E. S. FAWCETT, “The Role of the United Nations in the Protection of Human Rights — Is It Misconceived?”, in *International Protection of Human Rights — Proceedings of the Seventh Nobel Symposium* (ed. A. Eide e A. Schou, Oslo 1967), ESTOCOLMO, Almqvist & Wiksell, 1968, pp. 95-101; S. CALOGEROPOULOS-STRATIS, *Le Droit des Peuples à Disposer d’Eux-Mêmes*, Bruxelles, Bruylant, 1973, pp. 105-148; A. RIGO SUREDA, *The Evolution of the Right of Self-Determination — A Study of United Nations Practice*, Leiden, Sijthoff, 1973, pp. 17-356.

(89) Th. C. VAN BOVEN, *op. cit.* supra n. (87), p. 387.

(90) F. PRZETACZNIK, “The Right to Life as a Basic Human Right”, 9 *Revue des Droits de l’Homme/Human Rights Journal* (1976) pp. 589 e 603-604.

fundamentais encontra-se na lista ou referência — consignada tanto no Pacto de Direitos Cíveis e Políticos quanto nas Convenções regionais (Européia e Americana) de Direitos Humanos — a direitos que não admitem qualquer derrogação (cf. infra).

Ponto marcante dessa evolução doutrinária da proteção internacional dos direitos humanos constituiu a resolução 32/130, adotada pela Assembleia Geral da ONU, em dezembro de 1977, sobre o item “Enfoques e Meios Alternativos dentro do Sistema das Nações Unidas para aperfeiçoar o Gozo Efetivo dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais”. A resolução 32/130 endossa a corrente doutrinária — já presente na Proclamação de Teerã de 1968 (artigo 13) — da indivisibilidade e interdependência de todos os direitos humanos (tanto os cíveis e políticos quanto os econômicos, sociais e culturais), a partir de uma perspectiva globalista, e externa o desejo de prioridade a ser dada à busca de soluções às violações em massa e flagrantes dos direitos humanos. Já se observou que este enfoque global talvez tenha descuidado de relacionar o ordenamento internacional aos ordenamentos internos (dos Estados) ⁽⁹¹⁾.

A luz da referida resolução, que reflete as incertezas ainda hoje prevaletentes no debate sobre a matéria, é de se esperar que a ênfase nas Nações Unidas recaia cada vez mais em “formas de implementação destinadas a promover o desenvolvimento econômico e progresso social”: diferentemente dos direitos cíveis e políticos, que requerem a imposição de limites à ação do Poder público, os direitos econômicos e sociais requerem, ao contrário, a intervenção do Poder público para promovê-los ⁽⁹²⁾ mediante medidas concretas. Mesmo reconhecendo tratar-se de visão dinâmica da matéria, voltamos à velha categorização dos direitos cíveis e políticos, e econômicos, sociais e culturais (cf. supra).

Mas há aqui uma diferença: decorridas três décadas desde a adoção da Declaração Universal de 1948, e tendo em mente as mudanças fundamentais por que passou a chamada sociedade internacional — descolonização, capacidade de destruição em massa, explosão demográfica, condições ambientais, consumo de energia, dentre outras —, a resolução 32/130 parece ter preferido partir do entendimento de que se tornava necessário proceder a uma análise global dos problemas existentes no campo dos direitos humanos. Mas, três décadas depois, a resolução 32/130 se distan-

(91) Th. C. VAN BOVEN, “United Nations Policies and Strategies: Global Perspectives?”, *Human Rights: Thirty Years after the Universal Declaration* (ed. B. G. Ramcharan), The Hague, M. Nijhoff, 1979, pp. 88-89.

(92) MOSES MOSKOWITZ, “Implementing Human Rights: Present Status and Future Prospects”, *Human Rights: Thirty Years after the Universal Declaration* (ed. B. G. Ramcharan), The Hague, M. Nijhoff, 1979, pp. 126-127, e cf. p. 111.

ciava, por sua própria visão global (das “experiências e contribuições dos países tanto desenvolvidos quanto em desenvolvimento”), da Declaração Universal de 1948, “produto de seu tempo”, que enfocava quase que exclusivamente os direitos do indivíduo sem muito deter-se nos direitos da comunidade e deveres do indivíduo⁽⁹³⁾. Aqui a evolução se faz sentir com clareza.

Se, por um lado, os dois Pactos de Direitos Humanos da ONU sugerem um caráter distinto das obrigações dos Estados-Partes em relação às duas categorias de direitos (cf. *supra*), por outro lado a própria Carta das Nações Unidas propicia a concepção global e a visão da indivisibilidade dos direitos humanos⁽⁹⁴⁾. Mas, acima desse debate, desponta hoje um mínimo de direitos, verdadeiramente fundamentais, que não admitem qualquer tipo de derrogação, a que nos referiremos a seguir.

3. Reconhecimento do caráter inderrogável de certos direitos básicos nos planos global e regional

A inderrogabilidade de certos direitos fundamentais — o mínimo universal — já não é hoje tão-somente uma corrente doutrinária; conquista definitiva da civilização, encontra-se consignada em tratados relativos à proteção internacional dos direitos humanos nos planos tanto global, quanto regional. Identifiquemos primeiramente a razão de ser das derrogações. Como é sabido, instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos como as Convenções Americana e Européia de Direitos Humanos contêm cláusulas de exceção para atender às necessidades dos Estados face a situações de fato de emergência imprevisíveis. A Convenção Americana, por exemplo, que, como a Convenção Européia, resguarda a faculdade do Estado de adotar disposições temporárias em situações de emergência que ameacem a ordem pública, restringe-as porém à medida e ao tempo estritamente limitados às exigências de tais situações e conforme as leis ditadas por razões de interesse geral; as disposições temporárias acima (como suspensão de garantias) são excetuadas para determinados direitos fundamentais e garantias judiciais indispensáveis a sua proteção (artigos 27 e 30). A Convenção Européia contém cláusula semelhante de derrogação (artigo 15), e na prática os órgãos criados pela Convenção jamais impediram que os Estados-Partes tomassem medidas para garantir e manter a ordem e segurança públicas. É entendimento geral de que estas medidas, no entanto, só podem dar-se nos parâmetros aceitáveis “em uma sociedade democrática”, estando vedadas restrições a direitos

(93) Th. C. VAN BOVEN, *op. cit.*, *supra* n. (91), pp. 90-91.

(94) Cf. Th. C. VAN BOVEN, *op. cit.*, *supra* n. (76), pp. 54-55.

e liberdades consagrados na Convenção para qualquer propósito que não seja “aqueles para os quais foram prescritas” (artigo 18) ⁽⁹⁵⁾.

A existência destas cláusulas em instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos tem uma explicação. As últimas décadas testemunharam a gradual emergência do ser humano no plano internacional e *vis-à-vis* seu próprio Estado. O fortalecimento da posição do indivíduo mediante tratados de proteção internacional de seus direitos fez-se acompanhar de um sentimento geral de que as doutrinas tradicionais (sobre a posição do indivíduo no direito internacional) e regras clássicas (assim como a da nacionalidade das reclamações) já favoreciam em demasia o Estado; ora, ao tentar estabelecer, em favor dos direitos humanos, um maior equilíbrio, julgou-se necessário buscar “acomodações em favor das necessidades razoáveis do Estado para desempenhar seus deveres públicos para o bem comum” ⁽⁹⁶⁾. Donde a inclusão das Cláusulas de exceção ou derrogação nos tratados relativos à proteção internacional dos direitos humanos.

Estes últimos, por outro lado, consagram certos direitos básicos que não admitem qualquer derrogação: são direitos fundamentais cuja validade se impõe independentemente de manifestação de aceitação. Assim, no plano global, e, g., o Pacto de Direitos Civis e Políticos da ONU não admite qualquer derrogação (artigo 4 (2)) no tocante ao direito à vida; ao direito a não ser submetido à tortura ou a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes; ao direito a não ser submetido à escravidão ou servidão; ao direito a não ser encarcerado por não-cumprimento de obrigação contratual; ao direito a não ser condenado por aplicação retroativa do direito penal; ao direito em todas as partes ao reconhecimento de sua personalidade jurídica; e ao direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião ⁽⁹⁷⁾. No plano regional, a Convenção Europeia de Direitos Humanos tampouco admite qualquer derrogação (artigo

(95) Na prática, sob a Convenção Europeia tem-se procedido aqui de duas maneiras: ou se têm definido exceções (a um direito individual) restritivamente, de modo a deixar “pouco ou nenhum espaço de manobra” ao legislador nacional, ou se têm facultado ao legislador nacional de modo geral “interferir” ou impor “restrições”, “condições” ou “formalidades” quando estas parecem necessárias à luz das circunstâncias particulares relativas a “considerações de *ordre public* e interesse geral”; PHEDON VEGLERIS, *op. cit.*, supra n. (10), pp. 10-11.

(96) ROSALYN HIGGINS, “Derogations under Human Rights Treaties”, 48 *British Year Book of International Law* (1976-1977) p. 281, e cf. p. 319.

(97) Artigos 6, 7, 8(1) e (2), 11, 15, 16 e 18, respectivamente. Comparar o artigo 4 do Pacto de Direitos Civis e Políticos (supra) com o artigo 4 do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (restrições às limitações aos direitos).

15 (2)) no que tange ao direito à vida⁽⁹⁸⁾; ao direito a não ser submetido à tortura ou tratamento ou punição desumana ou degradante; ao direito a não ser submetido à escravidão ou servidão; e ao direito a não ser condenado por aplicação retroativa das penas⁽⁹⁹⁾. E a Convenção Americana de Direitos Humanos, a seu turno, tampouco admite suspensão de garantias (artigo 27) dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica; à vida; à integridade pessoal; a não ser submetido à escravidão ou servidão; a não ser condenado por aplicação retroativa das penas; à liberdade de consciência e de religião; à proteção da família; ao nome; [direitos] da criança; à nacionalidade; [direitos] políticos⁽¹⁰⁰⁾ (cf. também infra).

O Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, assim como a Declaração Universal de 1948, não contém cláusula de derrogação do gênero aqui considerado, de certo modo corroborando implicitamente a tese de que só se tem contemplado tal cláusula face a mecanismos ou medidas concretas de implementação⁽¹⁰¹⁾. Constata-se hoje um certo consenso quanto a determinados direitos fundamentais — e.g., direitos à vida, a não ser submetido à tortura ou escravidão, a não ser condenado por aplicação retroativa das penas — que não admitem qualquer tipo de derrogação (cf. supra). Em relação especificamente a esses direitos fundamentais (e não a todos os direitos humanos em geral), talvez não

(98) Exceto no caso de mortes resultantes de “atos lícitos de guerra”.

(99) Artigos 2, 3, 4(1) e 7, respectivamente. Para um estudo geral da evolução da questão sob a Convenção Européia, cf. F. G. JACOBS, *The Restrictions on the Exercise of the Rights and Freedoms Guaranteed by the European Convention on Human Rights: Their Evolution from 1950 to 1975*, Relatório ao IV Colóquio Internacional sobre a Convenção Européia de Direitos Humanos (Roma, 5 a 8 de novembro de 1975), Conselho da Europa, doc. H/Coll. (75)5, Strasbourg, 1975, pp. 1-15.

(100) Artigos 3, 4, 5, 6, 9, 12, 17, 18, 19, 20 e 23, respectivamente. Em dois de seus diversos *Relatórios Anuais*, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos enfatizou que “jamais se pode suspender” o direito à vida, que constitui, “sin duda alguna, el fundamento y el sustento de todos los demás derechos”, *Informe Anual de la CIDH (1980-1981)*, p. 112, e *Informe Anual de la CIDH (1971)* p. 35, cit. in Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Diez Años de Actividades 1971-1981*, Washington, Secretaría General de la OEA, 1982, p. 339. Em relação à “longa lista” de direitos inderrogáveis da Convenção Americana, já bem se observou que esta última, “no entanto, permite derrogação em emergências que são bem menos sérias do que as previstas por outros instrumentos, e nesta medida uma lista ampliada de direitos não-derrogáveis é mais justificada”. Th. Buergenthal, “The Inter-American System for the Protection of Human Rights”, in *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues* (ed. Th. Meron), vol. II, Oxford, Clarendon Press, 1984, p. 450.

(101) R. HIGGINS, *op. cit.* supra n. (96), p. 286; e cf. Th. C. VAN BOVEN, *op. cit.* supra n. (76), pp. 46-49.

estejamos distantes do dia em que se verão reconhecidamente investidos de caráter imperativo (*jus cogens*), não admitindo qualquer tipo de derrogação independentemente do disposto em tratados⁽¹⁰²⁾; para tal, caberá verificar, nos próximos anos, o tratamento a ser dado à matéria — a par dos experimentos das Nações Unidas — em sistemas regionais de proteção outros que o europeu e o interamericano.

V. Proteção internacional dos direitos humanos: evolução jurisprudencial

1. Interpretação dos tratados relativos à proteção internacional dos direitos humanos

A evolução da proteção internacional dos direitos humanos nas quatro últimas décadas não se esgota no plano doutrinário: há que ser igualmente estudada à luz da jurisprudência internacional. Em relação, e. g., à importante questão da *interpretação* dos tratados relativos à proteção internacional dos direitos humanos, a jurisprudência em especial dos órgãos das Convenções (regionais) Européia e Americana de Direitos Humanos tem sido particularmente elucidativa. Enquanto os tratados atinentes à proteção internacional dos direitos humanos estabelecem *sistemas de proteção*, as regras gerais de interpretação de tratados (cf. artigos 31-33 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969) evoluíram primariamente como guias ou diretrizes ao processo de interpretação pelas próprias partes contratantes. Ora, no caso das convenções supracitadas, impõe-se uma interpretação objetiva de seus dispositivos, dado o caráter essencialmente objetivo das obrigações contraídas pelas partes contratantes, visando a proteção dos direitos humanos e não o estabelecimento de direitos recíprocos e subjetivos para as partes contratantes. Isto equivaleria a uma interpretação que buscasse a realização dos propósitos daqueles tratados humanitários. Com efeito, os redatores da Convenção Americana houveram por bem nela incluir um dispositivo (artigo 29) contendo normas de interpretação. Estas não poderiam ser mais claras, ao rejeitarem expressamente uma interpretação das disposições da Convenção que viesse a suprimir ou limitar o gozo e exercício dos direitos reconhecidos

(102) Há quem sustente, de modo mais geral, que o respeito aos direitos humanos situa-se no plano dos princípios do direito internacional de caráter imperativo (*jus cogens*), que não admitem derrogação. Cf. ROGER PINTO, *op. cit.*, infra n. (173), p. 177. Observe-se que, ao fundamentar recente solicitação de Parecer à Corte Interamericana, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos argumentou *inter alia* que os dispositivos sobre direitos humanos constituem *jus cogens*; cf. Anexo III: "Solicitud de Opinión Consultiva Presentada [a la Corte Interamericana] por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", in *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos — 1983*, p. 50.

na Convenção, na legislação interna dos Estados-Partes, ou em outros atos internacionais sobre direitos humanos.

Os mecanismos das Convenções Americana e Européia de Direitos Humanos divergem, fundamentalmente, de formas regressivas de proteção baseadas no conceito tradicional de reciprocidade e na atividade diplomática; não estamos aqui diante de convenções ou tratados do tipo clássico, compreendendo restritivamente concessões e compromissos recíprocos: os mecanismos das referidas Convenções transcendem os interesses individuais das partes, ao realçarem a predominância de um interesse geral ou *ordre public* e prescreverem obrigações de *caráter essencialmente objetivo*, a serem implementadas *coletivamente*. Assim, a harmonização das normas desses experimentos internacionais com o ordenamento jurídico interno dos Estados-Partes, assim como a posição que aquelas poderão vir a assumir neste último, dependerão não apenas de considerações de ordem constitucional mas também dos desenvolvimentos a cargo dos órgãos (internacionais) das referidas Convenções (103).

A interpretação dos tratados relativos à proteção internacional dos direitos humanos tem sido objeto de uma construção jurisprudencial, no âmbito tanto da Convenção Européia quanto da Convenção Americana de Direitos Humanos. Sendo a função e o propósito último das referidas Convenções — instrumentos de caráter normativo — proteger os direitos da pessoa humana, não hão de ser interpretadas restritivamente à luz da soberania estatal. O indivíduo é aqui protegido *qua* indivíduo, não como nacional de qualquer Estado mas como ser humano. O direito de petição individual sob as mencionadas Convenções tem sua razão de ser na insuficiência do indivíduo no procedimento da proteção diplomática, que busca remediar. A supervisão dos compromissos assumidos pelos Estados-Partes às citadas Convenções é confiada a órgãos *internacionais*, ao contrário de proteção diplomática, em que a tarefa de proteção cabe ao Estado interventor; aqui a premissa básica é a de garantia coletiva, cuja aplicação é confiada a todos os Estados-Partes à Convenção.

Nesse sentido pronunciou-se, por exemplo, a Comissão Européia de Direitos Humanos, no caso *Austria versus Itália* (1961), em que indicou que as obrigações assumidas pelas Partes Contratantes à Convenção possuíam “essencialmente um caráter objetivo”, visando proteger direitos fundamentais de seres humanos individuais contra violação por qualquer das Partes Contratantes, e não criar direitos subjetivos e recíprocos para as próprias Partes Contratantes (104). Posteriormente, no caso *Wemhoff*

(103) ANDREW Z. DRZEMCZEWSKI, *European Human Rights Convention in Domestic Law — A Comparative Study*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 6-26.

(104) Petição nº 788/60, caso *Austria versus Itália*, decisão de 11 de janeiro de 1961, *Report of the Plenary Commission* (adotado em 31 de março de 1963), Conselho da Europa, documento A-84-548, Strasbourg, 1963, pp. 36-37).

(1968), foi a Corte Européia que propôs uma interpretação da Convenção de modo a realizar seu objetivo e não a restringir em demasia as obrigações assumidas pelas Partes Contratantes⁽¹⁰⁵⁾. No mesmo ano, no *Caso Lingüístico Belga*, lembrou a Corte a proteção eficaz do justo equilíbrio entre a proteção do interesse geral da comunidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais a que se atribuía importância especial⁽¹⁰⁶⁾.

Em seu relatório de 1º de junho de 1973 sobre o caso *S. E. Golder versus Reino Unido* (1971-1975), a Comissão voltou a defender o caráter objetivo da Convenção e a rejeitar uma interpretação restritiva de seus dispositivos que dificultasse ou impedisse a realização de seus propósitos; para a Comissão, a consideração mais decisiva a manter-se em mente era a de que "a função primordial dessa Convenção é a de proteger os direitos do indivíduo e não a de estabelecer obrigações mútuas entre os Estados a serem interpretadas restritivamente à luz da soberania desses Estados. Ao contrário, a função da Convenção e a função de sua interpretação é tornar a proteção do indivíduo eficaz"⁽¹⁰⁷⁾. Em seu julgamento de 1975 no mesmo caso *Golder*, a Corte endossou a tese da Comissão de uma interpretação da Convenção à luz de seu propósito fundamental como um passo em direção à implementação coletiva dos direitos humanos⁽¹⁰⁸⁾.

No âmbito da Convenção Americana de Direitos Humanos, a Corte Interamericana observou, no mesmo sentido, no Parecer de 1982 sobre o *Efeito das Reservas sobre a Entrada em Vigor da Convenção Americana*,

(105) Corte Européia de Direitos Humanos, caso *Wemhoff*, julgamento de 27 de junho de 1968, Série A, p. 23, § 8.

(106) Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Lingüístico Belga*, julgamento de 23 de julho de 1968, Série A, p. 32, § 5.

(107) Petição nº 4.451/70, caso *S. E. Golder versus Reino Unido*, *Report of the Commission* (adotado em 1.º de julho de 1973), Conselho da Europa, doc. D-60-355, Strasbourg, 1973, p. 31, e cf. pp. 23/36 e 74/75.

(108) Corte Européia de Direitos Humanos, caso *Golder*, julgamento de 21 de fevereiro de 1975, pp. 9-12 §§ 29-36. Quanto à doutrina, cf., no mesmo sentido: M. SORENSEN, *Do the Rights Set Forth in the European Convention on Human Rights in 1950 Have the Same Significance in 1975?*, Relatório ao IV Colóquio Internacional sobre a Convenção Européia de Direitos Humanos (Roma, 5 a 8 de novembro de 1975), Conselho da Europa, doc. H/Coll. (75)2, Strasbourg, 1975, pp. 4-5; F. G. JACOBS, *The European Convention on Human Rights*, Oxford Clarendon Press, 1975, pp. 15/20; H. GOLSONG, "International Treaty Provisions on the Protection of the Individual Against the Executive by Domestic Courts", in *Gerichtsschutz gegen die Exekutive/Judicial Protection Against the Executive*, vol. 3, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Köln, Carl Heymanns Verlag/Oceana, 1971, p. 252. Para um estudo detalhado da matéria, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 14-18; A. A. CANÇADO TRINDADE, *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1984, pp. 124-125.

que “los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción” (109)

O direito de petição sob a Convenção, proseguiu a Corte, “indica la gran importancia que la Convención atribuye a las obligaciones de los Estados Partes frente a los individuos, las cuales pueden ser exigidas de una vez, sin la mediación de otro Estado. Desde este punto de vista, y considerando que fue diseñada para proteger los derechos fundamentales del hombre independientemente de su nacionalidad, frente a su propio Estado o a cualquier otro, la Convención no puede ser vista sino como lo que ella es en realidad: un instrumento o marco jurídico multilateral que capacita a los Estados para comprometerse, unilateralmente, a no violar los derechos humanos de los individuos bajo su jurisdicción” (110).

Em seu Parecer de 1983 sobre as *Restrições à Pena de Morte*, a Corte Interamericana voltou a ponderar que, “en materia de tratados relativos a la protección de los derechos humanos, resulta todavía más marcada la idoneidad de los criterios objetivos de interpretación, vinculados a los textos mismos, frente a los subjetivos, relativos a la sola intención de las partes” (111). E, no parecer de 1982 sobre “*Outros Tratados*” Objeto da *Função Consultiva da Corte*, ressaltou uma vez mais a Corte Interamericana que os tratados concernentes à proteção internacional dos direitos humanos “están orientados, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano” (112).

(109) Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-2/82 sobre El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana*, Série A, n.º 2, 1982, p. 34.

(110) *Ibid.*, pp. 35-36.

(111) Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-3/83 sobre Restricciones a la Pena de Muerte*, Série A, n.º 3, 1983, p. 22.

(112) Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-1/82 sobre “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte*, Série A, n.º 1, 1982, p. 11, e cf. pp. 7 e 14.

Questão distinta da interpretação dos tratados relativos à proteção internacional dos direitos humanos, mas a ela relacionada, é a da interpretação, pelos órgãos internacionais voltados à salvaguarda dos direitos humanos, de seus próprios poderes. Sobre este ponto, cabe registrar a experiência singular da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que, a partir de sua criação (em 1959), já uma década antes da adoção da Convenção Americana de Direitos Humanos, através de um processo de interpretação liberal e extensiva de seus próprios poderes (como já acentuado supra), logrou de certo modo ampliar gradualmente sua competência *ratione materiae* (113).

2. Aspectos da implementação dos tratados relativos à proteção internacional dos direitos humanos: exemplos de construção jurisprudencial *ratione materiae*, *ratione personae* e *ratione temporis*.

A evolução jurisprudencial da proteção internacional dos direitos humanos se estende do plano da interpretação ao da *aplicação* dos tratados humanitários. A jurisprudência sobre esta última, dos órgãos internacionais pertinentes, dirige-se tanto aos mecanismos de implementação propriamente dita (e.g., admissibilidade de petições) (114) dos tratados humanitários quanto ao conteúdo e alcance dos direitos e liberdades (115) neles garantidos. Como já examinamos o ponto de mecanismo de implementação em estudo à parte (116), concentrar-nos-emos aqui no tópico da construção jurisprudencial de determinados direitos garantidos.

No chamado *Caso Grego (Dinamarca, Noruega, Suécia e Holanda versus Grécia, 1967-1970)*, teve a Comissão Européia de Direitos Humanos ocasião de, em relação ao artigo 3 da Convenção Européia de Direitos Humanos (proibição de tortura ou tratamento ou punição desumana ou degradante), precisar os elementos essenciais constitutivos da noção de "tortura" para os propósitos da Convenção. No entendimento da Comis-

(113) Cf., para um estudo da matéria. A. A. CANÇADO TRINDADE, "O Impacto de Tratados e Resoluções nas Relações Internacionais na América Latina", *VIII Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano* (1981), Washington, Secretaria General de la OEA, 1982, pp. 254 e 257-258; KAREL VASAK, *La Commission Interamericaine des Droits de l'Homme*, Paris, LGDJ, 1968, pp. 38-39.

(114) Cf. N. ANTONOPOULOS, *op. cit. supra* n. (66) pp. 21-85 e 256-261.

(115) J. E. S. FAWCETT, *The Application of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1969, pp. 28-257.

(116) A. A. CANÇADO TRINDADE, *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981, capítulo VIII, pp. 222-264; A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit. supra* n. (24), pp. 331-384.

são, são estes a aplicação *deliberada* de sofrimento, sendo este mental ou físico *severo*, e *injustificável* na situação concreta; o propósito é o de obter informações ou confissões, ou infligir punição, sendo em geral uma “forma agravada de tratamento desumano”, e “degradante” ao configurar-se uma “grande humilhação” do indivíduo perante outros, levando-o a “agir contra sua vontade ou consciência”. A Comissão foi mais além, ao precisar que uma *prática administrativa* de um governo em violação do artigo 3 da Convenção — que é um dos quatro artigos da Convenção Europeia que não admite qualquer tipo de derrogação (cf. supra) — é aquele que compreende dois elementos, a saber, uma “repetição de atos” (de tortura ou maus-tratos) que formam a expressão de uma “situação geral” e a “tolerância oficial” (no sentido de que as autoridades — superiores hierárquicos — não tomam qualquer medida para punir tais atos ou impedir sua repetição) (117).

Já se sugeriu que a extensão do sofrimento propriamente dito é elemento “subsidiário” à questão do ato *deliberado* e *injustificável*; o caso *Kornmann versus República Federal da Alemanha* (1966), perante a Comissão Europeia, e.g., ilustra o requisito do ato deliberado, tendo suscitado o comentário de que a “ação das autoridades só será considerada deliberada e portanto possivelmente desumana se a vítima não resistir ou provocar” (118). E o caso *Irlanda versus Reino Unido* (1971-1978) ilustra a gradação entre “tortura” e “tratamento desumano e degradante” (supra): enquanto para a Comissão Europeia certas técnicas de interrogatório (usadas na Irlanda do Norte) constituíam tortura e prática administrativa, a Corte Europeia, a seu turno, concluiu que aquelas técnicas constituíam “prática de tratamento desumano e degradante” (em violação do artigo 3 da Convenção) e não tortura propriamente dita (referindo-se esta às ocorrências dos maus-tratos mais cruéis e gravíssimos) (119). Os elementos essenciais constitutivos da noção de “tortura”, acima citados (sofrimento severo, intencionalmente infligido, para obter informações ou confissões, com o consentimento ou aquiescência de autoridades ou funcionários agindo em capacidade oficial), constam hoje, também no plano global, da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outro Tratamento ou Punição Cruel, Desumano ou Degradante (1984, artigo 1). E, no âmbito da OEA, o corrente Projeto de Convenção Americana contra a Tortura também se refere àqueles elementos (sofrimentos graves,

(117) L. DOSWALD-BECK, “What Does the Prohibition of Torture or Inhuman or Degrading Treatment or Punishment Mean? The Interpretation of the European Commission and Court of Human Rights”, 25 *Netherlands International Law Review* [1978] pp. 32, 36 e 43-44; e cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit. infra* n. (129) pp. 257-280.

(118) L. DOSWALD-BECK, *op. cit. supra* n. (117), p. 35.

(119) ROSALYN HIGGINS, *op. cit. infra* n. (123), p. 513.

físicos ou mentais, ou métodos tendentes a anular ou afetar a personalidade da vítima, intencionalmente infligidos, como meios intimidatórios de investigação ou punição — artigo 2).

No tocante ao direito à liberdade pessoal (artigo 5 da Convenção Européia), foi igualmente objeto de construção jurisprudencial a precisão do alcance da “duração razoável” da detenção preventiva (artigo 5 (3) da Convenção); isto ocorreu em casos relativos à detenção levados perante tanto à Comissão quanto à Corte Européia, quais sejam, os casos *Wemhoff versus República Federal da Alemanha* (1964), e *Ncumeister, Stögmüller e Matznetter versus Áustria* (1964) (120). A Comissão elaborou um método de sete critérios, pelo qual seriam considerados: 1) a duração propriamente dita de detenção; 2) a duração da detenção preventiva em relação à natureza da infração; 3) os efeitos pessoais (de ordem material ou moral) sobre o detido; 4) a conduta do acusado; 5) as dificuldades de instrução do caso e sua complexidade; 6) a maneira em que a instrução ou investigação foi conduzida; e 7) a conduta das autoridades judiciárias. Já se sugeriu, em suma, que a detenção, para se conformar com o artigo 5 (3) da Convenção Européia, deve ser “regular, necessária e proporcional” (121).

No que tange ao direito a um tribunal independente (fair hearing) e imparcial para decidir sobre contestações sobre direitos e obrigações de caráter civil (122) ou acusações em matéria penal (artigo 6 (1) da Convenção Européia), a Comissão e a Corte Européia tiveram ocasião de discutir o sentido da expressão *civil rights and obligations/droits et obligations de caractère civil* sob a Convenção no caso *Ringeisen versus Áustria* (1968-1971). Importava saber se a expressão cobriria certos direitos que, em alguns sistemas jurídicos, recaem no âmbito do direito administrativo e não no do direito privado. A jurisprudência da Convenção Européia tem-se inclinado em favor de atribuir àquela expressão um “sentido autônomo” e não apenas se referindo a direitos reconhecidos no plano do direito interno. Assim, no caso *Ringeisen*, esclareceu-se que um

(120) Cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, “Exhaustion of Local Remedies in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: An Appraisal”, 10 *Revue des Droits de l'Homme/Human Rights Journal* [1977] pp. 159-166, e cf. pp. 141-185.

(121) STEFAN TRECHSEL, “La durée raisonnable de la détention préventive (Art. 5 par. 3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme)”, 4 *Revue des Droits de l'Homme/Human Rights Journal* [1971] pp. 119-152.

(122) Cf., sobre este ponto, CHRISTIAN RASENACK, “Civil Rights and Obligations’ or ‘Droits et Obligations de Caractère Civil’ — Two Crucial Legal Determinations in Art. 6(1) of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”, 3 *Revue des Droits de l'Homme/Human Rights Journal* [1970], pp. 51-82.

direito poderia ser um *civil rights* (sob o artigo 6 (1) da Convenção) mesmo se pertencesse ao domínio do direito público e não do direito privado; para a aplicabilidade do artigo 6(1), o teste era não que ambas as partes devessem ser privadas, mas antes que “as relações preexistentes entre indivíduos sob o direito privado sejam de certo modo afetadas” (123).

Os exemplos acima ilustram a construção jurisprudencial *ratione materiae* no sistema regional da Convenção Européia. No outro sistema regional, o interamericano, indicações que poderão talvez vir a ser úteis para a aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos encontram-se, mesmo antes da entrada em vigor desta em 1978, nas resoluções e relatórios (tanto os anuais quanto os sobre a situação dos direitos humanos em determinados países membros da OEA) da Comissão Interamericana, convenientemente coligidos e condensados em volume referente à década 1971-1981 (124). Dos cinco pareceres emitidos até o presente pela Corte Interamericana, há que destacar passagem do parecer sobre *Restrições à Pena de Morte* (1983), em que teve ocasião, além de destacar a tendência limitativa da aplicação da pena de morte, de precisar que “toda reserva destinada a permitir ao Estado a suspensão de um dos direitos fundamentais, cuja derrogação está em toda hipótese proibida, deve ser considerada como incompatível com o objeto e fim da Convenção e, em consequência, não autorizada por esta” (125). Observe-se, no tocante à questão já revista das cláusulas de derrogação, que, se por um lado a Convenção Americana apresenta uma lista mais longa de direitos inderrogáveis em comparação com as de outros tratados humanitários (cf. supra), por outro lado permite ela “derrogação em emergências que são bem menos sérias do que as previstas pelos outros instrumentos, e nesse sentido uma lista ampliada de direitos inderrogáveis é mais justificada” (126). O parecer supracitado da Corte Interamericana afigura-se como o primeiro reconhecimento judicial inequívoco de um princípio básico da aplicação dos tratados de direitos humanos — ao menos no âmbito regional — que relaciona ou liga “inderrogabilidade e incompatibilidade”, existente entre

(123) ROSALYN HIGGINS, “The European Convention on Human Rights”, *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues* (ed. Theodor Meron), vol. II Oxford, Clarendon Press 1984, pp. 529-530, e cf. pp. 532-530 (para o direito à liberdade de expressão); F. G. JACOBS, *op. cit.* supra n. (108), pp. 79-83.

(124) Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Diez Años de Actividades 1971-1981*, Washington, Secretaría General de la OEA, 1982, pp. 101-394.

(125) Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.* supra n. (111), p. 27, e cf. p. 25.

(126) Th. BUERGENTHAL, “The Inter-American System for the Protection of Human Rights”, *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues* (ed. Theodor Meron), vol. II, Oxford, Clarendon Press, 1984, p. 450.

“certos direitos humanos fundamentais e normas emergentes de *jus cogens*” (127).

Aspecto dos mais salientes e significativos da evolução jurisprudencial da proteção internacional dos direitos humanos, de relevância à adequada aplicação *ratione personae* dos tratados humanitários, encontra-se na prática da Comissão Européia de Direitos Humanos que, nos últimos anos, tem-se inclinado em alguns casos a aplicar presunções claramente em favor dos reclamantes: isto tem ocorrido quando uma petição levanta a questão da compatibilidade com a Convenção Européia de supostas “medidas legislativas e práticas administrativas” (a nível nacional), particularmente quando as alegações estiverem bem fundamentadas. Já nos referimos à noção de “práticas administrativas”, precisada pela jurisprudência da Convenção Européia; a expressão “medidas legislativas”, que em geral acompanha aquela, embora não citada expressamente na Convenção (128), foi também objeto de construção jurisprudencial nos últimos anos. Em casos de reclamações de “medidas legislativas e práticas administrativas” supostamente incompatíveis com a Convenção, seja movidas por Estados (e.g., *Primeiro Caso de Chipre*, 1956; *Primeiro Caso Grego*, 1967-1968; *Segundo Caso Grego*, 1970; caso *Irlanda versus Reino Unido*, 1972), seja iniciadas por indivíduos (caso *Kjeldsen versus Dinamarca*, 1972; *Pedersen versus Dinamarca*, 1973; *Donnelly e Outros versus Reino Unido*, 1972), a Comissão Européia tem aplicado com mais flexibilidade as condições de admissibilidade de petições, e.g., ao dispensar nesses casos o requisito do prévio esgotamento dos recursos de direito interno (129).

Concomitantemente, nesses e outros casos, tem a Comissão Européia, ademais, atribuído à noção de “vítima” (sob a Convenção Européia) uma *interpretação cada vez mais ampla*: os autores das petições podem ser não mais apenas as vítimas diretas (casos *X versus Irlanda* e *X versus Noruega*, de 1960), mas também as indiretas (que indiretamente sofressem dano resultante de violação da Convenção ou que tivessem “interesse pessoal válido” em assegurar a cessação de tal violação (caso *X versus*

(127) Th. BUERGENTHAL, “Judicial Interpretation of the American Human Rights Convention”, *Derechos Humanos en las Américas — Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*, Washington, CIDH/OEA, 1984, p. 258, e cf. M. CISNEROS SANCHEZ, “Algunos Aspectos de la Jurisdicción Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *ibid.*, pp. 267-268.

(128) PHEDON VEGLERIS, “Modes de redressement des violations de la Convention Européenne des Droits de l’Homme”, *Mélanges Offerts à Polys Modinos*, Paris, Pédone, 1968, p. 381, e cf. p. 385.

(129) A. A. CANÇADO TRINDADE, “Exhaustion of Local Remedies in Relation to Legislative Measures and Administrative Practices — The European Experience”, 18 *Malaya Law Review* [1976] pp. 257-280.

República Federal da Alemanha, 1970), e também as vítimas prospectivas ou futuras (face à ameaça ou probabilidade de dano, e.g., por nova legislação supostamente incompatível com a Convenção, como no caso *Donnelly*, supracitado) (130). Assim, não surpreende que um levantamento geral da aplicação da Convenção Européia em suas três primeiras décadas (1954-1984) tenha concluído *inter alia* que os “resultados tangíveis” alcançados em casos concretos até o presente se estendem — ou afetam — a um número “muito maior de pessoas” do que o dos próprios reclamantes (131).

A questão específica da evolução da noção de vítima (sob a Convenção Européia) foi simplificada e bem resolvida no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: diferentemente do experimento congênere europeu, o direito de petição individual não é conferido apenas a vítimas individuais das violações de que se queixa, mas mais amplamente a “peticionários”, “presuntos lesionados”, “personas denunciantes” (132). O atual Regulamento da Comissão Interamericana, nessa linha, refere-se a “peticionario”, “persona o personas denunciantes” e “cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida”, “presunto lesionado” (133); a Comissão se reserva incluir a faculdade de, *motu proprio*, levar em conta “cualquier información disponible” (134) aparentemente idônea e contendo os elementos necessários para iniciar a tramitação de um caso que contenha os requisitos para tal fim. No plano global (Nações Unidas), no sistema da resolução 1.503 (de 1970) do ECOSOC (supra) (135), admite-se que, em casos fornecendo “bases razoáveis para acreditar que possam revelar um padrão consistente de violações graves e seguramente comprovadas de direitos humanos”, as petições admissíveis podem provir não apenas de indivíduos que “se presume razoavelmente” serem vítimas daquelas violações mas também de indivíduos e organizações não-governamentais tendo “conhecimento direto e seguro de

(130) A. A. CANÇADO TRINDADE, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 187-213 e 373-382.

(131) *European Convention of Human Rights*, *op. cit.* supra n. (71), p. 308.

(132) Artigo 9 (bis) do antigo Estatuto da Comissão Interamericana, artigo 38 de seu antigo Regulamento, artigos 29, 34 e sobretudo 36(2) (b) (“peticionario” terceira pessoa, sem mandato da presumida vítima ou sua família), artigos 44 e 46 da Convenção Americana. E cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, “A Aplicação da Regra do Esgotamento dos Recursos Internos no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos”, *Derechos Humanos en las Américas — Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*, Washington, CIDH/OEA, 1984, p. 229, n. 86.

(133) Artigos 23, 24, 29, 30, 34, 35, 36 e 38.

(134) Artigo 23 (2).

(135) E consoante também a resolução 1 (XXIV) de 1971 da Subcomissão da ONU de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias (supra).

tais violações" (136): fica assim assegurada uma acepção ampla da noção de vítima no presente sistema das Nações Unidas de proteção dos direitos humanos.

Há, porém, um paralelo significativo entre a jurisprudência da Convenção Européia em casos de "medidas legislativas e práticas administrativas" (supra) e a prática da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Com efeito, um dos aspectos salientes da experiência da Comissão Interamericana em matéria de comunicações ou petições tem sido o método de investigação empreendida nas chamadas "situações gerais", ou casos de alegações de violações generalizadas de direitos humanos. Em virtude de uma regra de interpretação fixada na II Conferência Interamericana Extraordinária (Rio de Janeiro, 1965) (137), admitiu-se que o requisito do prévio esgotamento de recursos do direito interno, aplicável em princípio às comunicações enviadas à Comissão (como condição de sua admissibilidade), não se estenderia àquelas "situações gerais". A questão foi objeto de estudos em dezembro de 1968 e maio de 1972 (138), e em 1971-1972 aquela regra de interpretação era aplicada no *caso nº 1.684* (139). Pouco depois, em outro caso, em 1974, a Comissão decidiu examinar uma série de reclamações sobre direitos humanos inter-relacionadas — que incluíam suspensão de garantias de *due process* e outras irregularidades, e ineficiência dos recursos de *amparo* e *habeas corpus* — como uma "situação geral"; desse modo, dispensou a Comissão o pré-requisito do esgotamento dos recursos internos, o que por sua vez possibilitou-lhe proceder de imediato a um estudo amplo e abrangente da situação (140).

Cabe aqui recordar que, no plano global (Nações Unidas), o já revisto sistema da resolução 1.503 (de 1970) do ECOSOC tem a sua implementação voltada não à reparação de violações individuais de direitos humanos, mas mais propriamente de *situações prevalentes*, afetando grupos ou coletividades humanas. Sua significação e seu impacto são da maior importância, por *independenter* da ratificação dos Estados-Membros da ONU. Assim, é possível que a validade desse experimento (141) con-

(136) Artigos 1(6) e 2(a) da resolução 1 (XXIV) de 1971 da Subcomissão.

(137) OEA, documento OEA/Ser.C/I.13, p. 32 (Ato Final da Conferência).

(138) A. A. CANÇADO TRINDADE, "Exhaustion of Local Remedies in the Inter-American System", 18 *Indian Journal of International Law* (1978), p. 348.

(139) OEA, documento OEA/Ser.L/V/II.29 — doc. 5, de 1972, p. 3.

(140) Cf. OEA, documento OEA/Ser.L/V/II.34 — doc. 21, de 1974, pp. 1-177 (para o relatório da Comissão sobre o caso, aprovado ainda em 1974).

(141) Sobre a prática do sistema da resolução 1.503 (de 1970) do ECOSOC, cf., e.g., MARC SCHREIBER "The Development and Main Features of the Existing United Nations Procedures for Dealing with Communications Concerning Human Rights Containing Allegations of Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms", 4 *Revista de Derechos Humanos* — Puerto Rico (1974), pp. 110-114.

tinua a ser reconhecida, a par de experiências paralelas no direito internacional convencional (dependentes de ratificação por parte dos Estados), e mesmo por visar aos casos mais graves e urgentes de padrões consistentes de violações flagrantes de direitos humanos. No mais, é alentador constatar a existência do paralelo acima entre a jurisprudência da Comissão Européia, a prática da Comissão Interamericana e a experiência da Comissão de Direitos Humanos da ONU sob o sistema da resolução 1.503 do ECOSOC, apontando todas no sentido de propiciar o acesso gradual dos particulares lesados às instâncias internacionais e fortalecer assim sua posição no plano internacional. É significativo que isto venha ocorrendo, conforme já ressaltado, em experimentos de conteúdo e efeitos jurídicos variáveis (tanto mandatórios quanto recomendatórios) em relação aos Estados-membros (cf. supra).

A evolução jurisprudencial da proteção internacional dos direitos humanos pode também ser apreciada à luz da aplicação *ratione temporis* dos tratados humanitários. Sob a Convenção Européia de Direitos Humanos, já nos anos sessenta se admitia que, se o reclamante alegava que estava privado do benefício de uma situação, garantido pela Convenção, por um período que se prolongava após a entrada em vigor da Convenção, a Comissão Européia era competente *ratione temporis* para examinar a petição⁽¹⁴²⁾. A partir do caso *De Becker versus Bélgica* (1955), a Comissão Européia passou a desenvolver sistematicamente a noção de "situation (ou violation) continue" à luz da Convenção⁽¹⁴³⁾. Também a Corte Européia tem-se pronunciado sobre este ponto. Em 1968-1969, em casos em que se constatou uma "situação continuada" em período de detenção excedendo um tempo razoável (casos *Stögmüller*, *Matznetter* e *Neumeister*), a própria Corte Européia descartou o requisito do esgotamento dos recursos internos no período de detenção subsequente à interposição da petição, pois se se exigisse do reclamante uma nova petição à Comissão, tal atitude formalista só poderia levar a uma multiplicação, sem sentido, de procedimentos, que tenderia a paralisar o funcionamento dos órgãos da Convenção⁽¹⁴⁴⁾.

(142) Para uma discussão da matéria, cf. MAX SORENSEN, "Le problème intertemporel dans l'application de la Convention Européenne des Droits de l'Homme", *Mélanges Offerts à Polys Modinos-Problèmes des Droits de l'Homme et de l'Unification Européenne*, Paris, Pédone, 1968, pp. 304-319. esp. p. 315.

(143) Cf. PAUL TAVERNIER, *Recherches sur l'Application dans le Temps des Actes et des Règles en Droit International Public*, Paris, LGDJ, 1970, pp. 279-282, e cf. pp. 292-297.

(144) Cf. A. A. CAÑADO TRINDADE, "Exhaustion of Local Remedies in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: An Appraisal", 10 *Revue des Droits de l'Homme/Human Rights Journal* (1977), pp. 159-166, 170-171 e 181-183.

Esta corrente ou orientação encontra paralelo no plano global, na prática do Comitê de Direitos Humanos sob o Pacto de Direitos Civis e Políticos (e Protocolo Facultativo). Assim, no caso *S. Lovelace versus Canadá* (1981), teve o referido Comitê ocasião de esclarecer que não podia um reclamante, que se julgasse vítima de uma violação, expressar sua opinião sobre a lei *in abstracto*, sem levar em conta a data da aplicação de tal lei à suposta vítima. Contudo, acrescentou o Comitê, eventos anteriores à entrada em vigor do Pacto (e Protocolo Facultativo) que continuassem, ou tivessem efeitos que constituíssem, eles próprios, violações, após a data da entrada em vigor, poderiam ser considerados pelo Comitê; era o que ocorria no *cas d'espèce*, dado que a presente reclamação dizia respeito ao "efeito continuado" da legislação (interna), que persistia após a entrada em vigor do Pacto, e que deveria assim "ser examinado, independentemente de sua causa original" (145). É esta uma significativa ilustração do fator temporal, sempre naturalmente presente nos mecanismos de implementação internacional dos direitos humanos (146).

Do acima exposto, vimos, pois, que a evolução jurisprudencial da proteção internacional dos direitos humanos — que outrora já se fazia sentir no próprio plano do direito internacional consuetudinário (147) — se estende tanto ao plano da interpretação quanto da aplicação dos tratados humanitários, e abrange tanto o conteúdo e alcance dos direitos e liberdades consagrados quanto os mecanismos de implementação consignados nos tratados humanitários. Sendo estes últimos — como já bem se ressaltou — "instrumentos jurídicos vivos" (148), a jurisprudência de seus órgãos há de ser devidamente apreciada, sem que se esqueça, no entanto, o papel fundamental exercido também pelos órgãos *internos* dos Estados: a jurisprudência dos órgãos internacionais se vê de certo modo comple-

(145) Petição n.º 24/1977, *S. Lovelace versus Canadá* (1981), in: *International Covenant on Civil and Political Rights, Human Rights Committee — Selected Decisions under the Optional Protocol*, N. Y., United Nations, 1985, p. 86. Cf., no mesmo sentido, petição n. 1/1976, *A et alii versus S* (1978), *ibid.*, p. 17.

(146) Para um estudo da matéria, cf., e.g., A. A. CANÇADO TRINDADE, "The Time Factor in the Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law", 61 *Rivista di Diritto Internazionale* (1978), pp. 232-257.

(147) Cf. BIN CHENG, "The Contribution of International Courts and Tribunals to the Protection of Human Rights under International Customary Law", in *International Protection of Human Rights — Proceedings of the Seventh Novel Symposium* (ed. A. Eide e A. Schou, Oslo 1967), Estocolmo, Almqvist & Wiksell, 1968, pp. 167-175.

(148) MAX SORENSEN, *Do the Rights Set Forth in the European Convention on Human Rights in 1950 Have the Same Significance in 1975?* Relatório ao IV Colóquio Internacional sobre a Convenção Européia de Direitos Humanos (Roma, 5 a 8 de novembro de 1975), Conselho da Europa, doc. H/Coll. (75) 2, Strasbourg, 1975, p. 22.

mentada pela prática dos órgãos nacionais administrativos e judiciais, aos quais os tratados humanitários (aqui considerados) atribuem responsabilidade primária pela observância dos direitos e liberdades neles consagrados (149). Esta ponderação nos conduz ao próximo ponto a ser examinado, qual seja, o da compatibilização entre dispositivos convencionais e de direito interno na proteção dos direitos humanos.

VI. Proteção dos direitos humanos: compatibilização entre dispositivos convencionais e de direitos internos

Constituindo-se a ratificação (ou adesão) pelos Estados de instrumentos de efeitos jurídicos mandatórios — como as Convenções Americana e Européia de Direitos Humanos (nas respectivas regiões) e os Pactos da ONU de Direitos Civis e Políticos (e Protocolo Facultativo) e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais — na condição *sine qua non* para um tratamento eficaz por parte dos Estados da questão da proteção dos direitos humanos a níveis internacional e nacional, surge a questão da compatibilização entre dispositivos convencionais e de direito interno neste domínio. A Convenção Americana de Direitos Humanos, por exemplo, ao estabelecer a obrigação dos Estados de respeitar os direitos nela reconhecidos e garantir seu livre e pleno exercício (artigo 1º), acrescenta que, se o exercício dos referidos direitos ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, “os Estados-Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”. Para equiparar a legislação interna com as normas da Convenção pode o Estado contar com a cooperação da Comissão e Corte Interamericanas de Direitos Humanos. Pode esta última, a pedido de um Estado-Membro da OEA, emitir pareceres sobre “a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas” e a Convenção Americana e outros tratados relativos à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos (artigo 64(2)). Quanto à Comissão, pode “formular recomendações aos Governos dos Estados-Membros, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos, no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos” (artigo 41(b)).

(149) *Ibid.*, p. 9; e cf. discussão in A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit. infra* n. (155), pp. 333-370. Cf. também a coletânea: *European Convention on Human Rights, Collection of Decisions of National Courts Referring to the Convention*, Strasbourg, Council of Europe — Directorate of Human Rights, julho de 1969 (coletânea em forma de publicação *loose-leaf*, sem numeração de páginas; ed. mimeografada).

No tocante ao sistema da Convenção Européia de Direitos Humanos, dos 21 Estados que a ratificaram 14 têm até o presente assegurado a esta o *status* de direito interno; mas mesmo nestes países que a incorporaram à ordem jurídica interna há uma certa diversidade quanto ao *status* ou posição *exata* da Convenção na hierarquia legal interna. Não se pode necessariamente deduzir que nos 14 países que incorporaram a Convenção Européia os direitos dos indivíduos são melhor protegidos como consequência *direta* daquela providência: a incorporação não reflete automaticamente “o padrão real de proteção jurídica que um determinado Estado concede aos indivíduos”, sendo medidas muito mais significativas e importantes a aceitação do direito de petição individual e da jurisdição obrigatória da Corte Européia (150).

Não há, no entanto, como negar que a real significação e o alcance de instrumentos como as Convenções Européia e Americana não de ser medidos por seus possíveis efeitos no direito *interno* dos Estados-Partes. A esse respeito, cabe recordar o artigo 2º da Convenção Americana, pelo qual, “se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades” (151). Pouco após a adoção da Convenção Americana em San José (novembro de 1969), a Delegação dos Estados Unidos, em relatório de abril de 1970, indicou que o principal efeito desse artigo era o de “permitir aos Estados-Partes tratar os dispositivos substantivos da Convenção como sendo *non-self-executing*”, e comentou que o artigo 2º era “suficientemente flexível, possibilitando a cada país implementar da melhor maneira o tratado de acordo com sua prática interna” (152).

(150) ANDREW Z. DRZEMCZEWSKI, *European Human Rights Convention in Domestic Law — A Comparative Study*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 37-191 e 342. Ainda resta por ser elaborado um estudo semelhante a propósito da Convenção Americana de Direitos Humanos: o pouco que já se escreveu a respeito até o presente limita-se a uma exposição do problema; cf. e.g., EDMUNDO VARGAS CARREÑO, “Algunos Problemas que Presentan la Aplicación y la Interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, in *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Washington, Secretaría General de la OEA, 1980, pp. 149-169, esp. 151-154 (sobre a questão da incorporação).

(151) Texto in: OEA, *Manual de Normas Vigentes em Matéria de Direitos Humanos*, OEA, doc. OEA/Ser./L/V/II.50 — doc. 6, de julho de 1980, p. 30.

(152) “United States: Report of the Delegation to the Inter-American Specialized Conference on Human Rights — American Convention on Human Rights”, 9 *International Legal Materials* (1970), pp. 714-715, e cf. também p. 710.

Na mesma época, comentou-se que, se se interpretar o artigo 2º de modo tal a possibilitar a rejeição de tentativas de invocar a Convenção Americana perante os tribunais nacionais visando a assegurar um direito conflitante com a legislação interna (ou não existente nesta), com base na tese de que, sem a legislação interna adicional, prevista no artigo 2º, um indivíduo não poderia derivar direitos diretamente da Convenção, então a Convenção Americana deixaria de ter “um impacto significativo na administração de justiça quotidiana mesmo nos países americanos que eventualmente a ratificassem. Esta, pelo menos, tem sido a experiência naqueles Estados que, embora tivessem ratificado a Convenção Européia, não lhe atribuem o *status* de direito interno” (153). Tudo indica, no entanto, que o artigo 2º da Convenção Americana não tenha outro alcance senão “o de recomendar aos Estados que incorporem à sua legislação interna as disposições meramente programáticas da Convenção”, visando ao cumprimento dessas disposições “nos casos — que não são muitos — em que estas não se bastem a si próprias” (154).

Conviria aqui recordar o artigo 25 da Convenção Americana, reconhecendo a toda pessoa o direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso *efetivo* perante os juizes ou tribunais nacionais na salvaguarda de seus direitos fundamentais reconhecidos pela Convenção, pela Constituição ou pela lei. Tal dispositivo encontra paralelo no artigo 13 da Convenção Européia, ilustrando um dever imposto aos Estados-Partes e a interação entre o direito interno e as normas da Convenção. Com efeito, o impacto da Convenção Européia no direito interno dos Estados-Membros pode ser apreciado de ângulos distintos, como, por exemplo, “o efeito de determinados casos ao acarretar mudanças legislativas internas para harmonizar as leis nacionais dos Estados-Membros com o sistema da Convenção”, e, por outro lado, a influência — menos analisada até hoje — do direito interno no sistema da Convenção (155). O fato é que ambas as Convenções regionais, a Européia e a Americana, a par de seus próprios órgãos e mecanismos, confiam assim a proteção dos direitos humanos também — e primariamente — à legislação constitucional e ordinária e aos órgãos e procedimentos do direito público interno; esse fato tem sido amplamente reconhecido na experiência sob a Convenção Européia,

(153) THOMAS BUERGENTHAL, “The American Convention on Human Rights: Illusions and Hopes”, 21 *Buffalo Law Review* (1971), pp. 128-129; Th. BUERGENTHAL, “The American Convention on Human Rights: an Illusion of Progress”, *Miscellanea W. J. Ganshoff van der Meersch*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 1972, pp. 393-394.

(154) E. VARGAS CARREÑO, *op. cit.* supra n. (150), p. 155.

(155) A. A. CANÇADO TRINDADE, “Exhaustion of Local Remedies in International Law and the Role of National Courts”, 17 *Archiv des Völkerrechts* (1977-1978), pp. 337-338.

em que tribunais nacionais dos Estados-Partes têm procedido à sua própria interpretação e aplicação do artigo 13 da Convenção Européia (156).

O problema do artigo 13 surge particularmente em relação aos Estados em que a Convenção Européia não possui o *status* de direito interno; assim, o dispositivo teria uma "natureza processual", incorporado que foi àquela Convenção para o propósito limitado de impedir cautelosamente a interpretação, de um modo ou de outro, de imunidade governamental como objeção a uma ação impetrada perante os tribunais nacionais visando à reparação de supostas violações da Convenção (157). A aplicação do artigo 25 da Convenção Americana poderá assim inspirar-se na rica experiência da aplicação paralela do artigo 13 da Convenção Européia.

Para a compatibilização entre dispositivos convencionais e de direito interno no presente contexto também contribui a possibilidade aberta aos Estados de formulação de *reservas* (158); estas últimas, como é sabido, visam a viabilizar a ratificação ou adesão do maior número possível de Estados a um tratado sem comprometer ou minar as bases deste. As reservas, autorizadas pelo tratado, não poderão, assim, ser incompatíveis com o objeto e propósito do tratado. Foi este o teste estabelecido pelo Parecer de 1951 da Corte Internacional de Justiça no caso das *Reservas à Convenção sobre o Genocídio*, e consagrado na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 (artigo 19). A Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu recentemente um esclarecedor Parecer sobre o *Efeito das Reservas sobre a Entrada em Vigor da Convenção Americana de Direitos Humanos*. Embora o Parecer (de 24 de setembro de 1982) enfoque um dos aspectos da matéria (artigos 74 e 75 da Convenção), contém ele indicações de relevância aos presentes propósitos.

Observa a Corte Interamericana que o exame dos trabalhos preparatórios da Convenção Americana de Direitos Humanos revela que a referência por esta feita (em seu artigo 75) à Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados teve o "propósito primordial" de *permitir a los Estados adherirse a la Convención con un sistema de reservas muy liberal* (159) O próprio sistema de reservas da Convenção Americana deve,

(156) *Ibid.*, pp. 354-357 (e jurisprudência ali revista).

(157) Poder-se-ia argumentar que um Estado violou a Convenção se tiver ele efetivamente impedido o exercício de um direito garantido na Convenção; *ibid.*, pp. 357-358. Para um estudo geral do problema, cf. PIERRE MERTENS, *Le Droit de Recours Effectif devant les Instances Nationales en cas de Violation d'un Droit de l'Homme*, Bruxelles, Ed. Univ. de Bruxelles, 1973, pp. 1-151. Cf. também ANDREW DRZEMCZEWSKI, "The Domestic Status of the European Convention on Human Rights: New Dimensions", 1 *Legal Issues of European Integration* (1977), pp. 1-85.

(158) E. g., artigo 75 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

(159) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 sobre *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada em Vigencia de la Convención Americana*, Série A, n. 2, 1982, p. 32.

segundo a Corte, ser interpretado à luz do objeto e propósito da Convenção: a proteção dos direitos humanos no continente americano⁽¹⁶⁰⁾. Pode um tratado autorizar expressamente “uma ou mais reservas específicas, ou reservas em geral”; é isto — no entender da Corte — o que ocorre na Convenção Americana, o que significa que “las reservas, así expresamente autorizadas en general, no requieren un tratamiento diferente al de las específicas igualmente autorizadas”⁽¹⁶¹⁾.

Seria simplista e improcedente sugerir que ao próprio Estado que formula a reserva caberia pronunciar-se sobre sua natureza ou caracterização, i.e., se incompatível ou não com o objeto e propósito da Convenção Americana de Direitos Humanos. Não há como sustentar tal poder de auto-interpretação de uma reserva pelo próprio Estado que a formulou. Cabe antes ao Secretariado da OEA, depositário da Convenção Americana, ao receber uma ratificação contendo uma reserva que pareça levantar problema, requerer um Parecer da Corte Interamericana para determinar se tal reserva é ou não compatível com o objeto e propósito da Convenção⁽¹⁶²⁾. Sendo esta uma questão eminentemente jurídica, regulada pelo próprio tratado ou convenção, presta-se perfeitamente à determinação judicial⁽¹⁶³⁾.

Reserva incompatível com o objeto e propósito da Convenção seria, por exemplo, uma reserva que pretendesse permitir a um Estado-Parte a suspensão dos direitos fundamentais que não admitem derrogação (mas não a que visasse a restringir alguns aspectos de um direito não-derrogável sem privar o direito em seu todo de seu propósito básico) — conforme indicado pela própria Corte Interamericana em seu recente Parecer sobre *Restrições à Pena de Morte* (de 8 de setembro de 1983). Neste último, advertiu a Corte que a questão do valor recíproco das reservas “não é plenamente aplicável no âmbito dos direitos humanos”, e reiterou que a interpretação das reservas deve dar-se à luz do objeto e fim da Convenção — a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos —

(160) *Ibid.*, pp. 33-36.

(161) *Ibid.*, p. 36. Concluiu a Corte, por unanimidade, que “la Convención entra en vigencia para un Estado que la ratifique o se adhiera a ella con o sin reservas, en la fecha del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión”; *ibid.*, p. 37. As reservas, assim, “no están sujetas a la aceptación de ningún otro Estado Parte”; *ibid.*, p. 36.

(162) Cf., nesse sentido, Th. BUERGENTHAL, “Judicial Interpretation of the American Human Rights Convention”, *Derechos Humanos en las Américas — Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*, Washington, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1984, p. 257.

(163) D. W. BOWETT, “Reservations to Non-Restricted Multilateral Treaties”, 48 *British Year Book of International Law* (1976-1977), p. 81.

não podendo ser o Estado o único árbitro do cumprimento de suas obrigações internacionais em todas as matérias vinculadas à reserva ⁽¹⁶⁴⁾.

A preocupação em prevenir ou evitar conflito entre as jurisdições internacional e nacional esteve sempre presente na elaboração de virtualmente todos os sistemas contemporâneos de proteção internacional dos direitos humanos, que, imbuídos daquele propósito, consagram, por exemplo, o princípio do prévio esgotamento dos recursos de direito interno ⁽¹⁶⁵⁾. Um exame dos *travaux préparatoires* de um desses instrumentos, a Convenção Européia de Direitos Humanos, que muito influenciaram os dos demais, subseqüentes, revela que a consagração da regra do esgotamento dos recursos internos deu-se para evitar qualquer possibilidade de conflito entre as jurisdições internacional e nacional e tranquilizar aos que porventura temessem uma "violação da soberania nacional". Aquela regra, acrescida ao poder do órgão internacional encarregado de receber as petições (a Comissão), de rejeitar *de plano* as petições consideradas inadmissíveis, foi considerada suficiente para proteger os Estados contra quaisquer riscos de abuso ⁽¹⁶⁶⁾. A adoção da regra dos recursos internos, em virtualmente todos os instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos, inclusive a Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 46(1)(a) e (2)(b)), foi em grande parte uma solução consensual às preocupações conflitantes com, por um lado, a proteção dos indivíduos contra abusos do poder público, e, por outro, a proteção da soberania dos Estados signatários contra abusos de queixas irregulares.

A antiga regra do direito internacional, transplantada assim ao sistema de proteção dos direitos humanos, veio ademais atender à necessidade

(164) Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-3/83 sobre *Restricciones a la Pena de Muerte*, Série A, n. 3, 1983, pp. 27-29

(165) Cf., no plano global: resolução 1 (XXIV), de 13 de agosto de 1971, da Subcomissão da ONU de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias, artigo 4 (b), em conformidade com a resolução 1.503 (XLVIII) do ECOSOC, de 27 de maio de 1970, artigo 6 (b) (1); Pacto de Direitos Civis e Políticos da ONU, artigo 41 (c); Protocolo Facultativo do Pacto de Direitos Civis e Políticos, artigos 2 e 5 (2) (b); Convenção Internacional da ONU sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, artigos 11 (3) e 14 (7) (a); Regulamento do Conselho de Tutela da ONU, regra 81. E, a nível regional: Convenção Européia de Direitos Humanos, artigos 26 e 27 (3); Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, artigos 19 (a) e 20 (c); Regulamento da Comissão Interamericana, artigo 34; Convenção Americana de Direitos Humanos, artigo 46 (1) (a) e (2) (b).

(166) Para um exame detalhado, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "Exhaustion of Local Remedies in the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights", 58 *Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques et Politiques* (1980), pp. 73-88.

de filtrar as queixas e evitar que os órgãos internacionais se vissem sobrecarregados com petições que não merecessem consideração séria, e evitar fricção ou conflito entre as jurisdições internacional e nacional. E, o que é mais significativo, a consagração da regra dos recursos internos veio viabilizar, paralela e concomitantemente, a consagração também do próprio direito de *petição individual* perante os órgãos internacionais de proteção. Mas veio ressaltar, igualmente, a responsabilidade *primária* de proteção que recai sobre os órgãos internos ou nacionais, o caráter *subsidiário* dos procedimentos internacionais. Não pode restar dúvida de que a implementação *internacional* dos direitos humanos depende, em última análise, do funcionamento eficaz dos órgãos (de proteção) *internos* dos Estados; a própria Comissão Européia de Direitos Humanos, por exemplo, afirmou a realidade da natureza subsidiária dos procedimentos estritamente internacionais em diversas decisões recentes⁽¹⁶⁷⁾. Já em 1932 WITENBERG ressaltava essa mesma realidade⁽¹⁶⁸⁾. Por outro lado, no caso de Estados que, no exercício de sua soberania, contraem obrigações através de convenções internacionais, o mínimo que se pode sustentar é que os atos internos normativos, administrativos ou jurisdicionais no processo de esgotamento dos recursos de direito interno não estão isentos de verificação quanto a seu valor de prova, para a determinação de sua conformidade com o direito internacional e da responsabilidade internacional do Estado, e uma objeção de domínio reservado dificilmente poderia ser interposta a esse respeito.

As possíveis controvérsias sobre a natureza e alcance da função dos tribunais internos na aplicação do direito internacional podem ser minimizadas quando as condições de tal aplicação (assim como as normas substantivas) encontram-se consignadas em tratado devidamente ratificado. No exercício daquela função, seriam pressupostos básicos a independência dos órgãos judiciários e a eficácia dos recursos internos.

Assim, ao invés de se perder no antagonismo irreconciliável e ocioso entre as posições clássicas dualista e monista, baseadas em falsas pre-

(167) Cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "Exhaustion of Local Remedies in International Law and the Role of National Courts", 17 *Archiv des Völkerrechts* (1977-1978) pp. 345-348; e cf. G. DAHM, "Die Subsidiarität des internationalen Rechtsschutzes bei völkerrechtswidriger Verletzung von Privatpersonen", *Vom Deutschen zum Europäischen Recht — Festschrift für Hans Dölle*, vol. II, Tübingen, J. C. B. MOHR (P. Siebeck), 1963, pp. 3-33. Observe-se que a regra dos recursos internos tem sido interpretada não apenas pelos órgãos da Convenção Européia mas também pelos tribunais internos dos Estados-Partes à Convenção.

(168) J. C. WITENBERG, "La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales", 41 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1932), pp. 51-56.

missas, pode-se deslocar a ênfase para a posição ocupada no ordenamento jurídico interno pelos dispositivos legais internacionais, ou para a consideração ou interpretação do direito interno pelos órgãos judiciais internacionais, ou para a presença e relevância do direito interno no processo legal internacional, ou para a implementação das decisões judiciais internacionais pelos tribunais internos⁽¹⁶⁹⁾. Controvérsias acerca da suposta “primazia” de uma ou outra ordem jurídica tornam-se assim supérfluas.

Um exemplo pertinente, na implementação internacional dos direitos humanos, é fornecido precisamente pela regra do esgotamento dos recursos internos, que é primordialmente — mas não exclusivamente — uma prerrogativa do direito interno, mas aplicada por um órgão internacional como condição de admissibilidade de reclamações internacionais; a aplicação da regra no direito internacional pressupõe a existência de recursos eficazes no direito interno⁽¹⁷⁰⁾. Através dessa interação entre os dois ordenamentos jurídicos pode-se melhor compreender as noções de interesse geral e “garantia coletiva” subjacentes, e.g., aos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos⁽¹⁷¹⁾ (Convenções Européia e Americana de Direitos Humanos). Há uma complementaridade de direitos e deveres na utilização dos recursos internos pelos reclamantes e na garantia de recursos eficazes pelo Estado. É pela operação efetiva dos mecanismos de implementação que os direitos humanos tornam-se uma realidade⁽¹⁷²⁾.

Ao insistirem na função primordial dos órgãos internos dos Estados, os mecanismos de implementação internacional dos direitos humanos provavelmente estarão, nos anos que nos conduzem ao final do século, influen-

(169) A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra nº (167), 333-360, e bibliografia. Sobre a atividade criativa dos tribunais internos nessa área, cf., e.g., KARL DOEHRING, “Does General International Law Require Domestic Judicial Protection Against the Executive?”, *Gerichtsschutz gegen die Executive*, Max-Planck-Institut, Köln, Heymanns/Oceana, 1971, pp. 221-244.

(170) A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra nº (167), p. 334.

(171) A importância hoje atribuída à interação entre os ordenamentos jurídicos nacional e internacional na proteção dos direitos humanos é ilustrada, e.g., pela publicação, em relação à Convenção Européia de Direitos Humanos, da volumosa série *Collection of Decisions of National Courts Referring to the Convention* (e Suplementos I-IV), Council of Europe — Strasbourg, 1969-1974, examinada in A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra nº (167), pp. 333-374. Observe-se, ademais, que o volume do *U.N. Yearbook on Human Rights* (1973-1974), editado em 1977, tem 259 de suas 327 páginas dedicadas aos desenvolvimentos nacionais na proteção dos direitos humanos; cf. ONU, documento ST/HR/SER.A/2, pp. 1-49.

(172) A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra nº (167), pp. 360-370; e cf. P. MERTENS, *Le Droit de Recours Effectif devant les Instances Nationales en Cas de Violation d'un Droit de l'Homme*, Bruxelas, Ed. Université de Bruxelles, 1973, pp. 1-151.

ciando no sentido do aprimoramento dos recursos e procedimentos nacionais de administração da justiça, e prestando assim uma contribuição realista e valiosa à causa da proteção internacional dos direitos humanos. Com a sedimentação da experiência e o desenvolvimento da jurisprudência sobre a matéria, parecem os Estados se disporem hoje, mais frequentemente, a não insistirem em objeções formais à admissibilidade de petições, ou ao menos a não avançá-las tão categoricamente como no passado. Estamos aqui diante de instrumentos que têm suas condições de aplicação devidamente previstas em tratados, aos quais os Estados aderiram no exercício de sua soberania, e que, ao confiarem a órgãos internacionais a missão de supervisão, *insistem antes da proteção local como parte integrante do sistema internacional de proteção dos direitos humanos* — um contexto inteiramente distinto do contencioso interestatal discricionário (e.g., proteção diplomática na prática dos Estados). Nestas condições, é difícil conceber que a grande maioria das petições sobre direitos humanos, provenientes de cidadãos comuns reclamando de supostos danos sofridos, implicaria qualquer ameaça real à soberania dos Estados em questão.

VII. Considerações finais

As quatro últimas décadas têm testemunhado o processo de generalização e expansão da proteção internacional dos direitos humanos, em que têm interagido os instrumentos globais e regionais. Entre a concepção “universalista” de RENÉ CASSIN e a “realista” de WOLFGANG FRIEDMAN, na prática tem-se buscado assegurar a coexistência ou compatibilização de instrumentos que, por um lado, reconhecem princípios universais (e.g., inspirando-se na Declaração Universal de 1948) e atestam as “exigências do universal”, e por outro lado atentam para a diversidade das estruturas sociais a nível regional para estabelecer sistemas de proteção suscetíveis de serem aplicados com eficácia”; tem-se assim constatado uma interação contínua e constante entre o global e o regional, na qual tanto os pactos universais quanto as convenções regionais (sistemas europeu e interamericano) têm-se mostrado até o presente igualmente indispensáveis ⁽¹⁷³⁾.

(173) Nesse sentido, ROGER PINTO, “Régionalisme et universalisme dans la protection des droits de l’homme”, *International Protection of Human Rights-Proceedings of the Seventh Nobel Symposium* (ed. A. Eide e A. Schou, Oslo 1967), Estocolmo, Almqvist & Wiksell, 1968, pp. 180-181 e 190-192. Para uma visão geral dos mecanismos regionais de proteção, cf., *inter alia*, e.g., [K. VASAK], “La protection internationale des droits de l’homme dans le cadre des organisations régionales”, 3.05/3.06 *Documents d’Études — Droit International Public* (1973) pp. 3-63; Th. BUERGENTHAL, “Las Convenciones Europea y Americana: Algunas Similitudes y Diferencias”, *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Washington, Secretaría General de la OEA, 1980, pp. 179-190.

Este fenômeno tem-se dado tanto no plano de elaboração normativa quanto no de efetiva implementação dos distintos instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos.

Da prolongada fase de elaboração normativa (supra) dos instrumentos de salvaguarda dos direitos humanos até nossos dias, subsiste a questão da "dicotomia" entre os direitos civis e políticos, e os direitos econômicos, sociais e culturais, tão discutida nas duas últimas décadas (cf. supra) e ainda não resolvida de modo definitivo no continente americano. Recorde-se que sempre houve os que prefeririam que a Convenção Americana de Direitos Humanos, a exemplo dos Pactos de Direitos Humanos da ONU, tivesse procedido a uma regulamentação distinta dos direitos civis e políticos, de um lado, e dos direitos econômicos e sociais, de outro (174). Recentemente, a XII Assembléia Geral da OEA (1982) aprovou resolução contendo o Anteprojeto de Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos, contendo um elenco de direitos sociais, econômicos e culturais (175). É interessante observar que, em 1984, em seus comentários ao referido anteprojeto, a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos houve por bem advertir para o risco ou dificuldade de ampliação do âmbito dos direitos protegidos de modo a abarcar — sob os mesmos mecanismos de garantia — direitos não exigíveis jurisdicionalmente de modo imediato e pleno (direitos de realização ou desenvolvimento progressivo), como os de cunho econômico, social e cultural; para a Corte, "é necessário antes de tudo definir qual o regime de proteção que melhor convém a tais direitos" (176).

É esta — ao menos no continente americano — uma questão aberta, assim como a questão da coordenação entre os distintos procedimentos de proteção internacional dos direitos humanos a níveis global e regional (cf. supra) se mostra também passível de aperfeiçoamento nos próximos anos. Questões como estas se levantam no quadro geral do complexo *corpus* de instrumentos de proteção dotados — como vimos — de identidade de pro-

(174) Nesse sentido: H. GROS ESPIELL, "Le système interaméricain comme régime régional de protection internationale des droits de l'homme", 145 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1975) pp. 40-41 e 19; E. VARGAS CARREÑO, *op. cit.* supra n. (150), p. 156; D. URIBE VARGAS, *Los Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, Madrid, Ed. Cultura Hispánica, 1972, pp. 295 e 303-305.

(175) Cf. OEA, "Anteprojeto de Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de San José", documento OEA/Ser.P/AG/CP/doc.350/83, de 2/11/83, pp. 9-32.

(176) OEA, "Observaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Anteproyecto de Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José", documento OEA/Ser.P/AG/doc.1.814/84, de 30/10/84, pp. 1-3.

pósito mas apresentando conteúdo e efeitos jurídicos distintos e variáveis (cf. supra). A gradual passagem da fase “legislativa” à de implementação dos instrumentos de proteção não se deu sem dificuldades, como exemplificado pelos muitos anos que exigiram a superação da doutrina da “impossibilidade de agir” da Comissão de Direitos Humanos da ONU e a virtual cristalização do direito de petição (individual) nos planos tanto global quanto regional (cf. supra). Com os instrumentos de proteção em vigor, coube à própria construção jurisprudencial assentar as bases da interpretação própria e devida dos tratados humanitários assim como das condições de sua aplicação (compreendendo os planos tanto normativo, do conteúdo e alcance dos direitos protegidos, quanto processual, dos mecanismos de implementação). Mas a par dos experimentos de direito convencional, como, e.g., as Convenções regionais (Européia e Americana) e os dois Pactos da ONU de Direitos Humanos além da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, vale ressaltar paralelamente o sistema da resolução 1.503 do ECOSOC (cf. supra): ilustração viva do fenômeno da diversidade de conteúdo e efeitos jurídicos dos instrumentos de proteção, a que já nos referimos, e voltado antes a situações prevalentes (afetando grupos de indivíduos) do que a violações individuais de direitos humanos, tem sua significação e seu impacto acentuados por *independenter* da ratificação dos Estados-membros da ONU. Não surpreende, pois, que a validade desse sistema de proteção continue a ser reconhecida, a par de experiências paralelas no direito internacional convencional (dependentes de ratificação por parte dos Estados), e mesmo por visar aos casos mais graves e urgentes de padrões consistentes de violações flagrantes de direitos humanos.

Em perspectiva histórica, os regimes e mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos constituem fenômeno de evolução relativamente recente⁽¹⁷⁷⁾. Há cerca de quatro décadas era objeto de preocupação corrente dos internacionalistas da época a restauração do direito internacional em que viesse a se reconhecer a capacidade processual dos

(177) Para um estudo dos antecedentes históricos e dos atuais mecanismos de implementação internacional dos direitos humanos, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, “A Implementação Internacional dos Direitos Humanos ao Final da Década de Setenta”, 25 *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (1979), pp. 331-384; KAREL VASAK (ed.), *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, Paris, UNESCO, 1978, pp. 1-715; (Vários Autores), *Derechos Humanos en las Américas — Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshiee de Abranches*, Washington, CIDH/OEA, 1984, pp. 1-360; M. GANJI, *International Protection of Human Rights*, Genève Paris, Droz/Minard, 1962, pp. 3-278; G. EZEJIOFOR, *Protection of Human Rights under the Law*, London, Butterworths, 1964, pp. 3-252; P. N. DROST, *Human Rights as Legal Rights*, London, Thames and Hudson, 1967, pp. 7-323; HERSCH LAUTERPACHT, *International Law and Human Rights*, London, Stevens, 1950, pp. 3-463.

indivíduos e grupos sociais no plano internacional (178). Hoje, em meados da década de oitenta, é distinto o quadro com que nos defrontamos: conquista definitiva da civilização, já nos distanciamos gradualmente no tempo da fase inicial "legislativa" de preparo e redação dos tratados e instrumentos internacionais de proteção, e nos adentramos — sem as hesitações dos primeiros passos — na fase de efetiva implementação dos direitos humanos, que provavelmente se estenderá e se aperfeiçoará até o final do século. Comprovam-no dados relativos, por exemplo, às Convenções regionais (Européia e Americana). Até 1984, por exemplo, os *dossiers* provisórios da Comissão Européia de Direitos Humanos totalizavam 25.308, com 10.709 petições registradas (179). Já a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, até 1975, e.g., tinha examinado mais de 1.800 petições (obra considerável para um órgão então operando sem que a Convenção Americana tivesse entrado em vigor); em fins de 1978 os casos examinados pela Comissão Interamericana atingiam a casa dos 3.200 (compreendendo mais de 10 mil vítimas, de 18 ou 19 países), o que significa que a Comissão considerou 20% dos casos em seus primeiros 15 anos de atuação e cerca de 80% dos casos no período de 5 anos entre 1973 e 1978 (180).

É certo que persiste em nossos dias uma brecha ou distância entre o progresso normativo e a realidade dos direitos humanos nos planos tanto global quanto regional, mas como já bem se ponderou, "sem os progressos do direito internacional, a realidade seria ainda mais negativa" (181). A operação dos mecanismos de proteção, a níveis global e regional, tem beneficiado um número bem maior de pessoas do que o das próprias vítimas ou reclamantes (cf. observações sobre a evolução da noção de "vítima", supra). Aos resultados positivos obtidos em inúmeros casos concretos, há de se acrescentar sua função também preventiva; não raro suas recomendações, incorporadas em estudos e relatórios, acarretaram a der-

(178) Cf., e.g., CHARLES DE VISSCHER, "Les droits fondamentaux de l'homme, base d'une restauration du droit international", 45 *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1947) pp. 1-13; A. de LA PRADELLE, "La place de l'homme dans la construction du droit international", 1 *Current Legal Problems* (1948) pp. 140-151; HERSCH LAUTERPACHT, *The International Protection of Human Rights*, Paris, Rec. Sirey, 1947, pp. 13-105. E, para um dos primeiros estudos sobre o acesso dos indivíduos aos órgãos internacionais, cf. S. SEFERIADES, "Le problème de l'accès des particuliers à des juridictions internationales", 51 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1935), pp. 5-119.

(179) European Commission of Human Rights, *Stock-Taking on the European Convention on Human Rights (The First Thirty Years: 1954 until 1984)*, Strasbourg, Council of Europe, 1984, p. 312.

(180) E. VARGAS CARREÑO, "Derechos Humanos: El Perfeccionamiento de los Mecanismos Interamericanos a la Luz de su Experiencia", *Estudios Internacionales: Derechos Humanos y Relaciones Internacionales* (ed. W. Sanchez G.), Santiago, Instituto de Estudios Internacionales, 1979, p. 227; H. GROS ESPIELL, *op. cit.* supra n. (174), pp. 29-31.

(181) H. GROS ESPIELL, *op. cit.* supra n. (174), pp. 52-53, e cf. p. 48.

rogação ou modificação de legislação e outros atos e práticas que ameaçavam ou atingiam os direitos humanos (em diversos países) e o aperfeiçoamento dos procedimentos de proteção daqueles direitos.

Esta evolução, testemunho e reflexo do dinamismo do direito internacional contemporâneo, não pode ser compreendida à luz de uma visão estática e ultrapassada do direito internacional e *a fortiori* das relações deste com o direito interno. Nos dias de hoje, dificilmente se poderia sustentar que a proteção dos direitos humanos recairia sob o chamado domínio reservado dos Estados, como pretendiam certos círculos há cerca de três ou quatro décadas atrás, a começar por não fornecer o direito internacional *critérios* para determinar os assuntos que porventura recaiam sob a chamada competência exclusiva dos Estados (182). Em nada surpreende que a interpretação dos atuais sistemas de proteção internacional dos direitos humanos, orientada para a responsabilidade do Estado pelo tratamento do ser humano (183), tenha se conformado aos próprios objetivos daqueles sistemas diretamente voltados não aos chamados direitos dos Estados, mas aos direitos das supostas vítimas, dos mais fracos, em situação de flagrante desigualdade fática *vis-à-vis* o Poder público (184). No processo de *interpretação* de tais sistemas e instrumentos de proteção, como de tratados em geral, não tem havido — como não poderia haver — lugar para a invocação do dogma da soberania (185): também no domínio da proteção internacional dos direitos humanos os Estados contraem obrigações internacionais *no exercício pleno de sua soberania*, e a livre aceitação pelos Estados de obrigações, no plano internacional, não há de ser tida — como não o poderia ser — como um abandono da soberania. Com efeito, é de longa data (1923) o reconhecimento judicial de que “o direito de engajar-se em compromissos internacionais é um atributo da soberania do Estado” e as obrigações livremente contraídas por meio de tratados não hão de ser tidas como um abandono da soberania (186) ao mesmo tempo em que

(182) Para um estudo detalhado, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, *O Estado e as Relações Internacionais: O Domínio Reservado dos Estados na Prática das Nações Unidas e Organizações Regionais*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1979, pp. 1-54. Não há matérias que “por sua própria natureza” pertençam ao domínio reservado dos Estados, por depender esta questão essencialmente da evolução do direito e relações internacionais e da existência de instrumentos e tratados a regulamentar a matéria.

(183) Cf., e.g., A. J. P. TAMMES, “The Binding Force of International Obligations of States for Persons under their Jurisdiction”, *Declarations on Principles — A Quest for Universal Peace, Liber Amicorum Discipulorum-que Prof. Dr. B. V. A. Röling*, Leiden, Sijthoff, 1977, pp. 57-69.

(184) A. A. CANÇADO TRINDADE, *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981, pp. 244-245.

(185) Cf. e.g., LORD McNAIR, “Theories and Sovereignty”, *Symbolae Verzijl — présentées au Professeur J. H. W. Verzijl à l'occasion de son LXX-ième anniversaire*, La Haye, M. Nijhoff, 1958, pp. 230-232 e 235-236.

(186) Corte Permanente de Justiça Internacional (C.P.J.I.), caso do Vapor “Wimbledon” (opondo os Aliados à Alemanha), Série A, nº 1, 1923, p. 25.

não poderá o Estado-Parte alegar dificuldades de ordem interna ou constitucional para tentar justificar o não-cumprimento de tais obrigações ⁽¹⁸⁷⁾.

Nos quarenta anos de existência das Nações Unidas, a atuação no campo da salvaguarda dos direitos humanos — paralelamente à dos sistemas regionais (europeu e interamericano) — destaca-se como uma de suas mais relevantes conquistas. E nas quase quatro décadas de evolução da promoção e proteção internacionais dos direitos humanos o traço mais marcante, em perspectiva histórica, talvez seja hoje o do reconhecimento do caráter inderrogável de certos direitos básicos nos planos global e regional. Já se relacionou tal inderrogabilidade às normas imperativas de direito internacional geral (*jus cogens*) ⁽¹⁸⁸⁾: com efeito, tanto os debates da Conferência de Viena sobre Direito dos Tratados (1968-1969) quanto as interpretações doutrinárias a respeito desenvolvidas após a Convenção de Viena de 1969 relacionaram as normas imperativas relativas aos direitos humanos ao teste da identificação do *jus cogens* ⁽¹⁸⁹⁾.

A inderrogabilidade de certos direitos fundamentais, consagrada hoje em tratados sobre a proteção internacional dos direitos humanos tanto no plano global quanto regional, afigura-se em nossos dias não mais como apenas uma corrente doutrinária mas como conquista definitiva da civilização. Tal inderrogabilidade hoje se impõe não tanto ou apenas por uma questão de forma, por terem as partes contratantes assim disposto em tratados, mas pelo próprio conteúdo de certos direitos fundamentais — o mínimo universal —, que lhes imprime o caráter de normas em relação às quais não se permite qualquer derrogação ⁽¹⁹⁰⁾. A contribuição das Nações Unidas — a par dos sistemas regionais (europeu e interamericano) — nesta área é um marco na história da Organização, que não há de passar despercebido ao completar esta seu quadragésimo aniversário.

(187) Já a partir da década de vinte a Corte Permanente de Justiça Internacional desenvolveu a tese de que, do ponto de vista do direito internacional, as leis internas são simples fatos que expressam a vontade e constituem as atividades dos Estados; em 1931 a Corte chegou mesmo a afirmar que "a State cannot adduce as against another State its own Constitution with a view to evading obligations incumbent upon it under international law or treaties in force". C.P.J.I., caso dos Nacionais Poloneses em Dantzig, Série A/B, nº 44, 1931, p. 24.

(188) Cabe aqui, como ressaltado supra, verificar o tratamento a ser dado futuramente à matéria — a par dos mecanismos das Nações Unidas — em sistemas regionais de proteção outros que o europeu e o interamericano.

(189) Cf. A. GOMEZ ROBLEDO, *El 'Jus Cogens' Internacional (Estudio Histórico-Crítico)*, México, UNAM, 1982, pp. 182-204.

(190) Cf. CHRISTOS L. ROZAKIS, *The Concept of 'Jus Cogens' in the Law of Treaties*, Amsterdam, North-Holland Publ. Co., 1976, p. 53. De outro modo, estar-se-ia incorrendo nos excessos e círculo vicioso do voluntarismo estatal; para uma crítica deste último, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "The Voluntarist Conception of International Law: A Re-Assessment", 59 *Revue de Droit International de Sciences Diplomatique et Politiques* (1981), pp. 201-240.

Princípios de direito fluvial na bacia do Prata

CHRISTIAN G. CAUBET

Doutor em Direito, Professor do Departamento de Direito Público e Ciência Política e Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina

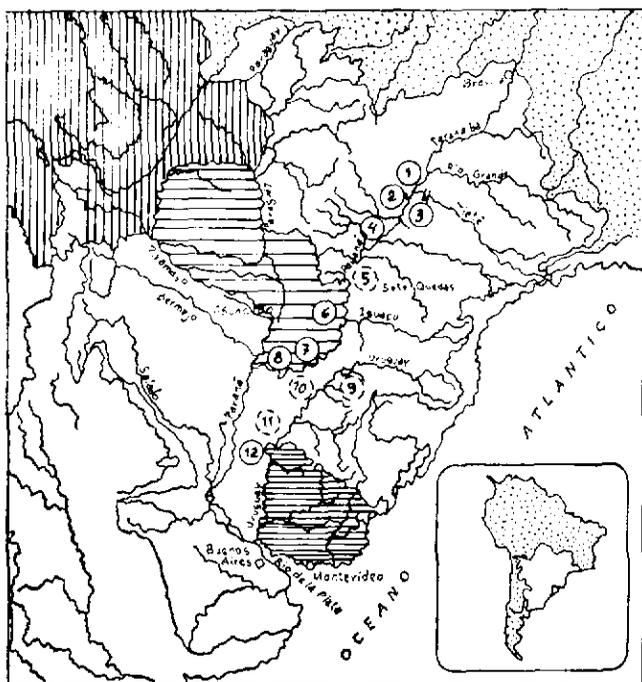
O aproveitamento hidroenergético dos rios da bacia do Prata ensejou demorado diferendo (de 1967 a 1979) entre os Estados ribeirinhos do Paraná, notadamente entre a Argentina, de um lado, e o Brasil associado ao Paraguai na construção da barragem de Itaipu, do outro.

O mérito da questão era aparentemente simples. O Brasil tomou a iniciativa de construir a maior barragem do mundo, num rio internacional simultaneamente contíguo e sucessivo. Com efeito, longo trecho do Paraná médio é contíguo ao Paraguai, que ocupa a margem direita, e ao Brasil e Argentina, sucessivamente, que ocupam a margem esquerda.

A Argentina receava que a construção e futura operação de uma barragem gigantesca, a apenas 17 Km de sua fronteira com o Brasil, acarretasse sérios problemas para a navegação, a jusante. Ora, é justamente este uso das águas que representava o maior interesse econômico para Buenos Aires⁽¹⁾, que queria certificar-se de que a obra planejada não causaria prejuízo às atividades empreendidas no

-
1. Segundo ISAAC F. ROJAS, "el régimen natural asincrónico de los dos grandes ríos no sólo es atalmente conveniente por el menor riesgo de crecidas catastróficas, sino que también adquiere una relevancia significativa para la navegación, que para la Argentina es, y lo será siempre, el uso dominante del río Paraná". *Intereses Argentinos en la Cuenca del Plata*. Buenos Aires, Ediciones Libera, 1975, pp. 191-192. Em poucos anos, esta situação evoluiu muito, com a previsão do aproveitamento efetivo do potencial energético dos rios. Isso leva GUILLERMO J. CANO a afirmar: "El uso en generación hidroeléctrica es hoy el potencialmente más importante de las aguas y pendientes del Sistema del Plata". *Recursos Hídricos Internacionales de la Argentina*. Buenos Aires, Victor P. de Zavalia Editor, 1979, p. 52, § 62.

seu território. Esta preocupação traduziu-se pela exigência de uma consulta prévia: antes de executar seus projetos, o Brasil deveria informar os outros Estados, potencialmente interessados, e recolher observações e sugestões. Além da navegação, a Argentina queria preservar suas próprias possibilidades de construir obras hidráulicas importantes, notadamente em Yacyretá-Apipé e Corpus, em parceria com o Paraguai.



Bacia do Prata. Principais grandes barragens nos rios Paraná e Uruguai. Obras realizadas ou em construção: ○

- 1. Ilha Solteira
- 2. Jupia
- 3. Três Irmãos
- 4. Porto Primavera
- 5. Ilha Grande
- 6. Itaipu

①+②+③=
Urubupungá

projetos: ○

- 7. Corpus
- 8. Yacyretá
- 9. Roncador/Panambi
- 10. Garabi
- 11. São Pedro
- 12. Salto Grande

Fonte: apud Secretaría General. Organización dos Estados Americanos. Programa de la Cuenca del Plata. Dpto. de Desarrollo Regional. Washington, DC, 1974, p. 2.

Por seu lado, o Brasil precisava diversificar suas fontes de suprimento energético, diminuindo sua dependência em relação às importações de petróleo e derivados. Nesta época e até 1978, não chegava a produzir 20% do petróleo de que necessitava. As melhores oportunidades de aproveitamento hidroenergético do Paraná encontravam-se nos 190 Km de trecho do rio, contíguo com o Paraguai, a jusante e a partir do importante desnível de Sete Quedas, ou Guaíra. Pelas características físicas e políticas (o rio é o ponto de encontro de duas soberanias), o Brasil convenceu-se logo da necessidade de se aliar ao Paraguai. No entanto, não pretendia submeter seus projetos à avaliação de um terceiro Estado. Brasília afirmava que não haveria prejuízo algum para o ribeirinho de jusante, mas também admitia ser responsabilizada, se por acaso surgisse conseqüências que prejudicassem a Argentina.

Nessa problemática, a Argentina subestimava a premente necessidade do Brasil de desenvolver suprimentos energéticos alternativos; enquanto o Brasil subestimava a importância que representava a navegação para a Argentina. Nessas condições, as teses apresentadas pelos representantes dos dois Estados, consulta prévia *versus* prejuízo sensível, desenvolveram-se primeiro numa relação de incompatibilidade. Com o passar do tempo, no entanto, e com a necessidade de ajustar os interesses, apareceu uma percepção da complementaridade das preocupações. Isso levou os interessados a negociarem e a definirem normas, aceitáveis por todos eles. É o processo da elaboração dessas normas, bem como seu conteúdo, que será analisado. Em primeiro lugar, será definida a gênese da problemática e o conjunto dos interesses em presença. Em seguida, as questões regionais serão estudadas em função do contexto diplomático em que se inscreveram e também em relação à problemática do aproveitamento dos rios, tal como se apresenta no direito internacional geral. Isso proporcionará elementos indispensáveis para avaliar, finalmente, a realidade dos esforços realizados na bacia do Prata, bem como a originalidade das soluções adotadas em nível regional.

1. A gênese da problemática

1.1. A iniciativa brasileira

O interesse brasileiro no aproveitamento energético do Paraná já se manifestou no fim da década de 1950⁽²⁾. *A priori*, o Brasil pensava numa solução puramente nacional: as águas do Paraná seriam desviadas a montante de Sete Quedas. Elas acionariam as turbinas de

2. O Decreto n.º 36.649, de 26-1-56, autoriza a Comissão Interestatal da Bacia do Paraná e do Uruguai — CIBPU — a efetuar um estudo sobre o potencial hidroelétrico de Sete Quedas. O Decreto n.º 47.087, de 22-10-59, encarregou o Serviço de Navegação da Bacia do Prata de realizar a exploração hidroelétrica do Salto de Sete Quedas.

uma hidrelétrica construída em território brasileiro, e seriam, em seguida, restituídas ao curso normal do rio. Esta solução, porém, tolheria os direitos do Paraguai, pois violaria o que VON BAR já definiu como um “(...) princípio indiscutível: o Estado de montante não pode alterar o ponto em que o curso de água penetra no território do Estado de jusante, sem a anuência deste Estado, pois tal mudança equivale a uma modificação do próprio território deste” (3).

Em 1963, foram mantidos diversos contatos entre autoridades brasileiras e paraguaias, inclusive porque estas contestavam o primeiro projeto técnico brasileiro com o argumento de que o lugar de construção da barragem não se encontrava sob soberania brasileira (4). Mas foi rapidamente superada a problemática territorial e os dois parceiros assinaram, em 22-6-1966, a Ata das Cataratas ou a Ata de Iguazu, pela qual eles concordam em empreender “o estudo e levantamento das possibilidades econômicas, em particular os recursos hidráulicos pertencentes em condomínio aos dois países”. E já estabelecem, como princípio, “que a energia elétrica eventualmente produzida pelos desníveis do rio Paraná, desde e inclusive o Salto Grande de Sete Quedas ou Salto de Guaíra até a foz do rio Iguazu, será dividida em partes iguais entre os dois países, sendo reconhecido a cada um deles o direito de preferência para a aquisição desta mesma energia (...)” (5).

Esta cláusula indica claramente que as obras só serviriam aos signatários da Ata de Iguazu. Eles consideravam os eventuais frutos de sua iniciativa, na área energética, como um bem comum — é notável o uso da palavra **condomínio** — cuja obtenção não dependia do **droit de regard** de um terceiro Estado. Com efeito, naquela época, as chancelarias dos dois países já haviam recebido um convite do Palácio San Martin, no sentido de participar de uma reunião dos ministros das relações exteriores dos Estados ribeirinhos da bacia do Prata.

3. L. VON BAR. *Revue Générale de Droit International Public* (Paris), 1910, T. XVII, p. 284. O Ministro brasileiro das Minas e Energia, Antonio Dias Leite, explicava na Comissão das Minas e Energia, do Senado Federal, em maio de 1973, que era inviável construir uma hidrelétrica em território brasileiro, pois enfrentar-se-ia “uma grande divergência com o Paraguai, secundado pela Argentina, não se conformando com o desvio das águas para território brasileiro, em detrimento do gozo conjunto do rio Paraná”. Citado por Osny Duarte PEREIRA. *Itaipu — Prós e Contras*. Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra, 1974, pp. 295-296.
4. Ver notadamente: Efraim CARDOZO. *Los Derechos del Paraguay sobre los Saltos del Guairá*. Asunción, Biblioteca Guaireña, 1965, pp. 7 segs.; e Marco Antonio LACONICH. *La Cuestión de Límites en el Salto del Guairá*. Asunción, La Colmena, 1964, 90 págs.
5. Texto in José da COSTA CAVALCANTI. A Itaipu Binacional — um exemplo de cooperação internacional na América Latina. *Revista Administração Pública*. Ano 10, n.º 1, jan./mar. 1976, pp. 23-24.

Logo antes desta reunião, uma troca de notas entre o chanceler paraguaio e o embaixador brasileiro em Assunção instituiu a comissão mista técnica, encarregada da avaliação do potencial econômico (notadamente hidrelétrico) do rio, no trecho comum entre os dois países.

1.2. A intervenção da diplomacia argentina e as instituições da bacia.

“La idea de crear el sistema que luego se denominó Cuenca del Plata, tiene su origen en la Cancillería Argentina casi al final del gobierno del Dr. Arturo Illia (1966) y fue llevada adelante por el gobierno militar que lo derrocó. En función de las vinculaciones que generan ciertos tipos de sistema fluviales, se trataba de integrar, en particular desde el punto de vista físico, el ámbito territorial bajo la influencia del río de la Plata y sus dos afluentes principales, los ríos Uruguay y Paraná. En función de ello se firmó el Tratado de la Cuenca del Plata (Brasília, 23 de abril de 1969) explicitando sus finalidades, pero institucionalizando también, aunque sin mencionarlos como es lógico, los problemas derivados de la situación particular, de los objetivos nacionales y de las tendencias históricas de sus cinco miembros, cada uno de los cuales, excepto Paraguay, incluido en su totalidad, participan en el ámbito de la Cuenca con parte de su territorio y de su población” (6).

Para a Argentina, trata-se de retomar a iniciativa de uma política de cooperação, dentro de um quadro jurídico preciso, que deverá ser um instrumento de limitação das atividades brasileiras (7).

6. Juan Enrique GUGLIAMELLI. *Geopolítica del Cono Sur*. Buenos Aires, El Cid Editor, 1979, p. 152.

7. De um ponto de vista favorável à Argentina, afirmou-se:

“Argentina con Paraguay serán los motores del aparato institucional, aunque por intereses no coincidentes. Argentina lo hará en función de la necesidad de encuadrar jurídicamente el uso de las aguas arriba del Paraná. Paraguay incluido in totum en la zona, tratará de institucionalizar las relaciones de los cinco países de la región, una integración de la que se sabe primer beneficiario.

Brasil cumple en este proceso un efecto retardador. [...]

Su accionar ha de ser la del freno impuesto a las mayores exigencias de sus vecinos tanto en el orden de la normatividad del aprovechamiento de caudales — que implica control de los proyectos — como de la constitución de rígidos esquemas organizativos de las autoridades de la cuenca.

La iniciativa argentina (febrero de 1967) es una hábil propuesta por llevar al terreno de la confrontación diplomática vecinal una acción unilateralizada que escapaba a su control”. José Enrique GREÑO VELASCO. Las políticas nacionales en el marco del Tratado de La Cuenca del Plata. *Revista de Política Internacional* (Madrid), n.º 121, may./jun., 1972, p. 7.

Em 27 de fevereiro de 1967, os cinco ministros das relações exteriores dos países membros da bacia do Prata (Argentina, Bolívia, Brasil, Paraguai e Uruguai), reunidos em Buenos Aires, adotam uma Ata final e fazem uma declaração conjunta. Com esses textos, eles fixam objetivos fundamentais e esboçam estruturas institucionais. Eles manifestam, notadamente, uma vontade de estudar os seguintes temas:

- facilidades de assistência à navegação e estudos hidroelétricos para a integração energética da bacia;
- usos domésticos, sanitários e industriais das águas, e irrigação;
- controle das enchentes e da erosão;
- preservação da fauna e da flora;
- interconexões de meios de comunicação e telecomunicações;
- complementaridades econômicas e industriais; etc. . .

Na 2ª Reunião dos Cinco, em Santa Cruz de la Sierra (Bolívia, 18 a 20-5-1968), precisam-se as opções já definidas e adota-se o estatuto do Comitê Intergovernamental Coordenador (CIC) da bacia do Prata. No entanto, é na reunião seguinte que são determinados os parâmetros institucionais essenciais da cooperação, quando se afirma o papel prioritário das reuniões de chanceleres e a conseqüente subordinação orgânica do CIC.

Com efeito, o tratado da bacia do Prata é assinado em Brasília, em 23 de abril de 1969, na primeira reunião extraordinária dos Cinco, que precede sua terceira reunião ordinária (24 e 25 de abril). O tratado estabelece as bases do foro regional para políticas fluviais. Os objetivos são de "... promover o desenvolvimento harmônico e a integração física da bacia do Prata e de suas áreas de influência direta e ponderável" (art. I) (8).

Mas são os cinco ministros que permanecem donos da totalidade do poder legislativo regional e da realidade do poder executivo. Na sua reunião, de periodicidade anual, eles deverão:

"traçar diretrizes básicas da política comum para a consecução dos propósitos estabelecidos neste Tratado; apreciar e avaliar os resultados obtidos; celebrar consultas sobre a ação de seus respectivos Governos no âmbito do desenvolvimento multinacional integrado da bacia; dirigir a ação do Comitê Intergovernamental Coordenador e, em geral, adotar as providências necessárias ao cumprimento do presente Tratado através das realizações concretas por ele requeridas".

8. XII Reunião de Chanceleres dos Países da Bacia do Prata. Santa Cruz de la Sierra, 11-14 de novembro de 1981. La Paz, Editora Hermencia, 1981, pp. 11 seg.

Em todos esses assuntos, as decisões serão tomadas por unanimidade. Por outro lado,

“o estabelecido no presente Tratado não impedirá as partes contratantes de concluir acordos específicos ou parciais, bilaterais ou multilaterais, destinados à consecução dos objetivos gerais de desenvolvimento da bacia” (art. VI).

A essas condições jurídico-políticas deve-se somar uma série de ocorrências, para avaliar a significação real dos entendimentos mantidos em Brasília. O CIC recebe um papel de executante das decisões unânimes, e não as atribuições de um verdadeiro poder executivo. O regulamento da Conferência dos cinco ministros só será adotado na 5ª Reunião ordinária (Punta del Este, Uruguai, 7-12-1972). A convenção constitutiva do **Fondo financiero para el desarrollo de la cuenca del Plata** só foi assinada na 6ª Reunião (Buenos Aires, 12-6-1974). Depois de ratificada pelos cinco Estados, ela entrou em vigor em 14-10-1976. Tanto o CIC como o FONPLATA possuem a personalidade jurídica internacional, o primeiro com sede em Buenos Aires e o segundo em Sucre. Ambos gozam de facilidades, privilégios e imunidades para seus funcionários e os bens de que necessitam.

Os resultados alcançados por essa pesada máquina administrativa ensejaram muitas críticas⁽⁹⁾ e a constatação que: “El Tratado de la Cuenca del Plata respeta así integralmente la individualidad política de los Estados miembros del sistema, institucionalizando solamente meros órganos comunes a nivel intergubernamental de los Estados signatarios”⁽¹⁰⁾.

Na realidade, muitas das críticas endereçadas às instituições da bacia do Prata não levam em consideração os pressupostos dos Esta-

9. Guillermo J. CANO explica “como disfunciona este sistema: la Conferencia de Ministros hace previamente el pase al CIC; el CIC pasa a su vez al Grupo de Expertos; el Grupo de Expertos pasa al Subgrupo de Especialistas. Este es el que resuelve lo que hay que hacer, y comienza de nuevo la serie de pases, esta vez hacia adelante. Este proceso toma unos dos o tres años para cada tema, y un mínimo de siete reuniones a diferentes niveles, que se realizan generalmente en distintos países, y de las cuales quienes sacan mayor provecho son las agencias de viajes. Es evidente que el espíritu de Kafka estuvo presente cuando este sistema fue imaginado y puesto en marcha. Tal error es originario de los autores del proyecto del Tratado de Brasília. Si a ello se agrega que los proyectos de envergadura, en los rios de la Cuenca, son manejados nacional o bilateralmente, sin intervención ni siquiera información al CIC ni a los demas ribereños, se comprenderá por qué el sistema es por completo inoperante” (op. cit., nota 1, p. 135, § 198).

10. Waldemar HUMMER. La “cuenca hidrológica internacional” (International drainage/river basin”) como noción jurídica de derecho internacional público y su aplicación a los usos distintos de la navegación de las aguas de la Cuenca del Plata. Revista *Temis* (Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza), n.ºs 33-36, 1973-1974, p. 318.

dos-Membros, nem a vontade, que eles tinham acima de tudo, de preservarem seus interesses nacionais fundamentais. O estudo pormenorizado das instituições criadas⁽¹¹⁾ evidencia que a integração ou a cooperação, proclamadas como objetivos precípuos dos Cinco, estavam, na verdade, fora das preocupações dos signatários do tratado de Brasília, naquela época. As instituições configuraram a criação de um espaço privilegiado, destinado à observação e ao controle das ações empreendidas pelos membros. Isso se verifica não apenas nas relações entre os dois maiores Estados, mas também nas que estes mantêm com os demais membros das estruturas comuns. No momento da criação do FONPLATA (que demorou anos, para se tornar efetivo), por exemplo, Argentina e Brasil pretendiam limitar a sua ação ao apoio que ele poderia dar aos projetos de estudo e programas de desenvolvimento. Enquanto que Bolívia, Paraguai e Uruguai tinham preferência por um organismo que também financiasse realizações concretas e obras planejadas.

Os percalços das relações intra-regionais são ilustrados por alguns incidentes significativos. As partes contratantes não desejavam introduzir elemento algum de supranacionalidade entre elas. Nas épocas mais críticas, Argentina e Brasil convinham, tácita ou explicitamente, em não evocar os termos de seu diferendo. A 6ª Reunião dos Cinco, que deveria ser realizada em 17-12-1973, foi adiada, pois os temas em pauta não haviam alcançado "maturidade suficiente para serem debatidos entre os ministros"⁽¹²⁾. Em dezembro de 1972, na 5ª Reunião, os chanceleres argentino e brasileiro haviam concordado em não evocar a questão das barragens. As instituições comuns, que deveriam ser o palco privilegiado do intercâmbio de informações e pontos de vista, não eram utilizadas com sua finalidade originária. Mas dificilmente poderiam ter sido, quando se comparam as teses em presença e os interesses em jogo.

1.3. As teses em presença

As concepções jurídicas sustentadas pelo Brasil e Paraguai, de um lado, e pela Argentina, do outro, decorrem diretamente da posição geográfica dos três Estados em relação ao curso do rio Paraná. A posição mais favorável dos Estados situados a montante incita-os a não aceitarem a intervenção de terceiros, nos seus projetos. Enquanto que

11. Cf. Christian G. CAUBET. *Le Barrage d'Itaipu et le Droit International Fluvial*. Thèse (doctorat d'État). Université de Toulouse I (França). 6-12-1983, 565 págs. (datilografia), pp. 61-83 e 142 e segs.

12. Cf. *O Estado de S. Paulo*, 13-12-1973, sob o título: Decisão de bom senso. Na realidade, a maturidade dos temas já alcançara um ponto de ruptura. Com efeito, teria sido necessário debater a aplicação do acordo de Nova York, que se tornara Resolução 2.995 (XXVII) da ONU e iniciar uma delicada negociação sobre a extensão das competências do FONPLATA.

os Estados de jusante insistem para ser ouvidos, pois sua posição geográfica implica no fato de que deverão suportar os inconvenientes de situações em que eles não têm responsabilidade. Isso é válido para os problemas gerados pelo aproveitamento hidroelétrico dos rios, ou para as conseqüências da poluição das águas.

Deve-se observar, porém, que os Estados de jusante preocupavam-se muito menos com as conseqüências da posição geográfica desfavorável dos Estados de montante, quando a atividade econômica maior era a navegação. Isso se verificou tanto para os Países-Baixos (controle do Reno e da Escalda) em relação à Bélgica, como para a Argentina (controle dos rios de la Plata, Paraná e Paraguai) em relação ao Paraguai e à Bolívia. No entanto, as teses defendidas pelos principais interessados não deixam de configurar dois aspectos distintos de uma mesma realidade. É assim que o Brasil enfatiza sua determinação de não causar prejuízo ao ribeirão de jusante, para escapar ao que ele receia dever ser um verdadeiro direito de veto. Da mesma maneira, a Argentina exige troca de informações, para certificar-se que não sofrerá danos, em função das iniciativas tomadas a montante. O núcleo da questão reside, portanto, na responsabilidade em caso de prejuízo.

1.3.1. A exigência argentina de uma consulta prévia

A posição da Argentina é particularmente delicada. Para ter certeza de que a navegação não será afetada, no baixo Paraná, pelas obras dos outros ribeirinhos, ela precisa conhecer seus projetos. Mas é óbvio que, se esses projetos técnicos revelarem a possibilidade de alterações no regime da navegação, haverá necessidade de manifestar suas observações aos ribeirinhos de montante e de pedir que eles alterem seus planos. Assim, a partir de uma preocupação legítima, pode-se chegar à necessidade de fazer reparos à atuação dos Estados vizinhos. Por sua vez, estes podem reagir, apresentando as observações como vontade de ingerência nos seus assuntos internos.

Na prática, observa-se que as posições dos autores argentinos seguem uma escala de reivindicações mais ou menos extensivas. A obrigação mínima do Brasil seria de não poder alterar o nível das águas. "Por supuesto, ello no significa que Brasil no deba levantar los diques que necesite. Implica que países como Argentina y Uruguay, que pueden ser perjudicados, reclaman un derecho a ser informados de los alcances de las obras y que sea escuchado su parecer" (13). Mas há quem declare que se deva ir muito mais longe:

"la "consulta previa" no se agota en el hecho de "proporcionar información", interpretación brasileño-paraguaya de

13. Miguel Angel SCENNA. *Argentina-Brasil. Cuatro Siglos de Rivalidad*. Bs. Aires, Ediciones La Bastilla, 1975, p. 389.

aquella, como veremos más adelante, sino que promete los mejores resultados cuando el método de trabajo, el intercambio de información, los estudios, discusiones y la toma de resoluciones son producto del examen conjunto de los problemas" (14).

No plano estritamente jurídico, as avaliações são mais cautelosas. Impera a idéia de promover "um aproveitamento multinacional de um rio multinacional" (15), mas diversas interpretações coexistem. JULIO BARBERIS estabelece uma distinção entre as convenções específicas (vigentes entre alguns dos membros da bacia) e o direito aplicável ao conjunto dos ribeirinhos. No primeiro caso, "en la cuenca del Plata, además del derecho consuetudinario, la obligación de comunicar a otros Estados los proyectos de obras o trabajos hidráulicos a ser realizados rige para distintos ríos". Para o conjunto dos ribeirinhos, vale a Resolução 2.995 (XXVII) adotada pela Assembléia Geral da ONU em 15-12-1972 (Cooperação entre os Estados relativa ao meio ambiente). A anuência do Estado afetado, no entanto, faz-se necessária quando há um prejuízo sensível. "En efecto, dado que un Estado tiene la obligación de no provocar un perjuicio sensible a otro y dado que esta regla no es de *jus cogens*, se sitúe lógicamente que las obras o trabajos hidráulicos que causen efectos perjudiciales sensibles sólo podrán ser realizados con el consentimiento del Estado afectado" (16).

Referindo-se também à Resolução 2.995 (XXVII), GUILLERMO CANO constata a obrigação mínima de informar o ribeirinho de jusante, sem que seja possível estabelecer norma mais exigente: "El texto establece la obligación de información previa, pero no la de consulta, ni tampoco requiere el acuerdo previo para construcción de obras en ríos internacionales" (17). Finalmente, ERNESTO J. REY CARO afirma que, apesar da oposição ao princípio da informação, sustentada por

14. J. E. GUGLIALMELLI. *Geopolítica del Cono Sur*. Op. cit., p. 160.
15. Oscar CAMILIÓN, citado por Osny Duarte PEREIRA. *Itaipu. Prós e Contras*. Op. cit., p. 127.
16. El aprovechamiento industrial y agrícola de los ríos de la Cuenca del Plata y el derecho internacional, *Derecho de la Integración* (Buenos Aires). Vol. VII, n.º 16; jul./1974, § 18, p. 82 e § 13, p. 71.

O texto da Resolução 2.995 (XXVII) afirma notadamente que: 1) "os Estados não devem causar efeitos prejudiciais sensíveis em zonas situadas fora de sua jurisdição nacional". Para tanto, é necessário fornecer informações "com o propósito de evitar prejuízos sensíveis que se possam ocasionar no meio ambiente da área vizinha". Num terceiro ponto, acrescenta-se que os dados técnicos comunicados não poderão ser utilizados, por qualquer Estado, para "retardar ou impedir os programas e projetos de exploração e desenvolvimento dos recursos naturais dos Estados em cujos territórios se empreendam tais programas e projetos".

17. Op. cit., nota 9, § 289, p. 193.

um grupo de Estados na Conferência de Estocolmo (1972), "al menos en el aprovechamiento de los recursos naturales compartidos, en particular de los ríos internacionales, existe una norma consuetudinaria que exige la consulta previa e incluso em ciertos casos una norma más avanzada, la del acuerdo previo" (18).

De maneira geral, a obrigação da consulta prévia pode ser assentada nas condições inerentes a um mundo onde são cada vez mais acentuadas as relações de interdependência. No plano jurídico, pode-se lembrar as obrigações que nascem das exigências da boa vizinhança entre Estados, do princípio de utilização não prejudiciável do território, ou da vontade de atribuir conseqüências precisas à noção de recursos naturais compartilhados. Entretanto, essas noções jurídicas raramente implicam em obrigações precisas. A esse respeito, faz-se mister observar que o direito internacional encontra-se numa fase de transição. Ele está apenas descobrindo cruciais problemas engendrados pelo desrespeito às normas ecológicas. Os Estados nem sempre demonstram boa vontade para equacioná-los, apesar dos importantes esforços empreendidos pelos doutrinadores. Muitas vezes, é apenas a existência de um prejuízo real que despertará a atenção pela necessidade de entendimentos. E esta é a solução mais consagrada pelo direito internacional vigente.

1.3.2. A tese brasileiro-paraguaia sobre o prejuízo sensível

Assim que tomou a decisão de aproveitar o potencial energético de Sete Quedas, o Brasil considerou que se tratava de um caso puramente nacional. O empreendimento tornou-se binacional, com a participação inevitável do Paraguai.

No mês de abril de 1973, havia necessidade de realizar o enchimento da represa brasileira de Ilha Solteira, situada em território brasileiro, no rio Paraná. A diplomacia argentina entende que essa operação, efetuada a montante de um rio cuja vazão é importante, pode acarretar prejuízos no seu território. Ela contesta que o Brasil tenha noticiado, de forma adequada, as operações de enchimento.

O Brasil argumenta que cumpriu a recomendação do CIC (de 22-3-1972), relativa a esse tipo de operação e contesta a propriedade de se aplicar a Resolução 2.995 (XXVII). Para ele:

"A Resolução nº 2.995 (XXVII) se destina a casos em que, na exploração e aproveitamento de recursos naturais, existe a possibilidade de que venha a ocorrer prejuízo sensível fora da jurisdição nacional do Estado que empreenda a

18. Derecho internacional ambiental. In: *Estudios de Derecho Internacional*. Universidad Nacional de Córdoba, 1982, p. 81.

obra. Ora, no caso do enchimento de Ilha Solteira, tal possibilidade inexistente por inteiro" (19).

O Paraguai pronuncia-se no mesmo sentido. Em 30-3-1973 uma nota da embaixada argentina em Asunción afirmava que a exploração de um recurso natural compartilhado deveria, não apenas evitar causar prejuízo, mas também almejar o benefício comum máximo. Em resposta (23-4-73), as autoridades de Asunción esclarecem:

"5. El Gobierno de la República del Paraguay no comparte la interpretación que la Nota de Vuestra Excelencia, que contesto, da a la "optimización del aprovechamiento" de los ríos internacionales.

Tal como lo establece los considerandos del Tratado de la Cuenca del Plata, estamos "persuadidos de que la acción mancomunada permitirá el desarrollo armónico y equilibrado así como el óptimo aprovechamiento de los grandes recursos naturales de la región". Sin embargo, rechazamos cualquier intento de acción mancomunada con miras a una posible optimización de resultados que pueda dejar sin efecto o enervar el soberano derecho que cada Estado tiene de utilizar los recursos naturales ubicados en su territorio.

6. El óptimo aprovechamiento de los grandes recursos naturales de la región a que hacen referencia los considerandos del Tratado de la Cuenca del Plata, es un ideal que debe alcanzarse por la buena fe, la comprensión y el recíproco respeto entre los Estados. Ninguna norma internacional contractual vigente establece que para alcanzar dichos resultados óptimos deba procederse a la multilateralización de los aprovechamientos, ni a consultas que sujete el desarrollo nacional a la decisión de terceros países" (20).

Essas posições de princípio rejeitam a consulta prévia, bem como a eventualidade de um estudo conjunto para o aproveitamento ótimo dos recursos por parte de todos os países interessados. Entretanto, elas podem levar a sustentar que o Estado suscetível de provocar um prejuízo é o único juiz da qualificação do mesmo. Caso viesse a realizar-se efetivamente, caberia ao Estado lesado exigir indenização ou compensações.

19. Sobre a polémica do enchimento de Ilha Solteira e o valor da Resolução n.º 2.995 (XXVII), ver: Laércio F. BETIOL. *Itaipu. Modelo Avançado de Cooperação Internacional na Bacia do Prata*. Rio de Janeiro, Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1983, pp. 111 e segs. Também estudei a questão in: *Le Barrage d'Itaipu et le Droit International Fluvial*. Op. cit., pp. 124-133.

20. Textos das duas notas in E. Enríquez GAMÓN. *Itaipú, Aguas que valen oro*. Buenos Aires, Gráfica Guadalupe, 1975, pp. 693-7.

Cabe ressaltar que o Brasil sempre afirmou sua intenção de não provocar prejuízo com a construção de Itaipu, mas também aceitava que se avaliasse sua responsabilidade, caso ocorresse. O chanceler brasileiro declarou, em 1968: “ningun país, en cuyo territorio se encuentran las cabeceras de una cuenca hidrográfica, puede consentir, en materia de aprovechamientos hidráulicos, en autolimitarse, aceptando otras restricciones que no sean las de sus propios requisitos técnicos y de los principios consagrados de la responsabilidad jurídica” (21).

Na realidade, o Brasil leva em consideração a possibilidade de se responsabilizar pelas consequências de suas ações, segundo as normas do direito internacional. Mas a determinação do conteúdo dessas normas, essencial para resolver o tipo de assunto examinado, não é tarefa das mais simples.

2. O contexto diplomático e o direito internacional geral

As atividades industriais, nas sociedades contemporâneas, engendram uma série de consequências indesejáveis para o meio ambiente e a própria vida humana. No entanto, o universo jurídico está repleto de lacunas, no que diz respeito às consequências potencialmente perigosas dessas atividades, que não são proibidas pelo direito. É assim que é lícito: enviar foguetes ao espaço extra-atmosférico, transportar petróleo e seus derivados em petroleiros gigantes, explorar a energia nuclear para fins energéticos ou de transportes, alterar as condições climáticas, etc. . . . Porém, quem é responsável quando o foguete, des-governado, cai numa área densamente povoada, quando naufraga o petroleiro, ou quando a alteração climática gera um deserto?

As respostas a essas perguntas só começaram a sensibilizar os doutrinadores em época recente, e a responsabilidade absoluta dos Estados não é aceita como pacífica, nos casos de atividades não proibidas pelo direito internacional (22). Isso explica por que o diferendo argentino-brasileiro teve desdobramentos diplomáticos e jurídicos em vários níveis institucionalizados das relações internacionais. Com efeito, o Palácio San Martín procurou apoio em vários encontros internacionais, como a Conferência de Estocolmo (5 a 16-6-1972) sobre o meio ambiente humano, a Conferência dos países não-alinhados de Argel (setembro de 1973) e as sessões da Assembléia Geral da ONU. Em todos esses foros, as atividades supracitadas ocasionaram debates ou

21. Segundo *La Prensa* (Asunción). Citado por I. F. ROJAS (op. cit., nota 1), p. 44.

22. Ver C. G. CAUBET. Le droit international en quête d'une responsabilité pour les dommages résultant d'activités qu'il n'interdit pas. *Annuaire Français de Droit International*, 1983, T. XXIX, pp. 99-120.

continuam ensejando reflexões, inclusive no sentido de examinar os relatórios da Comissão do Direito Internacional, órgão jurídico especializado da ONU. Entretanto, as instituições e conceitos jurídicos adequados para resolver os problemas ainda não são objeto de consenso jurídico. É o caso de noções como: consulta prévia, recursos naturais compartilhados, participação equitativa e razoável no aproveitamento dos recursos compartilhados entre Estados.

2.1. O papel da diplomacia

A Conferência de Estocolmo sobre o meio ambiente (5 a 16 de junho de 1972) foi um dos foros em que se manifestou a oposição entre as teses que se opunham na bacia do Prata.

Os princípios 21 a 26, adotados pela conferência, consagram o direito soberano dos Estados de explorarem os recursos localizados sob sua jurisdição. Mas também lembram os deveres de garantir que as atividades empreendidas nos limites de sua jurisdição não provoquem danos ao meio ambiente, em outros Estados ou em áreas independentes de quaisquer jurisdições. Por outro lado, a declaração insiste sobre a necessidade de cooperação interestatal, notadamente no intuito de desenvolver o direito internacional da responsabilidade e de prever a indenização das vítimas da poluição e de outros danos ecológicos, dentro das fronteiras nacionais e fora delas (23).

A polêmica mais importante cristalizou-se em torno do vigésimo princípio, relativo à comunicação das informações. Antes da conferência, a redação deste princípio preconizava que os Estados deveriam proporcionar informações sobre atividades realizadas na sua jurisdição ou controle, quando tivessem razões para supor que essas informações seriam necessárias para impedir a ocorrência de graves danos contra o meio ambiente, em regiões situadas fora de sua jurisdição nacional.

Essa redação, que deixava o Estado empreendedor como juiz das possíveis conseqüências das obras, foi rejeitada por diversos representantes. A Argentina propôs que um grupo de trabalho elaborasse um texto definitivo, afirmando que a "informação deverá ser facilitada a pedido de toda parte interessada e num prazo razoável, e acompanhada dos dados disponíveis, que permitem às ditas partes informar-se e julgar, por elas mesmas, a natureza dos efeitos de tais atividades". Um texto definitivo foi proposto, notadamente com o apoio

23. Textos dos princípios: documento ONU A/Conf. 48/4. Ver comentários de Alexandre KISS e Jean-Didier SICHAULT. *La conférence des Nations Unies sur l'environnement. Annuaire Français de Droit International*, 1972, T. XVIII, pp. 603-628. Sobre a polêmica do 20.º princípio, ver Julio A. BARBERIS. *Op. cit.*, na nota 16, pp. 76-78.

de alguns países americanos (Argentina, Costa Rica, El Salvador, Guatemala e Uruguai): os Estados devem facilitar as informações relativas às atividades ou fatos que ocorrem sob sua jurisdição ou controle, quando essas informações são necessárias para impedir danos ao meio ambiente, em regiões situadas fora de sua jurisdição nacional”.

Outro grupo de Estados, dos quais consta o Brasil, sugere acrescentar uma precisão: “Nenhum Estado deve facilitar as informações em circunstâncias em que, na sua opinião, correriam riscos seu desenvolvimento econômico ou suas atividades nacionais para melhorar o meio ambiente”.

Na impossibilidade de estabelecer um consenso, o Uruguai interveio como mediador, com a sugestão de remeter a redação do 20º princípio e respectivas emendas à XXVII Assembléia Geral da ONU.

Na ocasião da XXVII sessão da AG da ONU, os diplomatas argentinos e brasileiros formalizam um acordo, dito de Nova Iorque, assinado em 29 de setembro. É o próprio texto deste acordo que foi aproveitado pela AG e se tornou a Resolução 2.995 (XXVII). Entretanto, as ressalvas expressas no terceiro ponto da Resolução (ver nota 16) provocam reações na Argentina, onde a Resolução 2.995 é vista como uma derrota diplomática. **El Cronista Comercial** considera que se trata de “um passo adiante na moderação do Brasil frente a seus vizinhos”; **El Clarin** indaga se “a Argentina abandonou a tese do princípio da consulta” (24). Em **La Prensa**, o almirante I. F. Rojas fala de “un acuerdo que mantiene el desacuerdo argentino-brasileño” (25). De março a maio de 1973 desenvolveu-se a polêmica relativa ao enchimento da barragem de Ilha Solteira. Ficou evidente que os diplomatas dos dois lados não tinham as mesmas concepções. Por outro lado, a assinatura iminente do Tratado de Itaipu (26-4-1973), entre o Brasil e o Paraguai, deixava claro que Buenos Aires não poderia opinar sobre as obras planejadas por seu vizinho.

Em 10 de julho de 1973, o chanceler Juan Carlos Puig encaminha às autoridades brasileiras uma nota de denúncia do acordo de Nova Iorque, onde explica a preocupação do governo argentino diante de “Instrumentos bilaterais de importância fundamental que, por ambíguos, levam de maneira irremediável à confusão interpretativa e à conseqüente frustração de nossos desejos comuns de um efetivo entendimento” (26).

24. Citados in **O Estado de S. Paulo**, de 4-10-1972, com o título: “El Clarin faz interrogações”.

25. Edição de 25-10-1972.

26. Apud: trechos da nota, publicados in **O Estado de S. Paulo**, de 11-7-1973, com o título: “Argentina denuncia o acordo sobre Itaipu”.

Como **princípio**, a consulta prévia foi em seguida confirmada pela AG da ONU, nas suas duas sessões seguintes. Em 13-12-73, ela adota a Resolução 3.129 (XXVIII), relativa à "Cooperação na área do meio ambiente, em matéria de recursos naturais compartilhados entre dois ou vários Estados". Em 12-12-1974, vota a Resolução 3.281 (XXIX), que constitui a Carta dos direitos e deveres econômicos dos Estados. Ambos os textos evocam "um sistema de informação e consultas prévias" para a exploração dos recursos naturais compartilhados entre Estados. Esses textos cristalizam as aspirações de muitos segmentos das sociedades internacionais e, mesmo que não tenham força jurídica obrigatória (**soft law**), constituem importantes primeiros passos de encontro a uma regulamentação jurídica. Esta, aliás, é a tarefa que foi empreendida, a partir de 1971, na Comissão de Direito Internacional da ONU.

2.2. Os estudos da Comissão de Direito Internacional

Na sua 26ª sessão (1974), a CDI designa uma subcomissão para estudar o desenvolvimento progressivo e a codificação das normas de direito internacional relativas aos rios internacionais. Foi, então, elaborado um questionário sobre o conteúdo desse tema, a ser preenchido pelos Estados-Membros da ONU (27).

Na fase seguinte, a CDI designa um relator para o tema. Com o passar do tempo, foram três os **Rapporteurs spéciaux**, e seis os relatórios até 1984 (28). Estes reúnem considerável massa de documentos e informações, que não podem ser analisados em seus detalhes aqui. O que pode ser indicado são as principais tendências e características relativas ao tema, bem como alguns argumentos essenciais (29).

27. Texto in *Annuaire de la CDI*, 1976, vol. II, 1ère partie, p. 158.

28. 1) Richard D. Kearney. Premier rapport sur la droit relatif aux utilisations des voies d'eau internationales à des fins autres que la navigation. Document A/CN. 4/295. *Annuaire de la CDI*, 1976 Vol. II, 1ère partie, pp. 194-202.

2) Stephen M. SCHWEBEL. A/CN. 4/320, de 21-5-1979 (Premier rapport...); A/CN. 4/332 et Add.1. 24/4 e 22-5-1975 (Deuxième rapport...); A/CN. 4/348, de 11-12-1981. 441 p. (Troisième rapport...).

3) Jeans EVENSEN. A/CN. 4/367, de 14-9-1983 (Premier rapport...); A/CN. 4/381, 24-4-1984 (Deuxième rapport...).

29. Para estudo detalhado, ver: Ernesto J. REY CARO. El derecho de los usos de los cursos de aguas internacionales para fines distintos de la navegación en los trabajos de la Comisión de derecho internacional. *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXI, n.º 1-3, 1978-1979, pp. 39-64. Christian CAUBET. *Le Barrage d'Itaipu... op. cit.*, pp. 265-309.

Desde o início, foi observado que não se poderia resolver os problemas existentes nas bacias fluviais comuns a diversos Estados, com teoria em vigor no tempo da Santa Aliança e adotadas pelo Congresso de Viena em 1815.

As necessidades do mundo contemporâneo levam necessariamente a focar os rios de uma mesma bacia como um todo integrado. As utilizações das águas em um lugar podem engendrar problemas em outros lugares e Estados da mesma bacia. Com efeito, a água é um elemento só. Sua presença torna-se efetiva sob diversas formas (águas correntes e estagnadas, nascentes, lagos, napas freáticas, chuvas, evaporação) que, no entanto, são expressões diversas de uma interdependência constante. Os usos das águas não podem mais depender de iniciativas unilaterais dos Estados, em razão da natureza especial do recurso/água. É preciso levar em consideração as necessidades de todos os usuários, para proporcionar uma distribuição razoável e equitativa de todas as oportunidades.

Esta versão leva à formulação de teorias unitárias sobre as bacias fluviais. Estas se traduzem por conceitos como os de sistema de cursos de águas internacionais, bacia internacional de drenagem, bacia integrada ou bacia hidrográfica. Essas foram as concepções preconizadas pelos sucessivos relatores especiais do tema. Elas sofreram diversas críticas, tanto na CDI como na 6ª Comissão da Assembléia Geral das Nações Unidas.

As críticas ponderam que a maioria dos conceitos utilizados na CDI, para legitimar as teorias unitárias, ainda não fazem parte do direito internacional positivo. A noção de recurso natural compartilhado entre Estados não foi objeto de consenso, em nenhuma das instâncias em que tentaram dar-lhe um conteúdo, como: Conferência de Estocolmo, OCDE, Conselho da Europa, AG da ONU, PNUMA⁽³⁰⁾. A noção de uso equitativo e razoável depende muito das avaliações subjetivas que podem fazer os Estados. Ela pode inclusive levar a querer vetar os projetos de um Estado, em nome das utilizações eventuais e futuras que outro Estado pode evocar para resguardar uma parte razoável dos recursos para seu uso próprio, mesmo quando não tem necessidades atuais ou projetos em via de realização.

Na realidade, constata-se que as práticas dos Estados confirmam que a iniciativa unilateral é a regra. Os convênios bilaterais são os

30. No seu segundo relatório, Jens EVENSEN observa: "a noção de 'recurso natural compartilhado', aplicada às águas de um curso de água, suscitou dúvidas e uma oposição consideráveis". Em função disso, ele deu nova redação ao artigo 6.º de seu projeto. Antes intitulado: "O sistema de cursos de água internacional — um recurso natural compartilhado. A utilização desse recurso", o artigo 6.º ficou com o título: "Princípios gerais relativos à partilha das águas de um curso de água internacional". Cf. doc. A/CN. 4/381, pp. 24-25.

mais numerosos, mesmo nas bacias que possuem mais de dois Estados interessados nos usos dos recursos/água. As razões político-jurídicas, que privilegiam o argumento da soberania dos Estados e a vontade de rejeitar qualquer possibilidade de veto de Estados indiretamente implicados, somam-se razões de ordem prática. Com efeito, a implementação de um projeto hidroelétrico, por exemplo, exige vários anos de estudos, projetos e obras. Isso já ocorre quando apenas um Estado está implicado, ou quando dois Estados devem estabelecer um consenso sobre as modalidades de suas respectivas contribuições e vantagens. A intervenção de outros Estados, cujos territórios não estão envolvidos nos projetos alheios, pode tornar inviável a realização de obras localizadas em áreas sobre as quais eles não têm nenhum interesse juridicamente estabelecido. É provável que plano de desenvolvimento algum poderia ser implementado, se dependesse da anuência de terceiros Estados, desde que lidassem com recursos naturais "compartilhados".

Essas razões não deveriam militar em favor da rejeição pura e simples das teorias unitárias, para todos os efeitos. É óbvio que a civilização industrial chegou a tal ponto de romper os equilíbrios naturais, que já é necessário indagar-se se ela poderá garantir sua própria sobrevivência. Portanto, o direito está muito atrasado em relação aos ensinamentos da ecologia. As teorias unitárias sobre as bacias fluviais apresentam-se como um instrumento analítico adequado para os assuntos ligados ao meio ambiente humano. Isso não significa que elas sejam os únicos instrumentos ou que inexistam recursos para promover a cooperação interestatal e lograr êxito na proteção dos interesses de todos os Estados envolvidos numa problemática de desenvolvimento e de exploração de recursos naturais. Os instrumentos convencionais adotados no âmbito da bacia do Prata fornecem soluções interessantes. Se forem comparadas com a prática geral dos Estados, percebe-se um nítido progresso em relação às soluções tradicionais. Com efeito, estas baseiam-se na consagração do direito de iniciativa dos Estados e na obrigação de indenizar os terceiros, quando ocorrem prejuízos sensíveis⁽³¹⁾. Essas normas são confirmadas pelas raras — porém significativas — decisões jurisprudenciais proferidas nesse assunto⁽³²⁾. Os

31. Ver: William BUSH. *Compensation and the Utilization of International Rivers and Lakes: The Role of Compensation in the Event of Permanent Injury to Existing Uses of Water*. In ZACKLIN, Ralph e CAPLISCH, Lucius. *The Legal Regime of International Rivers and Lakes. Le Régime Juridique des Fleuves et des Lacs Internationaux*. The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1981, pp. 309-329.

32. Notadamente: 1) Cour Permanente de Justice Internationale. Série A/B, n.º 70. *Affaire des prises d'eau à la Meuse*. Arrêt du 28-6-1937.

2) Sentence du tribunal arbitral franco-espagnol en date du 16 novembre 1957 dans l'affaire de l'utilisation des eaux du lac Lanoux. *Revue Générale de Droit International Public*, 1958, pp. 79-119.

progressos realizados na bacia do Prata contribuem para a renovação dos enfoques sobre a problemática fluvial.

3. As condições da cooperação

A intensidade da polêmica entre a Argentina e o Brasil foi o elemento mais perceptível, por muito tempo, do relacionamento regional. Ela dissimulou os esforços de negociação e relegou a um plano secundário as convenções assinadas entre os Estados ribeirinhos dos rios da bacia do Prata, inclusive porque essas convenções traduziam, às vezes, a vontade de somar argumentos para apoiar as teses defendidas no diferendo global. É nesta categoria que podem ser classificados os instrumentos jurídicos, a seguir relacionados com as letras c) e e). No entanto, os tratados concluídos, somados aos esforços dos Cinco no seio de suas instituições próprias (as que resultaram do Tratado da Bacia do Prata), fornecem alguns princípios jurídicos fundamentais cuja análise evidencia a originalidade do direito regional.

3.1. Os tratados

Fora o caso do Tratado de Brasília, que é um tratado-marco, as convenções assinadas com o objetivo de exploração energética dos rios da bacia do Prata, são bi ou trilaterais. O multilateralismo expressou-se também nas instituições, em cujo âmbito foram aprovadas normas jurídicas precisas, notadamente no que diz respeito à prática de enchimento das represas de barragens ou à definição dos rios internacionais e acordo prévio à realização de certas obras.

Os principais instrumentos bilaterais são os seguintes:

- a) 20-12-1933: Convenção para a fixação do estatuto jurídico da fronteira entre Brasil e Uruguai.
- b) 30-12-1946: Convenção para o aproveitamento das corredeiras do rio Uruguai na área de Salto Grande, e protocolo adicional (Argentina-Uruguai).
- c) 26-6-1971: Ata de Santiago sobre bacias hidrográficas (Argentina-Chile).
- d) 9-7-1971: Declaração argentino-uruguaia sobre recursos-água.
- e) 12-7-1971: Ata de Buenos Aires sobre bacias hidrográficas (Argentina-Bolívia).
- f) 29-9-1972: Acordo de Nova York (Argentina-Brasil), denunciado pela Argentina em 10-7-1973.
- g) 26-4-1973: Tratado de Itaipu (Brasil-Paraguai).
- h) Tratado do Rio da Prata e sua frente marítima (Argentina-Uruguai).

- i) 3-12-1973: Tratado de Yacyretá (Argentina-Paraguai).
- j) 26-2-1975: Estatuto do Rio Uruguai (Argentina-Uruguai).
- l) 13-5-1980: Tratado sobre o Rio Uruguai (Argentina-Brasil).

Além dessas convenções bilaterais, três acordos tripartites foram firmados:

23-9-1960: Declaração conjunta (Argentina-Brasil-Uruguai) sobre as obras de Salto Grande.

19-10-1979: Acordo tripartite (Argentina-Brasil-Paraguai), sobre a compatibilização das obras de Itaipu e Corpus, e preservação das condições de navegabilidade do Paraná, a jusante de Itaipu.

29-5-1981: Convenção URUPABOL (Uruguai-Paraguai-Bolívia). Ela configura um grupo de pressão dos três países menores da bacia, no intuito de melhorar sua posição frente aos dois maiores, bem como promover ações efetivas, face à inércia das instituições comuns aos Cinco.

Finalmente, cabe destacar o conteúdo da Resolução 25 (IV), assinada pelos Cinco em 3-6-1971 e chamada: Declaração de Assunção sobre aproveitamento dos rios internacionais. No que diz respeito aos usos das águas, este texto tem valor jurídico e é obrigatório para todos os Estados da bacia. Ele acata a distinção tradicional do direito fluvial, entre rios contíguos e sucessivos, estipulando que:

“1. Nos rios internacionais contíguos, sendo compartilhada a soberania, qualquer aproveitamento de suas águas deverá ser precedido por um acordo bilateral entre os ribeirinhos.

2. Nos rios internacionais de curso sucessivo, não sendo compartilhada a soberania, cada Estado pode aproveitar as águas conforme suas necessidades sempre que não causar prejuízo sensível a outro Estado da Bacia.”

Os pontos 3 e 4, da declaração, organizam as modalidades de intercâmbio de dados científicos entre os signatários. Os pontos 5 e 6 insistem sobre suas obrigações de respeitar os usos existentes das águas, notadamente evitando de causar prejuízos. O ponto 7 recomenda a adoção de medidas tendentes a preservar os recursos vivos, quando forem realizadas obras no sistema fluvial de navegação.

Todavia, antes de analisar o conteúdo dos outros textos citados, é preciso deter-se no exame das práticas estatais regionais e do papel das instituições integradas pelos Cinco. Esta análise é importante, pois fornece indicações sobre o contexto das relações, bem como elementos para medir o alcance das normas jurídicas.

3.2. As práticas estatais na bacia do Prata.

O estudo dos fatos relacionados à exploração dos rios, para diversos usos, revelam que **todos** os Estados da bacia privilegiam o seu próprio direito de iniciativa quando projetam um aproveitamento das águas. Quando o empreendimento **exige a participação** de um **co-ribeirinho**, é só este que está convidado na sua avaliação. Mas quando o co-ribeirinho, em rio contíguo ou sucessivo, não precisa participar da obra para torná-la efetiva, não é convidado. O limite da iniciativa reside na instituição da responsabilidade internacional: na ocorrência de prejuízos para terceiros, os Estados aceitam indenizar, ou reconhecem que é necessário ouvir os terceiros ou garanti-los contra os danos. Em outras palavras, **todos praticam a iniciativa universal**, mesmo se alguns deles preconizam a consulta prévia para todas as utilizações das águas, ou para algumas apenas.

A convenção sobre o aproveitamento dos rápidos de Salto Grande (Argentina—Uruguai, 30-12-1946) costuma ser citada como exemplo de tratado que institui a consulta prévia. No artigo 11 os dois signatários concordam em convidar representantes do Brasil para uma conferência, depois de terem subscrito a convenção. O objetivo da conferência seria de considerar as modificações que poderiam ocorrer, em razão do acordo, na navegação do rio Uruguai e no regime fluvial, tais como os regulamentam as convenções em vigor. No entanto, apenas quatorze anos mais tarde reuniu-se a conferência tripartite, que promulgou uma declaração conjunta em 23-9-1960⁽³³⁾. Este texto registrou o direito do Brasil: **a)** pedir e conseguir uma justa indenização, por quaisquer danos que ocorressem em território brasileiro, nas fases de construção ou de exploração das obras, pelos dois ribeirinhos de jusante; **b)** ser ouvido, se países participantes desejassem introduzir, no seu projeto, alterações que modificassem as condições previstas.

A consulta prévia está prevista pelos pontos 5 a 7 da Acta de Santiago sobre Cuencas Hidrológicas (Argentina-Bolívia; 26-6-1971). Todavia, "en cuanto a los principios 5 a 7 de Acta (consulta), Bolivia no les ha practicado, pues en el caso del río Pilcomayo ha construido y tiene en proyectos obras en la región de Villa Montes, que podrían — no lo afirmo categoricamente — causar perjuicio sensible a los países de aguas abajo, sin haberles consultado previamente"⁽³⁴⁾.

33. Texto in Comisión Técnica Mixta de Salto Grande, *Salto Grande. Documentos y antecedentes*. Buenos Aires, março 1979, fotocópia, pp. 69-70.

34. Guilherme J. CANO. *Op. cit.* na nota 9, p. 183, § 272.

O tratado argentino-brasileiro sobre o rio Uruguai (17-15-1980) aventa a possibilidade de construir barragens em diversos lugares do rio, com funções múltiplas. Uma localização possível é a de São Pedro, perto da fronteira uruguaia. A operação de uma obra situada em São Pedro poderia ter conseqüência sobre o regime do rio, em território uruguaio. Mas o tratado não prevê a consulta às autoridades do ribeirão de jusante, mesmo que esta venha a ser formalizada ulteriormente.

É preciso citar mais um caso significativo de iniciativa unilateral: o desvio das águas do rio Pilcomayo, que marca a fronteira entre Argentina e Paraguai. Em junho de 1979, as obras de desvio foram empreendidas, à iniciativa das autoridades argentinas da província de Formosa. O objetivo era de regularizar o fluxo do Pilcomayo, retirando-lhe as águas em excesso, de maneira a impedir as enchentes. Depois de aproveitadas em amplo projeto de irrigação (43.000 hectares), as águas não utilizadas seriam dirigidas para o riacho El Porteño, paralelo ao Pilcomayo. Este riacho desagua no Pilcomayo, alguns quilômetros a montante de Asunción. O projeto foi chamado de "Reactivación del Riacho El Porteño". O governo paraguaio havia manifestado oficialmente sua preocupação (30-5-1979) e, em seguida, comunicou sua oposição (4-7-1979), lembrando que se tratava de recursos e interesses que deviam ser objeto de acordos prévios⁽³⁵⁾, notadamente em função da Resolução 25 (IV) dos Cinco. O Paraguai sofreu prejuízo nos seus interesses ganadeiros e protestou oficialmente contra o desvio, relativo a mais da metade do fluxo do rio. Após diversas tentativas para voltar ao *statu quo ante*, o desvio foi fechado em outubro de 1982. Assim, a Argentina reconheceu implicitamente a existência dos danos e sua responsabilidade. Entretanto, ela não havia cumprido sua obrigação de firmar um acordo prévio com o

35. Ver Enzo A. DOLDAN. ¿ Por que la Argentina Desvió las Aguas del Río Pilcomayo? Asunción, Casa Llamas SRL, 1981, 150 p. Texto das notas paraguaias, às pp. 18-19.

Paraguai, apesar de ter de cumprir essa obrigação, em se tratando de um rio contíguo ⁽³⁶⁾.

A impressão, segundo a qual os Estados-Membros da bacia do Prata dão ênfase às soluções jurídicas tradicionais, confirma-se pelo estudo das atividades realizadas nas instituições comuns.

3.3. O desempenho das instituições

Durante quase dez anos, foram poucas as providências adotadas pelos cinco ministros das Relações Exteriores, que tenham sido seguidas de conseqüências concretas. Na véspera da 10ª Reunião (Punta del Este, 4/6-12-1978), especialistas paraguaios queixam-se da falta de realizações do sistema da bacia, pois dos mais de cem projetos aprovados, praticamente nenhum está sendo implementado: até os menos conflituais enfrentam dificuldades de concretização ⁽³⁷⁾. No decorrer da reunião, os Cinco recomendam a realização de um balanço das 118 resoluções, adotadas desde a assinatura do Tratado de Brasília. Um grupo de estudo *ad hoc*, designado pelo CIC, em 6-3-1979, entrega um relatório em agosto de 1980, sobre as 138 resoluções adotadas (inclusive as da 10ª Reunião) ⁽³⁸⁾. Suas conclusões são pouco animadoras.

Na 11ª Reunião (Santa Cruz de la Sierra, 11 a 14-11-1981), a Resolução nº 159 encomenda ao CIC a elaboração de uma "ordem atualizada de prioridades de acordo com o espírito e a letra do Tratado de Brasília". A Resolução nº 171 (XII) constata "que o CIC realizou uma exaustiva análise dos diferentes aspectos de ordem institucional referente à Resolução nº 159 (XI)", e determina, para 1982, uma ou mais reuniões conjuntas do CIC com proveitos governamentais, para avaliar o relatório e fazer um balanço das atividades. No entanto, as dificul-

36. Uma nota M.R.P. n.º 291, de 29-8-1979, de autoria do embaixador argentino em Asunción, explicava as razões da iniciativa argentina. Afirmava, notadamente:

"el Gobierno argentino no há contemplado la ejecución de obras que requieran la captación de las caudales normales del Río Pilcomayo, ni, por cierto, ha previsto ningún aprovechamiento que pudiera significar cualquier derivación de dicho curso fluvial. Va de suyo, sin embargo, que tales seguridades no inhiben al Gobierno argentino para ejercer los derechos que legítimamente le asisten de prevenir los efectos devastadores que las crecidas y desbordes de dicho río suelen provocar en vastas zonas de la Provincia de Formosa, utilizando a tal efecto dichas aguas excedentarias, con carácter excepcional, para fines de riego".

37. Apud *O Estado de S. Paulo*, de 3-12-1978.

38. Relatório do grupo *ad hoc* sobre a Resolução n.º 120 (X). Buenos Aires, 5-8-1980, 141 fls. (dactilografia).

dades não parecem ter sido superadas. Na 15ª Reunião (dezembro de 1984), os cinco chanceleres elaboram a Declaração de Punta del Este, na qual eles levam em conta

“as sérias dificuldades que enfrenta atualmente o sistema da Bacia do Prata quanto a seus resultados e cumprimento dos objetivos consagrados no Tratado da Bacia do Prata assinado em Brasília em 1969;”

e consideram indispensável efetuar uma análise e avaliação político-institucional que permita consolidar o sistema, dar-lhe dinamismo adequado e reafirmar a vontade política das altas Partes Contratantes”.

Eles “reafirmam os objetivos e propósitos do Tratado da Bacia do Prata de 1969, como instrumento de integração, cooperação e desenvolvimento de seus povos”.

Para realizar essas metas, eles “convocam uma Reunião Extraordinária de Subsecretários ou Representantes Especiais dos Ministros das Relações Exteriores, a ser celebrada, o mais tardar, em 30 de abril de 1985, com o objetivo de analisar e avaliar o estado político-institucional do sistema da Bacia do Prata, encomendando ao Comitê Intergovernamental Coordenador (CIC) a coordenação da data da referida Reunião em consulta com as Chancelarias.

3. A referida Reunião extraordinária deverá:

I. identificar: a) as realizações e os logros atingidos; b) as decisões adotadas que não tenham tido uma cabal execução; c) as dificuldades que enfrenta o sistema do ponto de vista substantivo e operativo, determinando suas origens e natureza;

II. examinar se a atual estrutura e organização dos órgãos do sistema são as mais apropriadas para a consecução dos objetivos e propósitos do Tratado da Bacia do Prata.

4. O Relatório correspondente deverá ser levado aos Chanceleres para sua consideração e instrumentação, dentro dos trinta dias de instalada a Reunião. Para tal efeito, convoca-se uma Reunião Extraordinária de Chanceleres a ser celebrada na cidade de Buenos Aires dentro dos quarenta e cinco dias de recebido o relatório. [...]”⁽³⁹⁾

39. 15.ª Reunião de Chanceleres dos Países da Bacia do Prata. Punta del Este, dezembro de 1984. Uruguai. Declaração de Punta del Este dos Chanceleres da bacia do Prata, pp. 1 e 2. (Dactilografia).

É possível que a dramática sucessão presidencial que ocorreu no Brasil, a partir de 15-3-1985, tenha impossibilitado a realização dos encontros planejados e a adoção de providências concretas, ou, até, a reavaliação das condições de cooperação na bacia do Prata. De qualquer forma, essas medidas deverão ser adotadas sob pena de as instituições comuns perderem sua própria razão de ser.

Apesar das conclusões nada otimistas que surgem com a análise do desempenho das instituições, o balanço global das atividades dos cinco ribeirinhos dos rios da bacia apresenta um saldo positivo. Este resulta das ações empreendidas em função do art. VI do Tratado de Brasília, que faculta às Partes Contratantes "concluir acordos específicos ou parciais, bilaterais ou multilaterais, destinados à consecução dos objetivos gerais de desenvolvimento da bacia". Desses acordos resultou a fixação de princípios jurídicos e de normas originais.

3.4. Os princípios jurídicos em vigor na bacia do Prata

As normas essenciais, relativas à definição dos cursos de água internacional, foram definidas pela Resolução nº 25 (IV), Declaração de Assunção. Elas têm conseqüências claras: a obrigação de acordo prévio no caso de aproveitamento do rio contíguo; a liberdade de iniciativa para os rios sucessivos. Em ambas as situações os Estados devem evitar provocar prejuízos sensíveis e responsabilizar-se quando ocorrem.

A avaliação e a qualificação conjunta dos prejuízos é obrigação para três dos cinco Estados da bacia. Esta solução é consagrada pelo acordo tripartite Argentina-Brasil-Paraguai, de 19-10-1979, e reafirmada pelo tratado sobre o rio Uruguai (Argentina-Brasil, 17-5-1980), que estipula no seu parágrafo segundo que a avaliação e qualificação dos eventuais prejuízos "não poderão ser definidas unilateralmente". Cabe notar o duplo efeito dessa disposição. De um lado, ela garante os Estados contra as afirmações unilaterais dos demais. Mas, por outro lado, ela exerce uma pressão sobre as próprias iniciativas, na medida em que os Estados deverão analisar todos os efeitos possíveis de seus projetos e adotar todas as providências cabíveis. É só assim que poderão evitar os prejuízos e, portanto, a sua avaliação conjunta.

A questão da definição da água como recurso natural compartilhado, em relação à produção energética, recebe em diversos casos uma solução original, com o uso do conceito de condomínio. Este qualifica os recursos energéticos dos rios contíguos, em alguns casos: Tratado de Itaipu (preâmbulo e art. 1º); Tratado sobre o rio Uruguai

(art. V, B). Em outros, o condomínio aplica-se às obras hidroelétricas (Tratado sobre as obras de Salto Grande, art. 4º, Tratado de Yacyretá, art. V) ou, igualmente, às que asseguram a navegabilidade do rio (Yacyretá).

Considerações finais

Faz-se mister ressaltar um ponto importante no relacionamento dos países da bacia do Prata: por mais ásperas que tenham sido as relações, em certos momentos de polêmica, sobre as modalidades dos usos das águas, elas não degeneraram em conflito grave. As origens e o pretexto (posse de ilhas fluviais) da guerra entre Iraque e Irã lembram que a situação de paz pode ser alterada em função de interesses muito menores do que estavam em jogo no Cone Sul. Apesar do peso que as teorias geopolíticas tiveram, às vezes, na conduta das diplomacias regionais, a negociação teve êxito.

As normas adotadas privilegiam as decisões bilaterais ou trilaterais. As teorias unitárias sobre as bacias fluviais não foram aprovadas para o aproveitamento hidroenergético dos rios, evitando-se, nas palavras do chanceler brasileiro, “que a adoção de fórmulas abstratas e retóricas desgaste e desestimule o empenho de cooperação ao qual nos propusemos” (40).

Essa posição também prevaleceu entre os oito Estados que firmaram o Pacto Amazônico, e colocaram mais ênfase na integração de suas partes da Amazônia às respectivas economias nacionais, do que na região amazônica considerada como uma unidade espacial geograficamente integrada. Isso dá uma certa unidade ao direito fluvial sul-americano. Poder-se-ão lamentar as limitações de certas soluções regionais, mas será necessário, então, desconhecer as realidades de outras bacias hidrográficas que, do Níger ao Reno e do Senegal ao Mekong, não oferecem melhores soluções integrativas. As normas aceitas pelos ribeirinhos dos rios da bacia do Prata já proporcionam bases seguras para o relacionamento regional, em matéria de aproveitamentos hidroenergéticos. Nem todas as importantes bacias fluviais do planeta podem contar com as mesmas garantias mínimas, enquanto que o cada vez mais escasso recurso/água aparece como um problema cada vez mais premente para as coletividades humanas.

40. Discurso do Chanceler Ramiro SARAIVA GUERREIRO, na Sessão Plenária Inaugural da 14.ª Reunião de Chanceleres, Assunção, 1.º de dezembro de 1983 (mimeografado).

O parlamentar e a legislação ambiental

PAULO AFFONSO LEME MACHADO

Promotor de Justiça em Piracicaba-SP,
Professor na Universidade Estadual Pau-
lista "Júlio de Mesquita Filho" (UNESP)
"Campus" de Rio Claro-SP, Presidente
da Sociedade Brasileira de Direito do
Meio Ambiente.

I — INTRODUÇÃO

1. *A política de desenvolvimento*

A política de desenvolvimento da maioria dos países não tem levado em conta a necessidade de proteger o ambiente, de modo que a pesquisa de soluções dos graves problemas levantados pela miséria, e a preocupação de criar riquezas nacionais ou de se enriquecer, contribuíram para a degradação dos recursos naturais.

2. *Meio ambiente e desenvolvimento*

Entretanto, há alguns anos tem-se conhecimento de tentativas visando introduzir na política e nos instrumentos nacionais regras tendo por objeto conciliar a conservação do meio ambiente e do desenvolvimento econômico (1).

Conferência proferida na sede do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, Nairobi (Quênia) na Conferência Interparlamentar sobre o Meio Ambiente.

1. TOLBA M. K. "Développer sans détruire: pour un environnement vécu" (document de ENDA tiers Monde, Dakar, 1984). Versão inglesa: "Development without destruction: Evolving environmental perceptions" (Tycooly International Publishing Ltd., Dublin, 1982).

3. *Justiça e qualidade de vida*

Deve-se evitar que, sob o pretexto falacioso de preservar o meio ambiente seja impedido aos desfavorecidos alcançar um nível de vida mais elevado. Caberá, pois, ao legislador zelar para que todos, e não uma minoria privilegiada, se beneficiem da preservação do meio ambiente.

4. *Técnica e ecologia*

A degradação do meio ambiente e os custos indiretos que dela resultam em miséria social e em sofrimentos causados aos indivíduos procedem da utilização de técnicas ecologicamente irracionais, visando o crescimento da capacidade de produção das empresas (2).

II — OBRIGAÇÕES DOS ESTADOS EM MATÉRIA DE MEIO AMBIENTE

5. *Responsabilidade do Estado*

A Declaração de Estocolmo definiu de maneira explícita as principais obrigações dos poderes públicos, a quem compete fixar a política e as medidas necessárias em matéria ambiental, nos limites de sua jurisdição, ao mesmo tempo que insistiu sobre o fato de que esses poderes conduzam as atividades a bom termo, nos limites de sua jurisdição ou sob seu controle, nenhum prejuízo causando ao meio ambiente sobre o território de outros Estados ou nas regiões não dependendo de nenhuma jurisdição nacional (3).

6. *Garantia constitucional*

O fato de se inserir numa Constituição uma disposição que garanta o direito a um ambiente propício apresenta igualmente um certo número de vantagens: permitirá reconhecer o interesse de assegurar a proteção do meio ambiente que, sem ser um domínio prioritário, é tão importante como outros interesses nacionais, sejam eles interesses econômicos e fundiários. Graças a esta disposição, poder-se-iam cobrir as lacunas que as legislações possam apresentar visando proteger o meio ambiente e atenuar os efeitos

2. COMMONER B. Les coûts écologiques de la croissance. *L'Économie de l'Environnement*. Calman-Levy, 1975, p. 244.

3. Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, Estocolmo, 5-16 junho 1972 (A/CONF. 48/14/Rev.1.).

dos atrasos ocorridos em matéria de legislação ou de medidas administrativas, consideradas as necessidades reais (4).

7. *Informação e fiscalização*

Os defensores da natureza — sejam eles funcionários, cidadãos, sindicatos, associações, universidades ou partidos políticos — só poderão agir com base nas informações que os poderes públicos tiverem reunido graças a uma fiscalização contínua. As sanções previstas pelas leis só poderão ser aplicadas se se dispuser de um sistema de fiscalização do meio ambiente. Esta fiscalização supõe que os poluidores sejam legalmente obrigados a ter aparelhos de medida da poluição e assegurem sua manutenção.

8. *Serviços públicos especializados*

Os Estados têm instituído serviços administrativos e políticos concernentes ao meio ambiente, mas na maioria dos países as competências têm sido divididas entre os diversos Ministérios ou serviços. A coordenação das medidas administrativas não significa absolutamente concentração das competências — revelou ser um instrumento próprio para assegurar a realização eficaz da política racional em matéria de meio ambiente.

III — OS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE CONTROLE

9. *Instrumentos tendo por objetivo a melhoria do meio ambiente*

Para prevenir os riscos aos quais a natureza e o homem estão expostos, as legislações prevêem conselhos do meio ambiente, a outorga de autorizações, normas que fixam os volumes das emissões, o planejamento das atividades e o zoneamento. Sanções e compensações fazem parte igualmente das medidas que visam reparar os danos ecológicos.

10. *Os conselhos do meio ambiente*

Certas legislações previram “conselhos do meio ambiente” que são organismos coletivos e cuja função é a de conciliar a salvaguarda do meio ambiente e a necessidade do desenvolvimento para a elaboração dos planos e de sua concretização, visando a aplicação

4. KISS A. Ch. Peut-on définir le droit de l'homme à l'environnement? *Revue Juridique de l'environnement*, p. 16, 1976.

das legislações relativas ao meio ambiente. Estes conselhos são constituídos dos eleitos e dos representantes das associações, sindicatos, universidades e serviços públicos. É evidente que o sucesso desses conselhos dependerá de seu peso político e do poder que lhes seja concedido pelo legislador (5).

11. *Instrumentos administrativos*

Além das autorizações concedidas com fins sanitários e urbanísticos, existem autorizações e licenças específicas que são emitidas para atividades potencialmente poluidoras ou que utilizem recursos naturais. Trata-se de instrumentos administrativos dos quais os legisladores nacionais se muniram, seja ao nível central, seja ao nível local, a fim de que as atividades autorizadas ou licenciadas somente sejam fiscalizadas por serviços administrativos especializados.

12. *Normas de emissão*

Fixar normas de lançamento de poluentes significa instituir instrumentos jurídicos úteis para o controle ambiental, desde que sejam adotadas medidas de monitoramento permitindo fiscalizar ininterruptamente esses lançamentos. O legislador não terá de entrar nos detalhes técnicos, caso contrário toda modificação tecnológica poderá tornar caduca qualquer legislação em breve espaço de tempo. Entretanto, compete-lhe designar os serviços administrativos competentes em matéria de fiscalização das normas de emissão e, principalmente, estabelecer requisitos para a admissão do pessoal administrativo, assim como indicar a necessidade de estabelecimentos científicos idôneos para intervir rotineiramente na fixação e ajustamento dos padrões. Dessa forma, assegurar-se-á independência e retidão no controle das emissões.

13. *Flexibilidade das normas de emissão*

Para um dado poluente, as normas de emissão poderão variar em função do poder de assimilação do meio receptor. Para se poder fixar para um mesmo poluente diversos padrões, é preciso que os países disponham de mecanismos de medida e de fiscalização tanto das emissões como da capacidade de assimilação do meio ambiente. Será preciso que os serviços administrativos encarregados de negociar com as empresas para fins de estabelecimento de normas diferenciadas disponham de real independência institucional, caso

5. LEME MACHADO P. A. *Direito Ambiental Brasileiro*. Editora Revista dos Tribunais, 1982, 318 págs.

contrário as pressões exercidas farão com que as normas de emissão sejam menos rigorosas.

14. *Controle de exportação e de importação de substâncias poluentes*

É papel relevante do legislador pronunciar-se não somente sobre a fabricação e a comercialização de certas substâncias potencialmente perigosas para o ambiente com relação ao próprio território nacional, mas também acerca das condições em que essas substâncias serão exportadas para países de legislação menos exigente (6).

15. *Planejamento e zoneamento*

15.1. Centralização e descentralização

A salvaguarda do meio ambiente supõe um zoneamento que leve em conta igualmente a necessidade da centralização e de descentralização. A centralização que ignora as realidades locais chega a regras difíceis de serem postas em prática. Deixando de chegar a uma apreensão das realidades nacionais em sua totalidade, a descentralização desconhece às vezes as verdadeiras dimensões dos ecossistemas que extravazam o limite das circunscrições administrativas. Para ser eficaz, o zoneamento supõe, pois, um planejamento que leve em conta os interesses nacionais, regionais e locais assim como as obrigações internacionais.

15.2. Zoneamento e negociação

O zoneamento depende da prospectiva na medida em que ele previne o desenvolvimento destruidor da natureza e constitui um instrumento útil para evitar ou resolver os conflitos sociais. Para que isso suceda realmente, deve ser ele precedido de uma fase de negociação e de debates, que será a mais ampla possível, se quisermos obter a adesão e a colaboração das forças sociais interessadas.

15.3 Características do zoneamento

Os principais elementos sobre os quais se assenta o zoneamento são os seguintes: delimitação das zonas, inventário dos recursos naturais, características ecológicas dominantes, usos conformes e

6. Ver REHBINDER E. Control of Environmental Chemicals. *Tendances Actuelles de la Politique et du Droit de l'Environnement*, International Union for Conservation of Nature and Natural Resources, 1980, pp. 199-16.

desconformes dos recursos para fins privados ou públicos. Quando se tratar de criar uma zona industrial, há de se ter cuidado para que a distância que separa os operários de seu lugar de trabalho não seja excessiva, de tal modo que o gasto em transporte e o cansaço sejam razoáveis. Além disso a criação de uma zona industrial não pode dispensar a previsão dos mecanismos de controle da produção.

15.4 Zona protegida

Uma zona poderá ser protegida para diversos fins: proteção de um ecossistema determinado ou do "habitat" de uma espécie, pesquisa científica, lazer, pesca ou caça. É preferível não conceder um poder discricionário (7) às autoridades encarregadas da gestão, especialmente quando as espécies estão ameaçadas de extinção.

15.5 Criação de zonas e áreas protegidas

Aos Paramentos cabe decidir em matéria de zoneamento e de criação de zonas protegidas, enquanto cabe ao Poder Executivo zelar pela aplicação das medidas adotadas. A este respeito, a Convenção Africana sobre a Conservação da Natureza e dos Recursos Naturais (1978) mereceria inspirar os legisladores, pois dispõe "que as reservas naturais integrais e os parques nacionais não possam ser mudados, nem qualquer parte alienada, salvo pela autoridade legislativa competente".

16. *Estudos de impacto e pericias*

16.1. Necessidade de estudos prévios

Muitos desastres ecológicos têm origem na cupidez ou na vontade de degradar o meio ambiente, como também em operações industriais levadas a efeito sem que o meio natural tenha sido previamente estudado.

16.2 Divulgação dos estudos de impacto

O conhecimento dos estudos de impacto tornará informados os cidadãos, as associações de defesa do ambiente e sobretudo a administração e os parlamentares das vantagens e dos inconvenientes apresentados pelos projetos públicos ou privados.

7. KLEMM C., La protection des zones d'intérêt écologique. *Tendances Actuelles de la Politique et du Droit de l'Environnement*, International Union for Conservation of Nature and Natural Resources, 1980, p. 169-97.

16.3 Estudos de impacto e soluções alternativas

Estes estudos poderão indicar outras soluções que não aquelas constantes do projeto analisado. Será o momento adequado para que os investidores reflitam sobre todos os aspectos das atividades previstas assegurando-se de que o projeto adotado seja o menos nefasto para o meio ambiente (8).

16.4. Redação dos estudos

Quanto mais complexo for um projeto analisado, mais o estudo de impacto será minucioso. Entretanto, a profundidade do conteúdo não deve prejudicar a clareza da linguagem, para que seja acessível a sua leitura e compreensão.

16.5 Procedimento e oportunidade dos estudos de impacto

Ao legislador caberá estabelecer a lista de atividades que mereçam a elaboração desse estudo, considerando-se a potencialidade de danos que elas contenham. Aos Paramentos cabe também estabelecer as regras do procedimento do estudo, isto é, quais os critérios científicos que nortearão a escolha das pessoas que irão elaborar o estudo, como determinar normas que garantam a independência dessas pessoas em relação aos proponentes dos projetos, sejam eles públicos ou privados.

16.6. Designação de peritos pelos Paramentos

O estudo de impacto ambiental é um procedimento destinado a preparar a decisão administrativa. Fica um vazio a respeito da fiscalização do cumprimento das sugestões do estudo. Incumbirá aos Paramentos determinar perícias, quando houver notícia de que atividades prejudiciais ao meio ambiente estão sendo realizadas. Registramos que existem Paramentos que já se reservaram esses poderes (9). Importa que haja previsão orçamentária para que se possa fazer face às despesas decorrentes dessa fiscalização ambiental pelo Poder Legislativo.

17. *Sanções penais*

O Código Penal pode ter um efeito duplo em sua atuação: curativo ou preventivo segundo a natureza dos delitos e a impor-

8. PRIEUR M. Le respect de l'environnement et les études d'impact. *Revue Juridique de l'Environnement*, p. 118 (2), 1981.

9. BRASIL: Lei do Estado do Rio Grande do Sul, nº 7.747/82; Lei do Estado do Paraná, nº 7.827/83 e Lei do Estado de São Paulo, nº 4.002/84.

tância das penas instituídas. Até agora, na maioria dos países, as sanções penais não têm permitido prevenir nem a poluição, nem a destruição da natureza. Pensamos que os Parlamentares têm uma grande missão nesse setor: agravar as penas — notadamente no que concerne aos crimes econômicos (chamados “crimes do colarinho branco”), aumentando as multas e a duração das penas de prisão. Não se pode olvidar, contudo, que o Juiz penal vai se socorrer de normas administrativas ambientais, e se estas forem mal estruturadas ou pouco exigentes, também ineficientes serão as sanções penais.

18. *Responsabilidade civil*

A obrigação de indenizar o dano ecológico tem passado do domínio da responsabilidade subjetiva para a responsabilidade objetiva. Procura-se aplicar também o princípio de que: Quem produz a poluição, deve pagar; ou seja, o princípio poluidor-pagador. No caso não se busca a existência de culpa do poluidor, mas é suficiente a constatação do liame de causalidade entre o ato do poluidor e o prejuízo.

IV — PARTICIPAÇÃO DO PÚBLICO E DIREITO A INFORMAÇÃO

19. *Associações e direito de ação judicial*

As associações com a finalidade de defender a natureza e combater a poluição aspiram ajudar o governo a fiscalizar o ambiente. Desejam, também, ter o direito de peticionar judicialmente, pois desta maneira não serão só os indivíduos isolados que suportarão a carga das despesas judiciais. Para estes fins, é preciso que os grupos sociais disponham de informações idôneas.

20. *Gestão da natureza: relação entre os protagonistas*

Atualmente a gestão dos recursos naturais e o ordenamento territorial não são mais considerados uma relação entre os proprietários e a Administração Pública, mas como uma relação triangular: setor privado-Administração-cidadão.

21. *Intervenção estatal*

É preciso reconhecer que no passado o estabelecimento da relação entre o setor privado e a Administração não foi uma tarefa fácil, como atestam as legislações sobre higiene e saúde públicas,

sendo que as disposições legais sobre o meio ambiente são relativamente recentes.

22. *Direito de ser informado e dever de informar*

Não é suficiente que em matéria ambiental a legislação consagre o direito à informação dos cidadãos, pois se informar não é sinônimo de ser informado. O tempo e o dinheiro que um cidadão precisa dispende para obter informação ambiental são de tal monta, que se constata que ele individualmente não pode investir na defesa dos interesses sociais. Se o cidadão quer ser informado, deve dirigir-se à Administração, tratando-se aqui de um itinerário de sentido único. Em alguns países, contudo, constata-se uma evolução na medida em que os Estados consideram que é seu dever informar periodicamente o público sobre o estado do meio ambiente.

23. *Intercâmbio de dados e soberania*

Diversas convenções internacionais prevêm a troca de dados. Informar um Estado não traduz um pedido de consentimento, não amputando, pois, a soberania do Estado que informa. Comumente, as informações recomendadas se situam no campo científico.

24. *Segredo industrial*

O direito à informação é compatível com o respeito do segredo industrial na medida em que as disposições, regendo a comunicação dos dados, emana da Administração Pública.

25. *Educação pública*

A legislação nacional em matéria ambiental só poderá ter sucesso na medida em que se promover a informação e a educação do público.

V — INCENTIVOS ECONÔMICOS VISANDO A PROTEÇÃO AMBIENTAL

26. *Introdução*

Para atenuar e corrigir os efeitos da poluição e da degradação da natureza são utilizados os seguintes meios econômicos: regulamentação propriamente dita, ajuda fiscal e subvenção, tributos e venda dos direitos de emissão.

27. *Regulamentação*

Trata-se da fixação de zonas pelas autoridades administrativas, da concessão de licenças e da disposição de padrões de emissão. Quando os volumes lançados ultrapassarem os limites fixados, penalidades e sanções administrativas atingirão os infratores.

28. *Incentivos fiscais*

As ajudas fiscais e as subvenções poderão tomar a forma de isenções fiscais, de empréstimos com baixa taxa de juros ou ajuda para a pesquisa científica visando a atualização de técnicas anti-poluidoras. Em muitos casos, para reduzir o volume dos resíduos, a solução mais cômoda consistirá em alterar os processos de produção, reciclar materiais⁽¹⁰⁾. A concessão de ajudas fiscais e de subvenções será facilitada pela sensibilização dos eleitores para com os problemas da poluição; dessa forma, eles influirão sobre a vontade política do Governo e do Parlamento.

29. *Sistema de tributação dos lançamentos*

Este sistema consiste na tributação de todo o lançamento, mesmo se ele é efetuado dentro dos limites prefixados. Teoricamente menos se polui, menos se paga. Para aplicar esse sistema é preciso dispor-se de meios de fiscalização e de um conjunto de normas apropriadas em matéria de emissão. Poderá temer-se que os organismos encarregados de fixar tais normas facilitem a poluição, tornando-as menos rigorosas. Para evitar esse perigo dever-se-á dispor de dois serviços administrativos distintos que serão encarregados, um de fixar as normas de emissão e outro de fiscalizar as emissões. A crítica que se formula a este sistema costuma sublinhar que ele legaliza a poluição. Convém acentuar que a instituição cuidadosa deste sistema impedirá a criação de novas ocasiões de degradação e finalmente deve-se ponderar que, sem tributação, os lançamentos de poluentes continuarão, ainda que nos limites preestabelecidos. O ponto vulnerável deste sistema — da mesma forma como ocorre na regulamentação propriamente dita — é a instalação e o funcionamento de um sistema de fiscalização contínua (monitoramento).

30. *Venda dos direitos de emissão*

Admitir a possibilidade de vender-se o direito de lançar substâncias poluentes equivale a reconhecer que se tem "direito de

10. FINDLEY R. W. & FARBER D. A. *Environmental Law*. West Publishing Co., 1983, p. 122.

poluir” dentro de determinados limites, isto é, naqueles limites contidos nas normas de emissão. Do ponto de vista jurídico e ecológico, esta noção levanta fortes resistências na medida em que ela favorece a tendência de saturação de ambientes específicos (rios, cidades, zonas agrícolas ou florestais, etc...). Em teoria, uma empresa que não lançasse toda a quantidade de poluentes constante da licença, poderia transferir o volume não utilizado para terceiros, mediante pagamento.

VI — INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS

31. *Desenvolvimento do direito internacional em matéria ambiental*

Quando da Conferência de Estocolmo recomendou-se aos Estados para que cooperassem no sentido de desenvolver-se o direito internacional, notadamente no domínio da responsabilidade e da indenização das vítimas da poluição e de outros prejuízos ecológicos ocasionados por atividades realizadas nos limites da jurisdição dos Estados ou sob seu controle, mas cujos efeitos se fazem sentir fora de seus limites⁽¹¹⁾. Como testemunha o *Repertório de Tratados Multilaterais relativos à Proteção Ambiental*⁽¹²⁾ e o *Registro de Acordos Internacionais*, que publica cada ano o PNUMA (Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente),⁽¹³⁾ numerosos instrumentos internacionais concernentes ao ambiente foram adotados ou atualizados após Estocolmo. Além de convenções internacionais e regionais, é conveniente mencionar a importância de certos instrumentos — não tendo força de lei na matéria — como as declarações e os princípios adotados pela Assembleia Geral das Nações Unidas e as linhas diretivas elaboradas sob a égide do PNUMA.

32. *Convenções Internacionais*

Podemos repartir em quatro grandes grupos as principais convenções de dimensão internacional (universal) concernentes à proteção do ambiente:

1º — convenções tendo por objeto a conservação da natureza (espécies e zonas naturais ameaçadas);

11. Declaração de Estocolmo, princípio 22.

12. PNUMA, série de referência 3 (Nairobi) 1982.

13. Registro de Tratados Internacionais e outros acordos no domínio do meio ambiente (UNEP/GC/Information/11), 1984.

2º — convenções relativas ao meio do trabalho (proteção dos trabalhadores contra os riscos profissionais devidos à poluição);

3º — convenções concernentes ao meio marinho (poluição dos mares) e

4º — convenções relativas à paz e ao ambiente (interdição de armamentos e atividades constituindo uma ameaça ao ambiente).

Como testemunham os quadros de adesão publicados pelo PNUMA (14), se o número dos Estados participantes das referidas convenções aumentou no transcorrer dos últimos anos, estamos ainda longe de uma adesão universal.

33. *Convenções regionais*

No plano regional, a cooperação dos Estados está concretizada pela conclusão de acordos visando proteger o ambiente e os recursos compartilhados, notadamente no âmbito do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) para os mares regionais (15). Seria desejável que todos os Estados pertencentes a uma mesma região viessem a tomar parte ativa neste tipo de cooperação.

34. *Outros instrumentos multilaterais*

Entre os instrumentos internacionais não tendo força de lei, convém mencionar a “Carta Mundial da Natureza” (16). Adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1982, ela proclama princípios de conservação “sob a égide dos quais todo ato do homem afetando a natureza deve ser guiado e julgado”; além disso, esses princípios “encontrarão sua expressão na legislação e na prática de cada Estado, como também a nível internacional” (17). De outra parte, toda uma série de princípios foram elaborados sob

14. “O direito do ambiente no Programa das Nações Unidas para o ambiente” Anexo I: Participação dos Estados nas Convenções Internacionais relativas à proteção ambiental (África, América, Ásia, Pacífico, Europa).

15. Anexo II: Participação nas Convenções Relativas aos mares regionais adotadas sob a égide do PNUMA. Ver igualmente as Convenções Regionais e Sub-Regionais (Convenção Nórdica de 1974, Tratado de Cooperação Amazônica de 1978) publicadas no Repertório mencionado na nota 12.

16. Anexo III: Carta Mundial da Natureza, adotada pela Resolução 37/7 da Assembléia Geral das Nações Unidas.

17. Preâmbulo e Princípio 14 da Carta Mundial da Natureza.

inspiração do PNUMA e aprovados pela Assembléia Geral das Nações Unidas⁽¹⁸⁾ e “diretrizes” foram estruturadas no âmbito do programa de Montevideu⁽¹⁹⁾. Trata-se, portanto, de outros elementos nos quais poderão inspirar-se as legislações nacionais em matéria de proteção ambiental.

35. *Os Parlamentos e os instrumentos internacionais*

Pensamos que os Parlamentares têm um papel eminente a desempenhar em matéria de ratificação de convenções relativas ao ambiente e que a eles incumbe ativar esse processo de ratificação, velando para evitar toda procrastinação e, assim, reduzindo-se o mais possível o prazo existente entre a adoção de um instrumento internacional e sua entrada em vigor. Fazemos votos de que os Parlamentares se empenhem para que as disposições dos instrumentos internacionais sejam incorporadas nas legislações de seus respectivos países.

VII — RECOMENDAÇÕES (adotadas por unanimidade pelas Delegações dos Parlamentos Nacionais)

MEDIDAS EM ESCALA NACIONAL

1. A legislação deve dar maior espaço à participação dos indivíduos na gestão do ambiente graças à introdução de conselhos e órgãos coletivos. De outro lado, as associações de defesa do meio ambiente devem obter meios jurídicos que lhes permitam acesso ao Poder Judiciário.
 2. O organismo competente em matéria ambiental deve poder ter oportunidade de dar parecer ao Governo em matéria de planejamento econômico.
 3. A legislação deve reconhecer aos poderes públicos o direito de obter informações sobre as atividades poten-
-
18. Ver os “princípios de conduta em matéria ambiental como orientação dos Estados acerca da conservação e da utilização harmoniosa dos recursos naturais partilhados entre dois ou mais Estados” (Resolução nº 34/186 da Assembléia Geral) e as “Conclusões dos estudos sobre aspectos jurídicos interessando o ambiente concernente à exploração mineira e perfurações marítimas no limite da jurisdição nacional” (Resolução 37/217 da Assembléia Geral das Nações Unidas).
 19. Programa para o desenvolvimento e exame periódico do direito ambiental, Relatório da reunião especial dos altos funcionários de administrações nacionais especializados em direito ambiental (Montevideu, 28 de outubro — 6 novembro 1981), UNEP/GC.10/5/Add. 2.

cialmente perigosas ao ambiente e fiscalizar aqueles que se dedicam à essas atividades.

4. A legislação deve definir as obrigações dos poderes públicos em matéria de informação dos cidadãos e das associações no que concerne às atividades poluidoras.
5. A legislação deve dispor que todo o projeto que possa ocasionar danos ecológicos seja objeto de estudo de impacto.
6. O legislador dará especial atenção à estruturação de um serviço público ambiental dotado de pessoal especializado e de recursos financeiros necessários.
7. O Parlamento é um lugar apropriado para debates sobre zoneamento territorial. As zonas protegidas devem ser criadas por lei e modificadas também por lei.
8. O legislador poderá contribuir, com grande eficácia, para a melhoria ambiental se conceder, através da legislação, incentivos fiscais às empresas não poluentes e às empresas que se engajam em processos de eliminação dos poluentes.
9. Os Parlamentos têm um eminente papel a desempenhar, favorecendo e acelerando a ratificação e a colocação em prática dos instrumentos internacionais relativos à proteção do ambiente.

MEDIDAS EM ESCALA INTERNACIONAL

10. Inobstante os esforços empregados por diversas organizações intergovernamentais e não governamentais, tendo por finalidade a difusão das legislações e tratados ⁽²⁰⁾ relativos ao ambiente, muitos Estados — notadamente os do Terceiro Mundo — não possuem informações sobre as legislações adotadas em outros países. Seria desejável que, através do PNUMA (Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente) e UIP (União Interparlamentar), fosse organizado um mecanismo de troca regular de informações sobre as legislações relativas ao ambiente e fossem elas endereçadas aos Parlamentares.

20. Ver as publicações do Centro do Direito do Meio Ambiente e do Conselho Internacional do Direito do Meio Ambiente (Bonn).

O direito adquirido e a mudança de interpretação da Administração em matéria contratual

ARNOLDO WALD

Advogado no Rio de Janeiro,
Professor Catedrático de
Direito Civil da UERJ.

A proteção do direito adquirido se reveste, no direito brasileiro, de caráter constitucional, desde os primórdios da República, e, assim, o artigo 153 da Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-1969, assegura, no seu § 3º, que:

“A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

O direito adquirido é definido pela legislação ordinária, nos precisos termos do artigo 6º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, com a redação que lhe deu a Lei nº 3.238, de 1-8-1957, esclarecendo que:

“Consideram-se *adquiridos os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo ou condições preestabelecidas inalteráveis a arbitrio de outrem*”.

A mudança de interpretação, com a modificação de critérios, é lícita e válida para o futuro, mas não pode atingir contratos já firmados e créditos já reconhecidos pelo devedor.

Neste sentido, por várias vezes, a Consultoria-Geral da República, em pareceres que mereceram a aprovação do Exmo. Sr. Presidente da República, reconheceu que o ato administrativo — e, com muito mais razão, o contrato celebrado com a Administração — só pode ser modificado unilateralmente ou revogado, desde que não fira direito adquirido, ou seja, direito subjetivo do interessado (que passou a integrar o seu patrimônio).

Para a Consultoria-Geral da República, é manso e pacífico que a eventual variação de hermenêutica não implica em inquirir de ilegalidade o ato anteriormente praticado, pois

“A revisão dos atos só é de admitir-se quando eles eram ilegais — o que não se deu no caso, HOUVE APENAS A MODI-

FICAÇÃO DE UM CRITÉRIO DE ACORDO COM O QUE PARECEU A BOA HERMENÊUTICA.”

(CARLOS MAXIMILIANO, *Pareceres do Consultor-Geral da República*, vol. II, p. 133).

Em outro parecer da Consultoria-Geral, da lavra do Professor ADROALDO MESQUITA DA COSTA, foi afirmado que:

“... há que se ter em vista ainda o resguardo do direito subjetivo do funcionário, o qual não poderá sofrer sacrifícios, motivados pela ilegalidade do ato consumado”.

(*Parecer*, nº 075-H, in *Diário Oficial da União*, de 26-9-84, p. 8.641).

O Supremo Tribunal Federal teve o ensejo de reconhecer que descabe a mudança de interpretação de atos normativos, em prejuízo da parte, pois, decidida a questão, “não mais poderia, a seu juízo, ser reaberta a interpretação subjetiva da autoridade administrativa exercida *opportuno tempore*”. (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 48, p. 350).

A matéria chegou a merecer Súmula do Supremo Tribunal Federal, na qual foi salientado que “a administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais”, mas só pode revogá-los desde que respeitadas os direitos adquiridos” (Súmula nº 473).

No acórdão líder, que ensejou a elaboração da Súmula, o mais alto tribunal do País, invocando a lição de FRANCISCO CAMPOS, entendeu ser inadmissível a modificação, por ato da Administração, de efeitos já produzidos por um ato administrativo anterior, concluindo que:

“não se compreende que a Administração não se vincule por aquele ato da mesma maneira que o legislador é vinculado, ao editar a nova lei, pelos efeitos produzidos sob a vigência da lei anterior”.

Entendeu a mencionada decisão que a *irretratibilidade dos atos administrativos, que produziram os seus efeitos, constitui um imperativo de segurança jurídica* (Acórdão do Mandado de Segurança nº 12.512, in *Revista Forense*, vol. 212, p. 98).

No Mandado de Segurança nº 13.942, o mesmo Tribunal confirmou que os atos administrativos podem ser rescindidos, mas, quando já operaram os seus efeitos, a autoridade deve indicar, precisamente, o vício ou ilegalidade de que se acham contaminados, para se possibilitar o controle judicial sobre a revogação, constituindo abuso de poder a rescisão pura e simples ou não idoneamente motivada (*Revista Forense*, vol. 212, p. 91).

A orientação dos Tribunais, no sentido de considerar irrevogável o ato jurídico criador de direito subjetivo, é mansa e pacífica nos últimos

quarenta anos, como se verifica pelas inúmeras decisões proferidas tanto pelo Supremo Tribunal Federal, como pelo Tribunal Federal de Recursos e pelos Tribunais locais.

De qualquer modo, em virtude de modificação de interpretação não pode ser alterado unilateralmente contrato bilateral, pois, como já decidiu a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Federal de Recursos na Apelação Cível nº 83.987:

“As atribuições legais detidas pela SUNAMAM, no controle da construção naval, têm limite nas cláusulas contratuais ditadas por ela própria, como financiadora, e assim infensas a alterações unilaterais decorrentes de ato normativo editado posteriormente.”

Mais recentemente, a Egrégia Quinta Câmara do T.F.R. decidiu, em acórdão do qual foi relator o Ministro PEDRO ACIOLI que:

“Todo contrato — seja privado ou público — tem como base fundamental dois princípios: o primeiro, o da lei entre as partes, *lex partes*, e, o segundo, o da observância do que foi pactuado, *pacta sunt servanda*”.

.....

“Os contratos firmados pelos impetrantes com os impetrados é lei entre as partes e há de ser observado e cumprido pelas mesmas até que estas disponham consensualmente de forma diferente.

Nesse particular, esta Turma já se pronunciou a respeito da matéria sobre contrato de financiamento por mútuo, sob a égide do princípio *pacta sunt servanda* quando destacamos que:

“a pessoa jurídica de direito público, quando contrata matéria disciplinada no direito privado, segue as regras deste, como qualquer particular, em respeito ao princípio *pacta sunt servanda*”.

(AC nº 82.241-RJ, Rel. Min. Pedro Acioli, in *DJ*, de 16 de novembro de 1984).

Idêntico tem sido o entendimento sufragado unanimemente pela doutrina, como se verifica nas lições de MIGUEL SEABRA FAGUNDES (*Revista de Direito Administrativo*, vol. III p. 3), FRANCISCO CAMPOS (*Direito Administrativo*, Rio, 1943, p. 60 e *Revista de Direito Administrativo*, vol. 23, p. 310), CARLOS MEDEIROS SILVA (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 18, p. 282), JOSÉ FREDERICO MARQUES (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 30, p. 18) e HELY I. OPES MEIRELLES (*Direito Administrativo Brasileiro*, 10ª edição, 1984, p. 160).

Tanto a doutrina como a jurisprudência fazem a adequada distinção entre a *anulação* do ato administrativo, que pressupõe sua ilegalidade ostensiva e que, no campo contratual, só pode ser declarada quando possível a volta ao *statu quo ante* e a *revogação* explícita ou implícita do

ato da Administração, que não pode lesar direitos alheios, que só se aplica para o futuro e não atinge situações pretéritas. A anulação só é admissível por vício de legalidade que deve ser, desde logo, comprovado, como quando se trata de decisão tomada por autoridade incompetente. A revogação, ao contrário, importa em mudança de orientação da Administração, que é legítima desde que passe a vigorar a partir do momento em que as autoridades alteram a sua interpretação, ou seja, *ex nunc*, a partir de agora, para o futuro.

Mesmo assim, examinando a eventual anulabilidade dos atos da Administração, entre os quais se incluem os contratos, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, no caso de atos anuláveis:

“É preciso que se submeta o caso ao Judiciário por força do princípio da separação dos poderes. *Neste ponto, desce a Administração Pública à condição de particular*, para o efeito de disputar em Juízo a nulidade do seu próprio ato, do qual ela não pode ser Juiz. É a lição dada há muitos anos por LAFAYETTE, RUI BARBOSA e outros luminares de nosso direito”.

(Voto do Ministro MÁRIO GUIMARÃES, in *Revista dos Tribunais*, vol. 240, p. 261 e seguintes).

e que:

“... se o ato origina certas situações jurídicas e não se trata de nulidade ou de defeito manifesto, sua nulidade há de ser discutida e solvida no Judiciário, sob pena de se instaurar o caos na Administração ...”.

(Voto do Ministro OROZIMBO NONATO, *loc. cit.*).

Autores insuspeitos quanto à sua fidelidade aos interesses públicos, como VICENTE RÃO, THEMISTOCLES CAVALCANTI e MIGUEL REALE, também sustentam que a mutabilidade das decisões administrativas encontra os seus limites no respeito aos direitos já existentes, “aos fatos e atos jurídicos dos quais esses direitos ou situações subjetivas resultaram em favor das pessoas” e dos “direitos legalmente adquiridos” (VICENTE RÃO, *O Direito e a Vida dos Direitos*, vol. II, São Paulo, 1952, p. 452).

Em monografia que dedicou ao assunto, o Professor MIGUEL REALE afirma que se autoridade, no uso de seu poder discricionário, baixou ato legítimo e à sombra do mesmo se constituíram situações jurídicas, “*não pode a superveniente invocação do interesse público ter força para desfazer interesses legítimos aperfeiçoados*”. A *eventual variação de entendimento da Administração*, quando abrange fatos e direitos, *é válida, mas não pode alterar situações já ocorridas* (MIGUEL REALE, *Revogação e Anulamento do Ato Administrativo*, Rio, Forense, pp. 95 a 99).

Tudo que se escreveu a respeito dos atos administrativos se aplica, com muito mais razão, aos contratos celebrados com a Administração.

Regimes jurídicos de pessoal

SEBASTIÃO BAPTISTA AFFONSO

Professor de Direito Administrativo
da AEUDF e do CEUB

Tratamentos diferenciados entre funcionários públicos federais, servidores celetistas da União e empregados de empresas privadas, em situações semelhantes.

APRESENTAÇÃO

Ao tempo em que se pretende editar um novo ESTATUTO para os funcionários públicos civis da União, aventando-se a possibilidade de unificar-se o regime jurídico dos servidores federais (artigos 57-V, 106 e 109 da Constituição), julgamos oportuno ensaiar um levantamento geral, em face das normas constitucionais, legais e regulamentares vigentes, das principais diferenciações de tratamento, que decorrem da dualidade atualmente existente, entre os chamados estatutários e celetistas, bem como as que se verificam quanto a estes últimos servidores, em relação aos empregados das empresas privadas, genericamente considerados, sem a preocupação de confrontar situações peculiares a categorias específicas, para as quais haja disciplinamentos legais próprios (não foram consideradas, aqui, as diferenças existentes entre algumas categorias de funcionários, de celetistas e de empregados, que desfrutam de garantias, direitos, vantagens e prerrogativas exclusivas).

Este levantamento contou com a efetiva participação, em termos de pesquisa, dos operosos e diligentes alunos de Direito da Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal (AEUDF) e do Centro de Estudo Unificado de Brasília (CEUB), que no 2º semestre de 1985 estavam matriculados, respectivamente, nas turmas

"C/D" e "A/B" (noturno) de Direito Administrativo-II, disciplina cujo ensino está sob a nossa responsabilidade, de que somos seu modesto professor.

O presente trabalho, com toda certeza, estará falho e falto, diante das circunstâncias em que foi elaborado, particularmente pela premência de tempo. Mesmo assim, cremos que ele possibilitará uma visualização global daquelas principais diferenças existentes, quanto a determinados institutos comuns, entre os servidores estatutários e celetistas, da União, como também entre estes e os trabalhadores em geral, regidos pela mesma CLT. Elas seguem adiante relacionadas, em ordem alfabética dos verbetes pesquisados, com a indicação da fundamentação respectiva. Em alguns casos, conquanto não prevista, expressamente, a adoção do mesmo tratamento, para ambas as categorias de servidores, isto já vem sendo feito, por construção jurisprudencial ou por aplicação analógica, usada pelas praxes administrativas. Num grupo, apresentamos a relação daquelas primeiras diferenciações e, separadamente, o rol destas últimas. O nosso propósito, no particular, foi o de oferecer despretensiosa colaboração aos estudiosos desta matéria, despertando a sua atenção, para essas situações. Os interessados no exame da questão, todavia, saberão suplantar as falhas e faltas porventura verificadas neste trabalho, aperfeiçoando-o.

S I G L A S

Art.	= Artigo.
C	= Servidor CELETISTA da União, regido pela CLT.
RCPS	= Consolidação das Leis da Previdência Social, adotada pelo Decreto n.º 89.312, de 23-1-1984.
CLT	= Consolidação das Leis do Trabalho, adotada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1-5-1943, com alterações supervenientes.
CTPS	= Carteira de Trabalho e Previdência Social, prevista nos artigos 13/secs. da CLT.
DL	= Decreto-lei.
E	= Empregado das empresas privadas em geral, regido pela CLT.
EFPCU	= Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União, adotado pela Lei n.º 1.711, de 28-10-1952, com alterações subseqüentes.
F	= Servidor FUNCIONARIO civil da União, regido pelo EFPCU.
MUS	= Maior Unidade Salarial (art. 430 do RBPS).
MVR	= Maior Valor de Referência.

- RBPS = Regulamento de Benefícios da Previdência Social, adotado pelo Decreto n.º 83.080, de 24-1-1979.
- RCPS = Regulamento de Custeio da Previdência Social, adotado pelo Decreto n.º 83.081, de 21-1-1979.
- Segs. = Seguintes (artigos que se seguem).
- TCU = Tribunal de Contas da União.

FUNCIONÁRIOS x CELETISTAS

Casos em que se dispensa tratamento diferenciado, entre servidores civis estatutários, denominados de funcionários (F), e os celetistas (C) da União:

ABONO ANUAL, valor pago ao aposentado ou pensionista, extensivo ao segurado ou dependente, que recebeu auxílio-doença ou reclusão, por mais de 6 meses no ano.

F — Não previsto.

C — 1/2 do benefício recebido durante o ano, pagável até o dia 15 de janeiro (art. 54 da CLPS e art. 151 da RBPS).

ABONO DE FALTAS, ausência justificada.

(Ver: **ABORTO**, **CASAMENTO**, **DOAÇÃO DE SANGUE**, **DOENÇA**, **ESTUDANTE**, **LUTO**, **NASCIMENTO** e **SERVIÇO MILITAR**).

ABONO PECUNIÁRIO, conversão de 1/3 das férias em pecúnia.

(Ver: **FÉRIAS**, abono pecuniário.)

ABONO PERMANÊNCIA, benefício devido ao servidor que permanece na ativa, depois dos 30 anos de serviço.

F — Não previsto.

C — 20% do salário de benefício entre os 30 e 34 anos de serviço e 25% desse salário se contar mais de 35 anos de serviço (art. 41, item V do RBPS).

ABORTO, relevação de falta.

F — Não previsto (Ver: **LICENÇA GESTANTE** e **LICENÇA PARA TRATAMENTO SAÚDE**).

C — Até 2 semanas de repouso (art. 395 da CLT).

ABSORÇÃO DOS QUINTOS, diferença entre o vencimento e a função de confiança exercida, por mais de 5 anos.

F — 1/5 da diferença, por ano excedente aos 5 primeiros até o 10.º (Lei n.º 6.732, de 4-12-1979).

C — Não previsto.

ACIDENTE EM SERVIÇO, ausência ao trabalho.

F — Licenciamento, com vencimentos integrais (arts. 100 e 105 do EFPCU), computando-se o tempo de afastamento como de efetivo exercício (art. 79, item X do EFPCU).

C — Faltas abonadas, para efeito de férias (art. 131, item III da CLT), computando-se esse tempo para indenização e estabilidade (art. 4.º e parágrafo único da CLT).

ACIDENTE EM SERVIÇO, benefício devido ao segurado ou dependentes.

F — Licenciamento (arts. 79-X, 100, 105 e 242 do EFPCU).

C — Anotação na CTPS (arts. 30 e 40-III da CLT (Ver: **AUXÍLIO-DOENÇA**, **APOSENTADORIA** e **PENSÃO**) (art. 164 da CLPS).

ADIANTAMENTO, para desconto em folha de pagamento.

F — Não previsto.

C — Permitido o "vale" (art. 462 da CLT). (Ver: **DESCONTOS**).

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE, valor devido.

F — Não previsto (Decreto-Lei n.º 1.873/81).

C — 40%, 20% ou 10% do salário mínimo da região (art. 192 da CLT, combinado com art. 1.º, do Decreto-Lei n.º 1.873, de 27-5-1981).

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE, valor devido.

F — Não previsto (Decreto-Lei n.º 1.873/81).

C — 30% do salário, sem acréscimos (art. 193, § 1.º da CLT, combinado com art. 1.º, do Decreto-Lei n.º 1.873, de 25-5-1981).

ADICIONAL NOTURNO, remuneração devida pelo trabalho à noite.

F — 25% sobre hora normal, só no caso de "serviço extraordinário", por hora de prorrogação (art. 150, § 3.º do EFPCU).

C — 20% sobre a hora normal, salvo se houver revezamento, seja jornada normal ou prorrogação (art. 73 da CLT).

ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO, gratificação em razão da antigüidade.

F — (Ver: **QUINQUÊNTOS**).

C — Não previsto, só admitido por liberalidade do empregador ou estipulação em convenção coletiva.

AFASTAMENTOS, interrupção na prestação do serviço.

(Ver: **FALTA ... e LICENÇA ...**).

AJUDA DE CUSTO, quando mudar de sede.

F — 1 mês de vencimento (art. 132 do EFPCU).

C — Suplementação de 25% (art. 469, § 3.º da CLT).

ALIMENTOS, integração das prestações.

F — Não previsto.

C — Integra a remuneração (art. 458 da CLT).

(Ver: **REMUNERAÇÃO**).

ALISTAMENTO ELEITORAL, relevação de falta

F — Não previsto.

C — Até 2 dias consecutivos (art. 473, item V da CLT).

AMAMENTAÇÃO, descanso.

F — Não previsto.

C — 2 de 1/2 hora (art. 396, da CLT).

APOSENTADORIA, limite máximo.

F — Retribuição da ativa (art. 102, § 2.º da Constituição).

C — 95% do salário de benefício (art. 41, § 6.º do RBPS), salvo se por invalidez, que se limita a 100% (art. 41, item II do RBPS) ou 18 vezes a MUS (art. 41, § 5.º do RBPS).

APOSENTADORIA, limite mínimo.

F — 1/3 do vencimento (art. 181 do EFPCU) ou o valor do salário mínimo, se integral (art. 31 da Lei n.º 4.242/63) ou 90%, desse salário, se proporcional (Decisão do TCU).

C — 90% do salário mínimo local (art. 41, § 4.º, letra "a" do RBPS).

APOSENTADORIA, revisão do benefício ou dos proventos.

F — Acompanha poder aquisitivo ou o vencimento do cargo (art. 102, § 1.º da Constituição e Lei n.º 2.822/58), especialmente no caso de doença especificada (Lei n.º 1.050/50 e art. 182 do EFPCU).

C — Acompanha o valor de referência (arts. 153 a 159 do RBPS).

APOSENTADORIA POR IDADE, valor do benefício.

F — Proventos proporcionais ao tempo de serviço, considerando-se os vencimentos do seu cargo (art. 102, item II da Constituição, e art. 178, item II do EFPCU).

C — 70% do salário de benefício, mais 1% por ano até 25% (art. 41, III do RBPS).

APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO, valor do benefício.

F — Proventos correspondentes aos vencimentos integrais do seu cargo, podendo ter acréscimos especiais (art. 102, item I da Constituição, e arts. 178-I, 179, 180 e 184 do EFPCU).

C — 80% ou 90% do salário de benefício (conforme seja homem ou mulher), mais 3% desse salário de benefício por ano até 5 (de 80% até 95%), para o homem que se mantém trabalhando depois dos 30 anos de serviço (art. 41, item IV do RBPS).

AUXÍLIO-DOENÇA, condições.

F — Após 12 meses de licença para trato de saúde, em consequência de doença especificada (art. 143 do EFPCU).

C — Após 12 contribuições (salvo os casos das doenças especificadas) e por incapacidade por prazo superior a 15 dias (arts. 33, item II, e 73/secs. do RBPS).

AUXÍLIO-DOENÇA, limite máximo.

F — Não previsto.

C — 18 vezes o MUS (art. 41, § 5.º do RBPS).

AUXÍLIO-DOENÇA, limite mínimo.

F — Não previsto.

C — 75% do salário mínimo local (art. 41, § 4.º, letra "b" do RBPS).

AUXÍLIO-DOENÇA, valor do benefício.

F — Um mês de vencimento (art. 143 do EFPCU).

C — 70% do salário de benefício, mais 1% desse salário por ano de atividade até o máximo de 20% (art. 41, item I do RBPS).

AUXÍLIO-FUNERAL, valor do benefício devido aos dependentes, no caso de falecimento do servidor.

F — 1 mês de vencimento (art. 156 do EFPCU).

C — Até 2 vezes o valor de referência da localidade, limitando-se aos gastos feitos nesse limite, quando o executor do funeral não for dependente (art. 89 do RBPS).

AUXÍLIO-MATERNIDADE, valor do benefício.

F — Não previsto (Ver: LICENÇA GESTANTE).

C — 1/2 do salário mínimo (arts. 103/secs. RBPS e Prejulgado TST-13/65).

AUXÍLIO-NATALIDADE, valor do benefício em caso de nascimento de filho do segurado.

F — Não previsto.

C — Um valor de referência da localidade (art. 83 do RBPS).

AUXÍLIO-RECLUSÃO, limite máximo.

F — Não previsto.

C — 18 vezes o MUS (art. 41, § 5.º do RBPS).

AUXÍLIO-RECLUSÃO, limite mínimo.

F — Não previsto.

C — 60% do salário mínimo local (art. 41, § 4.º, letra "c" do RBPS).

AUXÍLIO-RECLUSÃO, valor do benefício.

F — 1/3 ou 2/3 do vencimento, quando a condenação não importar demissão (art. 122, itens III e IV do EFPCU).

C — Igual à PENSÃO PREVIDENCIÁRIA (art. 41, item VI do RBPS).

AVISO PRÉVIO, prazo de antecedência.

F — Não previsto

C — 8 dias se o pagamento for semanal e 30 se quinzenal ou mensal, durante o qual a jornada fica reduzida de 2 horas (arts. 487/secs. da CLT).

CARTEIRA DE TRABALHO, identificação profissional e prova hábil da vinculação.

F — Não previsto. (Ver: IDENTIDADE ...)

C — obrigatória para o exercício de qualquer emprego (arts. 13/secs. da CLT).

CASAMENTO, relevação de falta ao serviço.

F — Até 8 dias, por motivo de casamento (art. 153, item I do EFPCU).

C — Até 3 dias, por motivo de casamento (art. 473, item II da CLT).

CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA, penalidade.

F — Aplicável, no caso de falta grave (arts. 201, inciso VI, e 212 do EFPCU).

C — Não previsto.

CASSAÇÃO DE DISPONIBILIDADE, penalidade.

F — Aplicável, no caso de falta grave (arts. 201, inciso VI, e 212 do EFPCU).

C — Não previsto.

COMÉRCIO, exercício cumulativo.

F — Vedado (art. 195, itens VI e VII do EFPCU e art. 2.º do Código Comercial).

C — Permitido, salvo no caso de concorrência ou prejudicial ao serviço (art. 482, letra "c" da CLT).

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA, desconto na folha de pagamento mensal.

F — 6% do salário base (art. 7.º do DL 3.347/41 e art. 1.º, § 1.º do DL 1.910/81).

C — 8,5 a 10% do salário base (art. 1.º do DL 1.910/81).

DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO, valor devido.

(ver: GRATIFICAÇÃO DE NATAL)

DEMISSÃO, desligamento do servidor.

F — Só em caso de falta grave e mesmo assim mediante condenação judicial ou inquérito administrativo (art. 105 da Constituição, combinado com os arts. 207/seggs. do EFPCU e 100 do DL 200/67).

C — Cabível, mesmo sem justa causa, assegurada a indenização cabível (art. 477 da CLT), só sujeita a processo se previsto em norma interna (Súmula TST n.º 77).

DEMISSÃO, modalidade de penalidade.

(ver: PENALIDADES)

DENOMINAÇÃO, decorrência do regime jurídico.

F — Funcionário art. 2.º do EFPCU).

C — Empregado (art. 3.º da CLT), denominado CELETISTA.

DESCANSO, para amamentação.

(Ver: AMAMENTAÇÃO)

DESCONTOS, para reposições e indenizações.

F — Até 1/10 do vencimento (art. 125 do EFPCU).

C — Até 50% do salário, na rescisão (art. 477, § 5.º da CLT).

(Ver: ADIANTAMENTO)

DIÁRIA, integração das prestações.

F — Não previsto.

C — Integram a remuneração, se superior a 50% (art. 457 da CLT).

DIÁRIAS, valor de indenização.

F — Variável de 1 a 1,4 do MVR adotado pela Lei n.º 6.205/75 (Decretos n.º 83.396, de 2-5-1979, e 86.792, de 28-12-1981).

C — Até 50% do saldo (art. 157 da CLT).

DISPONIBILIDADE, causa, condição e consequência.

F — Extinção do cargo, se for estável, com direito a proventos proporcionais, aproveitamento e aposentadoria (art. 100, da Constituição, combinado com os arts. 64/67 e 174/175 do EFPCU).

C — Não previsto.

DOAÇÃO DE SANGUE, relevação de falta ao serviço.

F — Nos dias da doação (art. 2.º da Lei n.º 1.075/50).

C — No dia da doação, limitada a uma por ano (art. 473, inciso IV da CLT)

DOENÇA, relevação de falta.

F — Até 3 dias, por mês (art. 123 do EFPCU).

C — Até 15 dias, seguidos (art. 27 da CLPS).

ESTABILIDADE, condições.

F — Após 2 anos de exercício, quando nomeado por concurso, ressalvados casos previstos em lei (art. 100 e 194 da Constituição).

C — Após 10 anos na mesma empresa, salvo se optante do FGTS (art. 165-XIII da Constituição, combinado com art. 492 da CLT e Lei n.º 5.107/66).

ESTÁGIO PROBATÓRIO, período de experiência.

F — 1 a 2 anos (art. 82 do EFPCU e Lei n.º 2.735/56).

C — Até 90 dias (arts. 443/445 da CLT).

ESTUDANTE, relevação de falta

F — Dia de prova (art. 158, parágrafo único do EFPCU).

C — Não previsto.

ESTUDANTE, transferência de sede.

F — Matrícula assegurada (art. 158 do EFPCU).

C — Não previsto.

EXPERIÊNCIA, período de verificação.

(Ver: ESTÁGIO PROBATÓRIO)

EXTRAORDINÁRIO, prorrogação do horário.

(Ver: GRATIFICAÇÃO POR SERVIÇO EXTRAORDINÁRIO)

FALECIMENTO, relevação de falta.

(Ver: LUTO)

FALTA AO SERVIÇO, releva-se.

(Ver: ABORTO, CASAMENTO, DOAÇÃO DE SANGUE, DOENÇA, ESTUDANTE, LUTO, NASCIMENTO e SERVIÇO MILITAR)

FÉRIAS, abono pecuniário.

F — Não previsto.

C — Conversão em pecúnia de 1/3 das férias (art. 143 e § 1.º da CLT).

FÉRIAS, acumulação

F — Vedada, salvo necessidade do serviço, mas só até 2 anos (art. 85 do EFPCU).

C — Acumulável, com pagamento em dobro, se reclamadas a tempo (arts. 137 e 149 da CLT).

FÉRIAS, desconto de faltas.

F — Vedado (art. 84, § 1.º do EFPCU).

C — Permitido (arts. 130 e 131 da CLT).

FÉRIAS, fracionamento.

F — Vedado.

C — Permitido (art. 134, § 1.º da CLT).

FÉRIAS pagamento em dobro.

F — Não previsto.

C — Devido após 24 meses (art. 134 da CLT).

FÉRIAS, período de gozo.

F — Anual (art. 84 do EFPCU).

C — A cada ano de serviço (arts. 127/secs. da CLT).

FGTS, direito de opção.

F — Não previsto.

C — Assegurado (art. 165-XIII da Constituição, Lei n.º 5.107/66 e art. 3.º da Lei n.º 6.185/74).

GESTANTE, horário antecipado.

F — Não previsto.

C — Admitido (art. 386 da CLT).

GESTANTE, período de afastamento.

(Ver: LICENÇA GESTANTE)

GRATIFICAÇÃO ADICIONAL, valor devido.

(Ver: QÜINQUÊNIOS)

GRATIFICAÇÃO DE NATAL, valor devido.

F — Não previsto.

C — 1/12 do salário mensal, por mês de serviço no ano, pagável até 20 de dezembro (Leis n.ºs 4.090/62 e 4.749/65, c/com Decreto n.º 57.155/65).

GRATIFICAÇÃO POR SERVIÇO EXTRAORDINÁRIO, pelo trabalho noturno.

(Ver: ADICIONAL NOTURNO)

GRATIFICAÇÃO POR SERVIÇO EXTRAORDINÁRIO, valor devido pelo serviço prestado.

F — 1/3 do vencimento (art. 150 do EFPCU).

C — Acréscimo de 20 ou 25% sobre a hora normal (arts. 58/secs. da CLT).

HORA EXTRA, prorrogação do serviço.

(Ver: GRATIFICAÇÃO POR SERVIÇO EXTRAORDINÁRIO)

HABITAÇÃO, integração das prestações.

F — Não previsto.

C — Integra a remuneração (art. 458 da CLT).

(Ver: REMUNERAÇÃO e MORADIA)

HORA NOTURNA, tempo de duração

F — Não previsto.

C — Entre as 22 horas de um dia e 5 do subsequente, considera-se "hora" o tempo de 52 minutos e 30 segundos (art. 73 e §§ da CLT).

IDADE, máxima de permanência.

F — 70 anos (art. 101-II da Constituição, arts. 176-I do EFPCU e 102 do DL 200/67).

C — Não previsto.

(Ver: APOSENTADORIA...)

IDADE, mínima para ingresso.

F — 18 anos (art. 22-II do EFPCU).

C — 12 anos (art. 165-X da Constituição e arts. 402/secs. da CLT).

INDENIZAÇÃO, no caso de demissão.

F — Não previsto.

C — 1 mês de salário por ano e em dobro quando superior a 10 anos, se for estável não optante do FGTS (art. 478 da CLT).

INQUÉRITO, necessidade.

F — Para apurar qualquer irregularidade, particularmente no caso de falta punível com penalidade de suspensão por mais de 30 dias e outras mais graves (art. 105 da Constituição, combinado com art. 217/secs. do EFPCU e 100 do DL 200/67).

C — Só para apurar falta grave, quanto estável (arts. 482 e 853 da CLT), salvo se previsto nas normas internas da empresa (Súmula TST n.º 77), ou para demissão (Lei n.º 1.890/53).

JÚRI, relevação de falta (tempo contado como de efetivo exercício).

F — Dias de afastamento (art. 78, item VI do EFPCU).

C — Não previsto.

LICENÇA ACOMPANHAR MARIDO, condições.

F — Sem vencimento, quando cônjuge for transferido a serviço (art. 115 do EFPCU).

C — Não previsto.

LICENÇA ESPECIAL, condições.

F — 6 meses, após 10 anos de serviço (art. 116 do EFPCU), computando-se em dobro para aposentadoria, quando não gozada (art. 117 do EFPCU).

C — Não previsto.

LICENÇA GESTANTE, benefício devido.

(Ver: SALÁRIO MATERNIDADE e AUXÍLIO NATALIDADE)

LICENÇA GESTANTE, período de afastamento.

F — 4 meses (art. 107 do EFPCU).

C — 4 semanas antes e 8 depois do parto (art. 392 da CLT).

LICENÇA INTERESSES PARTICULARES, condições.

F — Até 2 anos, após 2 anos de exercício (art. 110 do EFPCU).

C — Não previsto.

LICENÇA TRATAMENTO FAMILIAR, condições.

F — Até 1 ano com vencimento integral e com 2/3 até 2 anos (art. 106 do EFPCU).

C — Não previsto.

LICENÇA TRATAMENTO SAÚDE, condições.

F — Com vencimento integral, contando-se o tempo para aposentadoria (art. 105 do EFPCU).

C — Com salário integral até 15 dias (art. 27 da CLPS).

(Ver: AUXÍLIO DOENÇA e DOENÇA)

LUTO, relevação de falta ao serviço.

F — Até 8 dias, por falecimento de cônjuge, pais, filhos ou irmãs do funcionário (art. 153, inciso II do EFPCU).

C — Até 2 dias, por falecimento do cônjuge, ascendente, descendente, irmão ou pessoa que viva sob a dependência do empregado (art. 473, inciso I da CLT).

MORADIA, transferência de sede.

F — preferência assegurada (art. 159 do EFPCU).

C — Não previsto.

(Ver: HABITAÇÃO)

NASCIMENTO DE FILHO, relevação de falta.

F — Não previsto.

C — Um dia, no decorrer da semana (art. 473, item III da CLT).

NACIONALIZAÇÃO, restrições.

F — Brasileiro, apenas (art. 97 da Constituição e art. 22, item I do EFPCU), excepcionado o português (art. 199 da Constituição).

C — 2/3 brasileiros (art. 354 da CLT).

PECÚLIO, valor devido aos beneficiários, no caso de afastamento ou falecimento do segurado.

F — 3 vezes o salário-base do segurado, variando o coeficiente de 7,587 a 3,067, quando a sua idade variar entre 20 a 43 anos (arts. 349 e 360 do RBPS, e art. 3.º, §§ 1.º e 2.º da Lei 3.373, de 12-3-1958).

C — Soma das contribuições corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de 4% ao ano, entre a data que o segurado completar 60 anos e a do seu afastamento ou falecimento (arts. 91/secs. do RBPS).

PENALIDADES, modalidades.

F — As de repreensão, multa, suspensão, destituição da função, demissão e cassação da aposentadoria ou disponibilidade (art. 201 do EFPCU).

C — Só prevista suspensão e demissão por justa causa (arts. 474 e 482 da CLT), admitindo-se na prática a "advertência".

PENSAO ESPECIAL, acidente em serviço.

F — Correspondente ao vencimento integral do ex-servidor, se vivo fosse (art. 242 do EFPCU).

C — Igual ao salário de contribuição do acidentado (art. 237 do RBPS).

(Ver: AUXÍLIO..., APOSENTADORIA... e PECÚLIO)

PENSAO ESPECIAL, viúva de servidor que vem a ficar acometida de doença especificada.

F — Correspondente ao vencimento integral do ex-servidor, se vivo fosse (Lei 3.738/60).

C — Não previsto.

PENSAO PREVIDENCIARIA, limite máximo.

F — Não previsto.

C — 18 vezes, o MUS (art. 41, § 5.º do RBPS).

PENSAO PREVIDENCIARIA, limite mínimo.

F — Não previsto.

C — 80% do salário mínimo da localidade (art. 41, § 4.º, letra "c" do RBPS).

PENSAO PREVIDENCIARIA, valor devido aos dependentes, no caso de falecimento do segurado.

F — 50% do salário-base do segurado falecido (art. 357 do RBPS).

C — 50% do valor de aposentadoria percebida ou da por invalidez a que teria direito, mais até 5 parcelas de 10% por dependente, salvo se o salário-base for superior a 10 MUS, quando haverá um acréscimo até 80% do excedente daquele limite (arts. 40/secs. e 67/secs. do RBPS).

POSSE, condições de exercício.

F — Prazo 30 dias prorrogáveis (art. 27 do EFPCU).

C — Não previsto.

PRESCRIÇÃO, para aplicar penalidades.

F — 2 anos para falta sujeita a penalidade de repreensão, multa ou suspensão, e 4 anos para falta punível com cassação de aposentadoria ou de disponibilidade, prescrevendo com a pena, quando configurar também crime.

C — Não previsto.

PRESCRIÇÃO, reclamação judicial.

F — 5 anos (Decreto 20.910/32, combinado com art. 169 do EFPCU)
(Ver: RECLAMAÇÃO)

C — 2 anos (art. 11 da CLT).

PRESTAÇÕES "IN NATURA", integração.

F — Não previsto.

C — Integram a remuneração (art. 458 da CLT).

(Ver: REMUNERAÇÃO)

PREVIDENCIA, filiação.

(Ver: CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIARIA e SALARIO BASE)

QUINQUÊNIOS, gratificação adicional.

F — 5% por 5 anos de serviço, até 35% (art. 146 do EFPCU, alterado pelo art. 10 da Lei n.º 4.345/64).

C — Não previsto.

READMISSÃO, retorno do ex-servidor.

F — Vedado (art. 113 do DL n.º 200/67).

C — Permitido (art. 495 da CLT).

RECLAMAÇÃO JUDICIAL

F — Ação Ordinária ou Mandado de Segurança (art. 172 do EFPCU. Lei n.º 1.533, de 31-12-1951, e normas gerais do CPC).

C — Reclamação trabalhista (arts. 837/secs. da CLT, Decreto-Lei n.º 779/69 e Lei n.º 1.890/53).

(Ver: **PRESCRIÇÃO e FORO**)

REGIME JURÍDICO, natureza.

F — Estatutário (art. 1.º do EFPCU, combinado com art. 2.º da Lei n.º 6.185/74).

C — Contratual (arts. 1.º e 7.º, e, da CLT, combinados com art. 3.º da Lei n.º 6.185/74).

REMUNERAÇÃO, valores integrantes.

(Ver **ALIMENTOS, HABITAÇÃO, PRESTAÇÕES... e VESTUÁRIO**)

SALÁRIO-BASE, para efeito da contribuição e dos benefícios de família.

F — Soma dos vencimentos ou proventos, mais a gratificação adicional e outras gratificações especialmente consideradas (art. 367 do RBPS).

C — Remuneração efetivamente recebida a qualquer título (exceto o doméstico) até 20 vezes o maior salário mínimo do País (art. 135 da CLPS).

SALÁRIO-FAMÍLIA, condições em que é devido o benefício ao servidor.

F — Filho até 21 anos, ou inválido, ou solteira dependente ou estudante até 24 anos (art. 138 do EFPCU).

C — Filho até 14 anos ou inválido, pagável ao pai ou à mãe ou a ambos se segurados forem (arts. 97/secs. do RBPS).

SALÁRIO-FAMÍLIA, valor do benefício devido ao servidor.

F — Variável, fixado em lei (arts. 118/secs. do EFPCU).

C — 5% do salário mínimo regional (art. 99 do RBPS).

SALÁRIO-MATERNIDADE, valor do benefício devido à servidora gestante.

F — Não previsto (ver: **LICENÇA GESTANTE**).

C — Salário integral, durante o período de 4 semanas antes e oito semanas depois do parto, salvo se tiver menos de 9 meses, quando corresponderá ao salário inicial (arts. 103/secs. do RBPS).

(Ver: **AUXÍLIO MATERNIDADE**).

SERVIÇO MILITAR, relevação de falta.

F — Período de convocação (art. 78, item V, do EFPCU).

C — Período necessário a cumprir exigências (art. 473, item VI, da CLT).

SUBSTITUIÇÃO, pagamento devido.

F — Após 30 dias (art. 73, § 1.º, do EFPCU).

C — Sempre (Súmula TST n.º 159).

SUSPENSÃO, conversão em multa.

F — Admitida, por necessidade do serviço, até 50% (art. 205, parágrafo único, do EFPCU).

C — não previsto.

SUSPENSÃO, penalidade aplicável.

F — Até 90 dias (art. 205 do EFPCU).

C — Até 30 dias (art. 474 da CLT).

TEMPO DE SERVIÇO, critério de contagem.

F — Feita em dias, convertendo em ano (art. 78 do EFPCU).

C — Mês de contribuição (arts. 3.º, 55/secs. do RBPS).

TRANSFERÊNCIA, matrícula assegurada.

(Ver: ESTUDANTE).

TRANSFERÊNCIA, mudança de local.

F — Facultada, conforme interesse do serviço (arts. 127/secs. do EFPCU).

C — Vedada, salvo com anuência do servidor (art. 469 da CLT).

TRANSFERÊNCIA, preferência para moradia.

(Ver: MORADIA).

VESTUÁRIO, integração das prestações.

F — Não previsto.

C — Integra a remuneração (art. 458 da CLT).

(Ver: REMUNERAÇÃO).

CELETISTAS X EMPREGADOS

Casos em que ocorre tratamento diferenciado, entre os servidores civis celetistas da União (C) e os trabalhadores empregados em empresas privadas em geral (E):

ABANDONO DE EMPREGO, falta prolongada ao trabalho (crime).

C — Configura infração penal o abandono de emprego pelo SERVIDOR (arts. 323 e 327 do Código Penal).

E — Não prevista a hipótese, como infração penal.

AÇÃO REGRESSIVA, ressarcimento de dano causado, quando houver dolo ou culpa, inclusive quanto a ato de que decorreu dispensa de servidor, sem justa causa.

C — Necessária a ação, prazo de 60/30 dias (art. 107 da Constituição, art. 1.º e parágrafo único da Lei n.º 4.619, de 28-4-1965, e art. 21 da Lei n.º 1.890, de 13-6-1953).

E — Não prevista a exigência.

ACUMULAÇÃO, proibido de exercer mais de um cargo, emprego ou função públicas.

C — A condição de **SERVIDOR** impede exercer outra atividade pública, salvo os casos previstos em lei (art. 99 e §§ da Constituição).

E — Não previsto impedimento, salvo o caso de concorrência ou prejudicial ao seu serviço (art. 482, letra e, da CLT).

ADVOCACIA, exercício da profissão.

C — A condição de **SERVIDOR**, conforme a função, acarreta incompatibilidade ou impedimento para advogar contra as pessoas jurídicas de direito público (arts. 84, item VII, e 85, item VI, da Lei n.º 4.215, de 27-4-1963).

E — Não prevista a hipótese.

CONCURSO PÚBLICO, condição de admissão.

C — Necessária a habilitação prévia (art. 97 da Constituição, art. 4.º, item I, da Lei n.º 4.717, de 28-6-1965, Lei n.º 5.117/66 e art. 99, §§ 5.º e 6.º, do Decreto-Lei n.º 200/67).

E — Não prevista a exigência.

CONTESTAÇÃO, reclamação trabalhista do empregado.

C — Prazo em quádruplo para a União (art. 1.º, item II, do Decreto-Lei n.º 779, de 1.º-8-1969).

E — Não previsto (art. 841 da CLT).

CONTRATO DE TRABALHO, relações de trabalho.

C — Vinculada (art. 3.º, parágrafo único, da Lei n.º 6.185, de 11-12-1974).

E — Admite-se livre estipulação (art. 444 da CLT).

CONTRIBUIÇÃO SINDICAL, desconto em folha.

C — Isento (arts. 566 da CLT e 3.º da Lei n.º 6.185, de 11-12-1974).

E — Obrigatoriedade, à razão de 1 dia por ano (art. 580, item I, da CLT).

CRIME, fatos que configuram infração penal.

(Ver: **ABANDONO...**, **FALSIFICAÇÃO...** e **FURTO**).

CUSTAS PROCESSUAIS, reclamações trabalhistas.

C — Pagamento a final (art. 1.º, item VI, do Decreto-Lei n.º 779, de 21-8-1979).

E — Pagamento pelo vencido, depois do trânsito em julgado, salvo quanto aos emolumentos (art. 789, §§ 4.º e 5.º, da CLT).

DECISÃO, reclamação trabalhista, quando parcial ou totalmente contrária à Reclamada, nas causas de valor superior a 100 ORTNs.

C — Recurso ordinário necessário (art. 1.º, item V, do Decreto-Lei n.º 779, de 21-8-1979, e art. 17 da Lei n.º 1.890/53), não cabendo apelação quando de valor inferior a 50 ORTNs (Lei n.º 6.825/80, arts. 1.º e 4.º).

E — Recurso voluntário (arts. 893/secs. da CLT).

DECLARAÇÃO DE BENS, prova hábil.

C — Necessária a apresentação ao ingresso e sua renovação bianalmente (art. 3.º e § 3.º, da Lei n.º 3.164, de 1-6-1957).

E — Não prevista a hipótese.

DEMISSÃO, pedido do empregado

C — Presunção relativa de validade, mesmo sem homologação (art. 1.º, item I, do Decreto-Lei n.º 779, de 21-8-1969).

E — Não previsto (art. 818/secs. CLT).

DIA, data comemorativa.

C — 28 de outubro, dia consagrado ao SERVIDOR PÚBLICO (art. 132, do EFPCU).

E — 1.º de maio, dia consagrado ao trabalhador (Decreto-Lei n.º 5.452, de 1-5-1943, e art. 1.º da Lei n.º 662, de 6-4-1949).

DISPENSA, após 10 anos de serviço.

C — Necessidade de inquérito (art. 1.º, § 1.º, da Lei n.º 1.890, de 13-6-1953).

E — Livre, sem justa causa (art. 482 da CLT, com modificações da legislação do FGTS e Súmulas TST n.ºs 20, 26 e 54).

DISSÍDIO COLETIVO, participação.

C — Vedada a participação (arts. 566 da CLT e 3.º da Lei n.º 6.185/84).

E — Assegurada a participação (arts. 142, 165-XIV e 166, da Constituição e arts. 856/secs. da CLT).

DISSÍDIO INDIVIDUAL, foro competente para as reclamações trabalhistas.

C — Justiça Federal (art. 125, item I da Constituição).

E — Justiça do Trabalho (art. 142 da Constituição e art. 763/secs. da CLT).

DOMICÍLIO CIVIL, para efeitos legais.

C — Tem como domicílio legal o local da sua repartição (art. 37 do Código Civil).

E — Não previsto, salvo para estabelecer o foro competente nas Reclamações Trabalhistas (art. 651 da CLT).

FALSIFICAÇÃO DOCUMENTAL, prática de infração penal.

C — Sendo o fato praticado por SERVIDOR, isto constitui causa para aumento da pena (art. 296/secs. e 327 do Código Penal).

E — Não prevista a hipótese.

FALTA GRAVE, ato de indisciplina ou insubordinação, atuar em greve e participar de entidade ou partido proibidos.

C — Causa de dispensa (art. 1.º, § 2.º da Lei n.º 1.890, de 13-6-1953).

E — Não prevista a hipótese.

FGTS, levantamento do saldo ao passar a funcionário

C — Permitido (Súmula TFR n.º 178).

E — Não prevista a hipótese.

FORO, para questões trabalhistas.

(Ver: DOMICÍLIO..., DISSÍDIO... e RECLAMAÇÃO...)

FURTO, apropriação de bens da entidade empregadora (infração penal).

C — Peculato, quando praticado por servidor (arts. 312 e 327 do Código Penal).

E — Furto (art. 155 do Código Penal).

GREVE, direito a esse recurso.

C — Vedado (art. 165, item XXI da Constituição e art. 2.º da Lei n.º 6.185, de 11-12-1974).

E — Assegurado (art. 165, item XXI da Constituição).

INDENIZAÇÃO, responsabilidade do autor do ato.

(Ver: AÇÃO REGRESSIVA — Lei n.º 1.890/53).

IDENTIDADE FUNCIONAL, modelo próprio de cartão.

C — Tem fé pública (Decreto n.º 29.079, de 30-12-1950).

E — Não prevista a hipótese (Ver: CARTEIRA...).

PENSÃO CIVIL, condição de habilitação e gozo pela filha solteira do instituidor.

C — A condição **SERVIDORA** (cargo permanente) faz cessar o benefício (art. 5.º, parágrafo único da Lei n.º 3.373, de 12-3-1958, a que se refere a Lei n.º 4.259, de 12-9-1963).

E — Não previsto impedimento.

PENSÃO ESPECIAL, condição de habilitação da viúva de funcionário acometida de doença especificada.

C — A condição de **SERVIDORA** impede receber a pensão (art. 1.º, § 2.º da Lei n.º 3.738, de 4-4-1960).

E — Não previsto impedimento.

PIS X PASEP, cadastramento predominante.

C — No Banco do Brasil, salvo quando cadastrado anteriormente no PIS, o qual prevaleceu com a unificação (Leis Delegadas n.º 8, de 3-12-1970 e n.º 26, de 11-9-1975, e Decreto n.º 78.276, de 17-8-1976).

E — Na Caixa Econômica Federal, salvo quando cadastrado anteriormente no PASEP, o qual prevaleceu com a unificação (Leis Delegadas n.º 7, de 7-9-1970 e n.º 26, de 11-9-1975, e Decreto n.º 78.276, de 17-8-1976).

PRAZOS, questões trabalhistas.

(Ver: CONTESTAÇÃO e RECURSO)

PRESUNÇÃO DE VALIDADE, documentos perante a justiça.

(Ver: DEMISSÃO e RECIBO)

QUINQUÊNIOS, contagem de tempo anterior, regido pelo regime da CLT.

E — Conta-se o tempo, quando passa a ser "funcionário", para efeito dos quinquênios (Súmula do TCU n.º 137).

C — Não prevista a hipótese.

QUITAÇÃO ELEITORAL, prova hábil.

C — Necessária a exibição, para ser **SERVIDOR** e receber vencimentos ou salários (art. 7.º, itens I e II do § 1.º, da Lei n.º 4.737, de 15-7-1965).

E — Não prevista a hipótese.

QUITAÇÃO MILITAR, prova hábil.

C — Necessária a apresentação, para ingressar no Serviço Público como SERVIDOR (art. 74, alíneas b, f e g, da Lei n.º 1.375, de 17-8-1964).

E — Não prevista a hipótese (previsão apenas para obter CTPS (art. 74, alínea e da citada Lei n.º 4.375/64).

RECIBOS, quitação do empregado (assinatura e homologação).

C — Presunção relativa de validade, mesmo sem homologação (art. 1.º, item I do Decreto-Lei n.º 779, de 21-8-1969, e art. 1.º da Lei n.º 1.890/53, que aplica o art. 464 da CLT).

E — Necessária homologação (arts. 464 e 818 da CLT).

RECLAMAÇÃO TRABALHISTA, peculiaridades.

(Ver: **CONTESTAÇÃO**, **CUSTAS...**, **DECISÃO**, **DISSÍDIO...**, **PRESUNÇÃO...** e **RECURSOS**)

RECURSOS, depósito recursal.

C — Dispensa, para a União (art. 2.º, item IV do Decreto-Lei n.º 779, de 21-8-1969).

E — Necessário (art. 899 da CLT).

RECURSOS, reclamação trabalhista.

C — Prazo em dobro para a União (art. 1.º, item III do Decreto-Lei n.º 779, de 21-8-1968).

E — Não previsto (art. 895 da CLT).

(Ver: **DECISÃO...**)

SAÍDA DO PAÍS, autorização presidencial para o afastamento.

C — Necessidade de autorização prévia (Decretos n.ºs 46.436/59, 801/62, 61.775/65, 63.012/68 e 67.494/70).

E — Não prevista a exigência.

SALÁRIOS, reajustamentos periódicos.

C — Reajustes por lei, sem época e índice pre-determinados (art. 3.º do EFPCU e art. 20 da Lei n.º 6.708, de 30-10-1979).

E — Reajustes semestrais, segundo variação do INPC (Lei n.º 6.708, de 30-10-1979, alterada pelo Decreto-Lei n.º 2.012, de 25-1-1983).

SALÁRIO-EDUCAÇÃO, contribuição do empregador, à razão de 1% sobre a folha de pagamento, em substituição à obrigação de manter ensino primário gratuito para seus empregados e para os filhos destes entre 7 e 14 anos.

C — Excluída a União, em relação aos seus servidores (art. 5.º da Lei n.º 6.185/74, e art. 8.º, item I do Decreto n.º 87.043, de 22-3-1982).

E — Obrigatoriedade (art. 178 da Constituição, regulamentado pelo Decreto-Lei n.º 1.422, de 23-10-1975, e Decreto n.º 87.043/82).

SINDICALIZAÇÃO, direito do empregado.

C — Vedado (art. 3.º da Lei n.º 6.185, de 11-12-1974, e art. 566 da CLT).

E — Assegurado (art. 166 da Constituição)

TETO, limite máximo de remuneração

C — Sujeito a limitações (Decreto-Lei n.º 177, de 16-2-1967, art. 5.º do Decreto-Lei n.º 1.202/72 e art. 1.º do Decreto-Lei n.º 1.971, de 30-11-1982).

E — Não previsto limite

Las dimensiones de la criminalidad

MANUEL LÓPEZ-REY

Ex-Juez de Instrucción Criminal y Catedrático de Derecho Penal, del Instituto de Criminología de Cambridge y Presidente del Comité de las Naciones Unidas para la Prevención y Control de la Criminalidad (1)

I. *Consideraciones Previas*

A la hora actual la criminalidad se ha convertido en uno de los problemas socioeconómicos y políticos más graves que como tal afecta prácticamente a toda la población mundial. Pese a ello no se sabe con razonable certeza cuál es la extensión de la misma. Las razones, o quizá sinrazones, para tal desconocimiento son la carencia de estadísticas criminales adecuadas, señaladamente las policiales, en la mayor parte de los países y el hecho de que aun existiendo no son siempre accesibles, particularmente, pero no sólo, bajo regímenes dictatoriales; a la persistencia de creer o hacer creer que la criminalidad se reduce a la de índole común, falsedad hoy más evidente si tenemos en cuenta que de 160 países independientes apenas sí el 25% se hallan regidos democráticamente, entendiéndose por tal el serlo conforme a los Principios y Fines de la Carta de las Naciones Unidas, y por la carencia de estudios sobre las cifras oscuras de la criminalidad, no negras como a menudo se dice, que requieren técni-

(1) Las opiniones expresadas no son como Presidente del Comité.

cas de investigación en muchos aspectos diferentes de las utilizadas por el eminente precursor OBA. A la hora actual, la criminalidad está constituida en creciente proporción por la perpetrada oficial y semi-oficialmente, por afanes ideológicos, económicos y muchos otros en los que el abuso de las diversas modalidades del poder es evidente. Añadamos que en la sociedad postindustrial de nuestro tiempo, en la que la ciencia y la tecnología juegan papel manifiesto, la criminalidad culpable aumenta tanto o más rápidamente que la intencional. El distingo entre criminalidad convencional y no convencional es meramente operacional y no cambia el hecho de que toda criminalidad es de índole común, es decir, se trata de algo que corrientemente tiene lugar lo que, como veremos, es evidente.

Desde sus comienzos, las Naciones Unidas han tratado de determinar las dimensiones de la criminalidad tanto cuantitativa como cualitativamente. A tal efecto, la primera encuesta se llevó a cabo en 1950 sometiendo a la Comisión Social un *Informe Estadístico sobre la Extensión de la Criminalidad* (E/CN. 5204) que fue seguido por una segunda, conforme a una resolución de la Asamblea General en 1972 y una tercera en 1985 cuyos datos fueron sometidas al VII Congreso de Prevención del Crimen celebrado en Milan dicho año. Aunque las tres merecen aplauso en ciertos aspectos no así en otros, entre estos por la manera en que fueron los cuestionarios preparados, concentrados casi exclusivamente en un grupo de delitos y tener como fuente de información mayormente gubernamental. Teniendo en cuenta el número de Estados Miembros en los respectivos años podría decirse que en la primera encuesta respondieron más gobiernos que en la tercera en la que se recibieron solo 70 respuestas — de las que utilizaron 65 — de 160 Estados Miembros o sea el 43%, mientras en la primera cuando solo habían 60 Miembros el 60% respondieron. Cabe preguntarse si tal diferencia no se debe al enorme incremento de países con regímenes dictatoriales (2). En cuanto a los datos reunidos cabe decir que no ofrecen bases firmes de comparación y si bien la criminalidad parece aumentar sus dimensiones no aparecen claramente establecidos.

El problema de las dimensiones de la criminalidad presenta dos aspectos principales estrechamente relacionados, pero en buena medida diferentes, uno atinente a la criminalización y otro al volumen de la criminalidad cometida. El primero se refiere a los actos que se declaran previamente por ley delictivos, exigencia que a la hora actual se halla

(2) Para detalles v. mi reciente publicación *A Guide to United Nations Criminal Policy*, 1985 en *Cambridge Studies in Criminology* y el Informe sobre *Las Nuevas Dimensiones de la Criminalidad* (A/CONF.121/18) Mayo 1985 sometido al VII Congreso, Milan 1985.

(3) V. mi *Compendio de Criminología y Política Criminal*, Madrid 1985, señaladamente Cap. VI, 3.

en parte en crisis manifiesta dado que en China y un buen número de países árabes el principio *nullum crime sine previa lege* no es aplicado pues la penalización criminal por analogía es admitida. Ello permite concluir que a la hora actual alrededor de una cuarta parte de la población mundial no beneficia de la referida garantía (3). El segundo relativo al cuanto numérico de los delitos cometidos, es decir, a las verdaderas dimensiones de la criminalidad. De este aspecto me ocupo aquí.

II. *El panorama*

El análisis de los datos existentes, que no se limitan a los contenidos en estadísticas oficiales, muestra que la criminalidad en especial la llamada no convencional aumenta en muchos países, en algunos rápidamente. Incluso en los países socialistas ello es admitido en declaraciones mas o menos oficiales hechas en periódicos y discursos. Refiriéndome sólo a la Unión Soviética y a la criminalidad de índole común, la cometida oficial o semioficialmente es tesoneramente negada; en diciembre de 1983 *Izvestia*, con motivo del cambio del jefe de policía de Moscú, dijo que "la criminalidad era substancial en todo el país". El 23 de enero de 1984 *Pravda* se ocupó extensamente de la creciente extensión de la corrupción criminal que, pese a ser severamente castigada, en ocasiones con la pena capital, sigue constituyendo un serio problema criminal. En la reciente conmemoración de la Revolución de Octubre, Moscú 1985, el jefe de la KGB, Mr. Tchebrikov, públicamente se refirió a dicho problema citando específicamente la corrupción criminal, las malversaciones, los hurtos y robos y el vandalismo — *Le Monde*, 8 noviembre 1985.

En los países no socialistas con estadísticas mas o menos fiables, el aumento de criminalidad es evidente. Tal es el caso en los países escandinavos, la República Federal Alemana, Francia, Reino Unido, Canadá, Italia y Estados Unidos. En España los datos estadísticos contenidos en la *Memoria de Actividades de la Policía*, 1983, Dirección General de la Policía, muestran un manifiesto aumento de la criminalidad que maliciosamente se atribuye por algunos a la existencia del régimen democrático en España. Tales detractores pasan por alto que los datos estadísticos eran cuidadosamente ocultados bajo el franquismo y que recientes estudios muestran que bajo este la criminalidad común iba en aumento y en mayor medida la llamada no convencional en la que el abuso de poder jugó papel esencial. Para detalles el lector es referido a mi obra citada en la última nota y a mi anterior *Criminalidad y Abuso de Poder*, Madrid 1983.

Respecto a otros países, el análisis de las estadísticas periódicamente publicadas por la Organización Internacional de Policía (Interpol) que se refiere a los delitos de homicidio, lesiones, delitos sexuales, robo, hurto

y fraude muestra que, aunque se dan fluctuaciones, el aumento de la criminalidad es evidente en no pocos de los países incluidos que en la última publicada, concerniente al año 1980, abarcaba 66 países.

Las dificultades en obtener datos estadísticos criminales policiales de 160 países son obvias, pero cabe preguntarse si tentativamente y habida cuenta de las fuentes de información existentes mas o menos fiables no se puede llegar a establecer las dimensiones numéricas mínimas de la criminalidad a nivel mundial. Por mi parte, lo he intentado teniendo en cuenta como punto de partida los datos obtenidos por las Naciones Unidas, los regularmente publicados por Interpol, las estadísticas criminales policiales de 25 países desarrollados y en desarrollo aunque la mayor parte pertenecían a los primeros, y los datos contenidos en buen número de encuestas, publicaciones diversas y resúmenes que, con respecto a los delitos de homicidio, lesiones, delitos sexuales, robo, hurto y fraude ya citados, el monto de los cuales conocidos por la policía en 66 países con una población de 1.730 millones en 1980, alcanzaba la cifra en números redondos, de 39 millones de hechos delictivos.

Hoy existen 160 países con una población total de aproximadamente 4.500 millones y cabe preguntarse hasta que punto las cifras antecitadas pueden proyectarse en los 134 países no comprendidos en la estadística de Interpol, que poseen una población conjunta de 2.770 millones. Las objeciones son numerosas ya que si bien la población es uno de los elementos esenciales no es el único que debe tenerse en cuenta. Mi investigación, no exenta de serias dificultades, muestra que si bien entre los dos grupos de países, uno constituido por 66 y el otro por los restantes 134, se dan a veces marcadas discrepancias entre el monto de la población y el de la criminalidad correspondiente, pero también se dan ciertas similitudes respecto a los delitos enumerados. Las mayores similitudes son que en todos ellos los delitos mencionados forman parte de las legislaciones penales correspondientes y que a dichos delitos se refieren generalmente las estadísticas y las referencias criminológicas consultadas.

Respecto a los datos estadísticos cabe añadir que en cuanto a los países no incluidos en los datos de Interpol se dan cifras que confirman la posibilidad de comparaciones con los incluidos en las estadísticas de aquel. Respecto a las variaciones que pueda introducir la concentración de criminalidad en las grandes áreas urbanas, señalaré que en los países en desarrollo su creciente urbanización tiende a incrementar la criminalidad de algunos de los delitos citados, particularmente lesiones, robos y hurtos. Como veremos se dan también manifiestas discrepancias, pero tras paciente análisis las dimensiones aquí sometidas se hallan razonablemente fundamentadas.

La conclusión es que los delitos enumerados conocidos por la policía en 1980 en 160 países desarrollados o no, capitalistas o socialistas —

términos que admiten una diversidad de tonalidades — no fue inferior a 97 millones en una población aproximada de 4.500 millones. La cifra no puede estimarse como exagerada y puede añadirse que probablemente no menos del 60% de los 97 millones indicados se refieren a delitos contra la propiedad de muy diversa gravedad.

Sin entrar aquí en detalles, pero en apoyo de lo expuesto, *ad exemplum* diré que el monto conjunto de los delitos enumerados en los Estados Unidos y la Unión Soviética en el referido año no fue inferior a 30 millones, total que *grosso modo* puede dividirse por mitad entre uno y otro país aunque ésto probablemente se negará por un buen número de profesionales soviéticos que solo en raras ocasiones tienen acceso a las estadísticas policiales de su país. En este respecto el lector es referido al reciente libro *The Soviet System of Justice. Figures and Policy*, 1985, por GER P. VAN BERG de la Universidad de Leyden, que contiene abundante información pero ésta no es de índole policial, sino judicial como el autor advierte. Con todo el análisis de la última permite llegar a ciertas conclusiones ya que se da una cierta relación entre la actividad judicial y la previamente policial. Por otra parte, como el libro indica, se ha de tener en cuenta que en la Unión Soviética la sanción penal se lleva a veces a cabo extrajudicialmente. Con anterioridad, MICHAEL BUNYON en su interesante volumen *Life in Russia*, 1983, ofrece bastante información sobre el problema de la criminalidad en dicho país que aumenta particularmente en las áreas urbanas. Tal es el caso, entre otros, el del fraude como consecuencia del excesivo control y de la alta burocratización existente (4).

Respecto a China, los datos estadísticos escasean, pero existe información suficiente y fiable para concluir que la criminalidad ha aumentado en los últimos años y que la existente durante la llamada guerra cultural fue extensa y grave. A la hora actual, particularmente a partir de 1982, el recrudescimiento de las sanciones penales, tras procedimientos a veces sumarios, han dado lugar a la constante mención de que las penas han de imponerse rápidamente, es decir, *kuai* y con severidad, *yau* (5).

(4) El término fraude ha de entenderse ampliamente y en ocasiones se manifiesta en una diversidad de formas de apoderamiento de la propiedad estatal. Se lleva a cabo muchas veces mediante el uso del *blat* que es un término elástico que significa regalo, presente o dádiva que se da a toda persona con una cierta influencia o poder burocrático a fin de lograr lo que se desea que puede ir desde la entrega de algo hasta la prestación indebida de un servicio. El *blat* se practica incluso de antemano, es decir, antes de que se necesite algo a fin de lograrlo cuando llegue el momento.

(5) V. el excelente estudio *L'Évolution Récente de la Politique Criminelle en Chine Populaire*, por TSIEN TCH-HAO, Maître de Recherches en el Centro Nacional de la Investigación Científica, París, publicado en *Archives de Politique Criminelle*, París, 1985.

Respecto a 1980 el monto global de los delitos enumerados conocidos por la policía de Inglaterra, República Federal Alemana, Francia y Canadá, no fue inferior a los diez millones y añadiré que existe un grupo no pequeño de países en los que el total de los delitos mencionados conocidos por la policía en el repetido año no es inferior en cada uno de ellos a un millón.

Por otro lado, es preciso admitir que estadísticamente se dan ciertos contrastes que es preciso examinar detenidamente antes de aceptar como fiables el índice de población y los datos publicados oficialmente. Uno de los contrastes más chocantes lo da la comparación estadística policial de los indicados delitos entre Egipto e India. En el primero, en 1980, y en cifra redonda, los conocidos por la policía fueron 1.900.000 y en el segundo solo 1.400.000. La población del primero es 41 millones y la del segundo 651 millones. Cualquiera que haya manejado las estadísticas criminales de la India sabe que las mismas son marcadamente incompletas y ello es admitido oficialmente. Dicha escasa fiabilidad que no es única, ha sido tenida en cuenta en mis comparaciones.

La conclusión es que pese a las dificultades existentes la cifra de 97 millones de los hechos delictivos indicados conocidos por la policía en 1980 puede aceptarse como un mínimo mundial que si peca de algo es de ser excesivamente mínimo. Ahora bien, el mismo no abarca las llamadas cifras oscuras de los siete delitos dichos. La tesis mantenida en algunos países de que la policía conoce la mayoría de los delitos cometidos o que la cifra negra de los mismos no excede del doble de la conocida — ambas recientemente sostenidas en los Estados Unidos con mas buenos deseos que razonamiento adecuado — no merece ser considerada. Si se tiene presente la criminalidad oficial, señaladamente en cuanto a los “desaparecidos” atañe, el índice tradicional de cifra oscura del homicidio entre 1 y 3 se ha quedado, en cuando al 3 se refiere, bastante atrás en no pocos países. Por otra parte, si bien los índices de cifras oscuras tienen valor en algunos supuestos, no es así en otros. A la hora actual en no pocos países algunos de los altos índices del pasado que alcanzaban las cifras de 250, 500 y 1.000 en los casos de delitos sexuales y contra la propiedad han sido hoy día sobrepasados (4). Tras no poco comparar y cavilar llegué a la conclusión de que si se tomaba como índice de cifra oscura general el de diez para los 97 millones antecitados, la conclusión sería que en 1980 la cifra oscura global a nivel mundial no sería inferior a 970 millones que agregados a los 97 citados conocidos por la policía hacen un total de 1.067 millones como dimensión numérica de la criminalidad enumerada.

La cifra es impresionante, pero no exagerada; en realidad conforme a lo expuesto representa un mínimo acentuado que, sin duda, será obje-

(4) Respecto a España v. *Evolución Social, Criminalidad y Cambio Político en España*, 1984, por A. SERRANO GOMEZ y mi *Compendio* citado.

tado, pero la objeción debe basarse en datos adecuados y no meramente en rechazo verbalista. He de repetir que probablemente, a nivel mundial, con mas o menos fluctuaciones, el 60% de la criminalidad indicada está constituida por delitos contra la propiedad que, por otra parte, no pueden descartarse dada su variada gravedad y consecuencias económicas en personas de modesta o pobre condición y aun en la economía general en ciertos casos.

Sin entrar en detalles, por carencia de espacio, diré que las dimensiones de la victimización correspondiente son al menos el doble lo que no significa que cada victimización implica una persona distinta ya que esta puede ser victimizada mas de una vez y ello ocurre cada vez mas frecuentemente en las grandes áreas urbanas. Para detalles, el lector es remitido a mi *Guide y Compendio* mencionados. Aquí añadiré que a menudo los victimizados criminalmente ignoran su condición de tales, la aceptan o se resignan sin aceptarla ante ella.

Respecto al delincuente, su número a nivel mundial no es fácil de establecer, pero ciertamente no es menor que la cifra antecitada incluso si un mismo delincuente comete repetidamente delitos. Otro aspecto importante, pero no siempre tenido en cuenta, particularmente respecto a determinadas modalidades de criminalidad oficial, semi-oficial, ideológica, económica y aun religiosa — no olvidemos el fundamentalismo religioso imperante en algunos países — es que los delincuentes se dan hoy mas frecuentemente que antes en las altas esferas política, ideológica, económica, industrial, laboral y demás. Ciertamente, algunos jefes de Estado raramente cometen delitos por si mismo pero los hacen cometer. Esta y otras cuestiones plantean la validez de la rehabilitación o reinserción del criminal como finalidad de la justicia penal, una y otra bastante desacreditadas. Mas y mas se afirma que la finalidad de aquella es una justicia social de la que me he ocupado repetidamente. También que la criminalidad organizada, término éste que admite una serie de variaciones, es cada vez mas manifiesta en la sociedad postindustrial y mas tecnológicamente preparada que antes cual corresponde a la índole de dicha sociedad.

Por último, citaré el problema enormemente complejo del costo de la criminalidad de nuestro tiempo que no cabe ya confinar a las partidas del presupuesto asignadas a los diversos ministerios que se ocupan de la criminalidad. El costo abarca además los de asistencia, compensación, salarios o sueldos perdidos difícilmente recuperables en no pocos casos, pérdidas económicas diversas y como afecta la criminalidad ciertas áreas del desarrollo del país. Tras una poca indagación llegué a la conclusión de que, como promedio modesto, el costo de cada delito de los aquí considerados no es inferior a US\$ 1.000. La cifra difícilmente puede estimarse como excesiva dado lo que ha de entenderse por costo cuando el término se refiere al fenómeno sociopolítico criminalidad. Sin duda,

un cierto número de hurtos, fraudes y aun robos no alcanzan intrínsecamente dicho monto, pero conforme a lo dicho el mismo no es el único a estimar en un análisis de costo.

En suma, las cifras aquí sometidas pueden ser rechazadas, pero han de producirse otras debidamente fundadas para que sean retiradas. Insistiré que las cifras se refieren sólo a una parte limitada de las dimensiones de la criminalidad. Habría que agregar los delitos cada vez mas numerosos derivados de las múltiples modalidades del abuso criminal de poder, típicas de la sociedad postindustrial de nuestro tiempo en la que la concentración económica es manifiesta en el poder creciente de algunas multinacionales. También los delitos contra la seguridad del Estado, en algunos supuestos de la región, provincia o departamento, el orden público, los de índole fiscal, contra la administración general y la justicia penal en particular, falsificaciones, contaminación, destrucción del mundo circundante o ambiental y otros muchos delitos definidos por códigos y leyes penales diversas. Al presente, la extensión y costo del terrorismo de arriba y abajo es enorme, pero poco se ha hecho para determinarla siquiera tentativamente.

El Informe *Ejecuciones sumarias y arbitrarias* (E/CN. 4/16, 1983) sometido a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas muestra cumplidamente que el número de personas "desaparecidas" en los últimos quince años en treinta y ocho países no fue inferior a dos millones. Si se tiene en cuenta que, conforme a la práctica documental de las Naciones Unidas, dicha cifra ha de estimarse prudencialmente aducida es obvio que dicha criminalidad es mucho mas extensa que la cifra indicada. El examen de otros documentos e informes llevado a cabo por quien escribe en los dos últimos años muestra que a los treinta y ocho países habría que añadir veintidos mas haciendo un total de sesenta en los cuales las ejecuciones arbitrarias, no pocas dando lugar a una "desaparición", siguen practicándose. Es difícil establecer siquiera tentativamente el número de víctimas, pero ciertamente en los últimos quince años sobrepasa en mucho la cifra antecitada. Dicha criminalidad fue deplorada y condenada por el Sexto Congreso de las Naciones Unidas, Caracas 1980 — v. su resolución nº 5 en la que se hace específica referencia al papel que juegan en dicha criminalidad las fuerzas armadas, los encargados de aplicar la ley y organizaciones paramilitares o políticamente organizadas.

Habría también que agregar los delitos que se mueven mayormente a un nivel internacional como son los de guerra, agresión, contra la paz y humanidad, abuso de privilegios diplomáticos, espionaje y otros. Papel cada vez mas significado lo juega la criminalidad organizada, particularmente respecto a una variedad de tráficos ilícitos cuya extensión es facilitada por la corrupción criminal en altos y medianos sectores dirigentes.

En suma, la extensión de la criminalidad en todas sus modalidades aumenta por doquier en parte consecuencia de un creciente desorden internacional-nacional del que me he ocupado en el pasado. Incluso si las dimensiones aquí avanzadas son reducidas, el problema de la criminalidad es lo suficientemente extenso y grave para merecer una atención que hasta ahora se ha referido casi exclusivamente al aspecto cualitativo de dichas dimensiones que aunque importante ha de examinarse en conjunción con la apreciación numérica de las mismas.

Terminaré diciendo que, según mis cálculos, detalles sobre las cuales pueden hallarse en mis obras antecitadas, la dimensión de la criminalidad común en España en 1982 habría sido, en cifra redonda, de cinco millones. Incluso si un gran porcentaje son delitos contra la propiedad, la importancia de las posibles dimensiones totales de la criminalidad, que abarcarían otros delitos que los aquí considerados, es manifiesta. En tanto sé no se ha intentado aun una investigación oficial sobre dichas dimensiones que es necesaria si se quiere llevar a cabo una adecuada política criminal que no consiste ciertamente en promulgar mas y mas leyes orgánicas sin la debida coordinación y planificación.

III. Conclusiones

Lo expuesto lo ha sido en forma sumaria cual corresponde a un trabajo con propósito indicativo. Su concisión facilita la crítica que es bienvenida si basada en hechos refutadores y no en consideraciones teóricas. Como he indicado, las cifras son el resultado de una investigación en la que sigo trabajando.

Sumariamente expuestas las conclusiones son las siguientes:

1. En tanto cada país no tenga una idea razonablemente aproximada de la extensión de su criminalidad, la política criminal que se haga no dará el resultado esperado, será innecesariamente costosa y facilitará el incremento de determinadas modalidades de la criminalidad. A nivel internacional, los esfuerzos, meritorios en muchos casos, de las Naciones Unidas han de completarse con una investigación adecuada de las dimensiones numéricas de la criminalidad a nivel mundial. Ciertamente, los documentos preparados y sometidos al VII Congreso, Milan 1985, sobre las dimensiones de la criminalidad son interesantes, pero no permiten una apreciación práctica a efectos de política criminal de como debe llevarse a cabo la prevención del crimen y instaurar el Nuevo Orden Internacional-Nacional de Justicia penal que se precisa. La adopción por el Congreso citado de los Principios Rectores de Prevención y Justicia penal es un paso hacia dicho orden.

2. Dado que la criminalidad es inherente a todo país, aunque se niegue por los que afirman que el crimen desaparecerá bajo ciertos regímenes, lo deseable es que se determine dentro de límites debidamente fundados cual es el monto de criminalidad que un país puede soportar sin ser seriamente perturbado en su desarrollo, término éste que no ha de entenderse solo económicamente. Aquí también sería deseable que las Naciones Unidas se ocupen de ésta cuestión en vez de seguir repitiendo las referencias al contexto del desarrollo y de un Nuevo Orden Económico Internacional que se proclama desde hace años, pero que no ha sido aun formulado en forma adecuada.

3. A la hora actual las administraciones de justicia penal existentes son cada vez menos capaces de enfrentarse con el fenómeno criminalidad lo que no es de extrañar en cuanto se hallan enraizadas en conceptos y enfoques del siglo XIX y comienzos del XX. Se precisa ir a una estructuración *sistémica* de dicha justicia do que ciertamente ha sido subrayado por las Naciones Unidas en los Principios Rectores arriba mencionados. Dicha renovación, que en ciertos aspectos deberá ser extensa y profunda, requiere planificación previa y que en esta no intervengan solo los profesionales del Derecho, lo que ya fue recomendado por el Segundo Congreso, Londres 1960.

4. Como instrumento importante dentro de la sociedad postindustrial cada vez mas tecnológicamente concebida, no siempre en forma adecuada, el control electrónico del delincuente, dentro de un cuadro adecuado de garantías de los derechos humanos individuales y colectivos, ha de introducirse si se quiere hacer efectiva una justicia social penal y reducir considerablemente los gastos y reducir el lamentable espectáculo de que en un número creciente de países la población penal en espera de ser juzgada supera la condenada. La extensión de ésta podría notablemente reducirse con el uso del control electrónico que, a fin de evitar suspicacias prematuras, no exige inserción alguna en el cuerpo humano. En éste respecto mis recientes discusiones con un grupo de expertos del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, me afirma en tal posibilidad, y

5. Operacionalmente, los Institutos Regionales de las Naciones Unidas deberían emprender la investigación de las dimensiones de la criminalidad en sus respectivas regiones. En éste respecto señalaré que ILANUD, Costa Rica, ha tenido iniciativas como la relativa a la población penal en espera de ser juzgada, que merecen aplauso. Esperemos que éste se repita al iniciarse la investigación aquí sugerida.

O pessoal das prisões e os presos

ARMIDA BERGAMINI MIOTTO

Coordenadora do Curso de Especialização
em Direito Penitenciário da Faculdade
de Direito da Universidade Federal
de Goiás

SUMÁRIO

- 1 — O panorama de campos opostos, inimigos, entre guardas de vigilância e presos; o medo dominante.
- 2 — A substituição da denominação “guarda de vigilância” ou “de segurança”, pela de “agente prisional” (ou “penitenciário”); a preocupação com os direitos humanos dos presos.

Alocução proferida em 8-10-1985, no Centro de Instrução de Pessoal, órgão da Direção-Geral dos Serviços Prisionais — Ministério da Justiça, situado na Vila de Paredes, Distrito de Lisboa, Portugal.

- 3 — Nova mentalidade: espírito de serviço social (Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos — ONU) — “ajudar o preso a ajudar-se”; vigilância discretamente exercida.
 - 3.1 — Formação integral — moral, intelectual e física — de todo o pessoal das prisões: autoconfiança, que se reflete nos presos; possível organização de uma *sui generis* comunidade prisional (ou penitenciária).
- 4 — A colaboração da comunidade urbana com a Administração e todo o pessoal das prisões.
- 5 — O “saber fazer” e o exemplo de boa conduta do pessoal bem formado, indispensáveis para que o condenado aceite a pena como justo sofrimento e como ocasião para se emendar, dispor-se a não tornar a delinquir.
- 6 — O relevante papel dos cursos, escolas e centros de formação, e a parte que cabe aos próprios alunos.

Dantes, até há alguns decênios, o pessoal das prisões mais em contato com os presos tinha a incumbência, somente, de vigilância e segurança. Eram realmente duas faces da mesma incumbência: exercer vigilância sobre os presos, o que viria em benefício da segurança do estabelecimento; defender a segurança do estabelecimento, o que incluía vigilância sobre os presos. Logo se vê que tudo se traduzia em vigilância contra os presos...

Eram todos guardas de vigilância ou guardas de segurança. Andavam armados, e estavam sempre prontos para reagir, fosse a fim de reprimir ou de defender-se. Assim predispostos, não era de estranhar que pudesse acontecer que aquilo que a eles mesmos parecia uma justa repressão, ou uma necessária autodefesa, fosse em realidade uma agressão deles contra os presos.

Os presos, por sua vez, sentiam-se oprimidos; eram desconfiados, estavam amedrontados e se faziam dissimulados.

Nesse panorama, os guardas e os presos eram inimigos. Era como se estivessem em dois campos opostos; os de um lado espreitavam os do outro lado, igualmente prontos a defender-se dos ataques, das agressões reais ou imaginárias, “do outro lado”.

Em cada um desses campos inimigos havia sentimentos que se salientavam.

No campo dos guardas, sobressaíam a prepotência, o rancor, o desprezo para com os presos, porém medo deles, que eram considerados (sempre) perigosos.

No campo dos presos, ódio dos guardas, porém medo deles, que eram vistos como personificação da força, da repressão injusta.

Havia, pois, medo de parte a parte; embora sem disso tomar consciência, um sentia medo do outro.

De parte dos guardas, o medo fazia ver aumentadas as faltas de disciplina, os perigos e as agressões reais que viessem de parte dos presos; fazia ver indisciplina, perigos, agressões, onde não existiam. As reações dos guardas eram, num caso, maiores do que o necessário; no outro caso, eram inteiramente descabidas. Ora, a força maior do que a necessária para conter uma indisciplina, enfrentar um perigo ou dominar uma agressão, é violência; usar de força para conter uma indisciplina que não existe, dominar um perigo ou defender-se de uma agressão tampouco existentes, é agredir. Os guardas, cheios de medo, estavam armados. Ter uma arma consigo — seja um simples cassetete, seja uma arma branca, seja uma arma de fogo — é um incentivo para facilmente usá-la. Quem anda armado, ao sentir medo “cria coragem” agarrando-se na sua arma, fazendo uso dela. Uso justificado ou não. Quantas e quantas vezes injustificado! É assim com o pessoal das prisões; é assim com quaisquer pessoas fora das prisões.

Pode-se supor que os guardas, donos da vigilância e da segurança, fossem sempre os vencedores. Nem sempre o eram, pois o medo que os presos sentiam os incitava a criarem seus próprios meios de defesa, contra os ataques e as agressões que o seu mesmo medo magnificava, quando não imaginava simplesmente que existissem. “Fabricavam” suas armas, usando lascas de madeira, cabos de talheres, ossos (tirados da carne de vaca ou de outro animal, usado na alimentação), latas de conserva, pedras e qualquer outra coisa que pudesse ser ajeitada para produzir ferimentos. Descobriam e arquitetavam esconderijos; armavam ardis, fugas, evasões, motins.

Era uma confusa interação entre os dois campos inimigos, que dificultava perceber de quem realmente havia partido a provocação, a agressão, e quem realmente havia agido em defesa...

Desse modo, não é de admirar que dificilmente se verificasse emenda dos presos e que, pois, a taxa de reincidências fosse elevada, senão elevadíssima.

Em certos países, havia funcionários científicos, incumbidos de curar os criminosos da sua "criminosidade". Sem falar que, nesse sentido, não se obtinha qualquer cura, com ela se confundindo os embotamentos e os condicionamentos da personalidade, e o inerente comprometimento da consciência e da vontade, às vezes alcançados por meio do "tratamento" substitutivo da pena — nesses países, como nos outros, que não tinham esses artificios, havia guardas de vigilância ou de segurança junto aos presos.

Usados os verbos no passado, para facilidade de exposição, não quer dizer que tais quadros prisionais tenham deixado de existir. Ainda existem, inclusive em países desenvolvidos que, confundindo desenvolvimento técnico e econômico com progresso, talvez queiram nos dar lições de civilização e de respeito aos direitos humanos.

Embora ainda se encontrem, cá e lá, prisões onde, com ou sem a decantada "ideologia do tratamento", o pessoal que tem mais direto contato com os presos é constituído de guardas de vigilância ou guardas de segurança, já faz algum tempo que começou a se operar certa modificação. A adoção de nova denominação para designar esses funcionários, isto é, a de "agentes prisionais", genericamente, ou "agentes penitenciários", especificamente, a par da preocupação com os direitos humanos dos presos, tem propiciado nova mentalidade.

Sem dispensar a guarda externa, armada, nas prisões de segurança máxima, bem como, menos aparatosa, nas prisões de segurança média, dentro delas não há de haver guardas, mas agentes prisionais.

Os componentes da guarda externa, como a própria denominação diz, só haverão de exercer suas funções dos portões para fora, postados nas guaritas, andando nas passarelas, sobre a muralha circundante ou em outros locais apropriados. Não devem ter contato com os presos. Só poderão entrar no recinto da prisão se a Direção, considerando imprescindível a sua presença, em casos específicos, os chamar. A sua formação deve capacitá-los a garantir a segurança do estabelecimento e a dos presos e de todos aqueles que ali trabalham ou ali estão em visita ou por outro motivo. Devem saber garanti-la inclusive contra possíveis agressões e ataques vindos de fora. Devem, ainda, estar imbuidos da idéia de que a vigilância que lhes cumpre exercer não há de se configurar contra os presos, mas em favor do estabelecimento e de todos que nele se encontram, ainda que, em certas circunstâncias, ela deva ser eficaz contra certos atos e fatos de conduta dos mesmos presos.

O agente prisional, por sua vez e como todos os demais componentes do pessoal das prisões, deve ter tal formação moral e intelectual,

tal preparo físico, que o habilitem a enfrentar dificuldades, problemas e perigos, bem como indisciplinas e agressões, serenamente, sem uso de armas.

Assim preparado, terá confiança em si mesmo, e não sentirá necessidade da arma; aliás, não a tendo, procurará manter a ordem, solucionar senão obviar os problemas, vencer as dificuldades e os perigos, enfrentar senão evitar agressões, com os seus recursos pessoais — desde os genéricos ou difusos, até os específicos e com endereço certo; desde os maneirosos e amáveis, até os enérgicos e severos; desde os verbais e suasórios, até o emprego bem dosado da sua força física e da sua destreza — sempre de acordo com a real necessidade de cada caso concreto. O seu modo de agir há de ser sempre a resposta correta, adequada, proporcional ao estímulo dado.

Assim como os sentimentos negativos do guarda de vigilância armado, valentão cheio de medo, se refletiam no preso, por sua vez dominado de sentimentos negativos, estabelecendo-se uma confusa interação indesejável, assim, por outro lado, a autoconfiança do agente prisional bem formado, e os bons sentimentos que o acompanham se refletem no preso, tendendo a neutralizar os sentimentos negativos que ele tenha e a suscitar nele bons sentimentos e boas disposições. O preso “sente” que o agente tem autoconfiança, e que não é um inimigo contra quem precaver-se, mas alguém com quem pode contar. O agente, procedendo com lealdade, conquistará a confiança do preso que, sem se aperceber, deixará de ter medo. De tudo resultará uma favorável modificação na atmosfera prisional, sem esvaziar a pena do seu conteúdo ético-jurídico punitivo, e sem que o condenado deixe de aceitá-la e cumpri-la como um justo sofrimento.

Nessa nova atmosfera, o agente saberá e poderá “ajudar o preso a ajudar-se” para que ele venha a reconhecer a sua culpabilidade em relação ao crime cometido; isto é, para que ele venha a reconhecer e admitir que “fez o que não devia ter feito, sabendo que não devia fazer, e podendo não ter feito” — como diria em palavras tão simples e tão claras, o grande penalista italiano FILIPPO GRISPIGNI. Quando o condenado assim tenha reconhecido e admitido, não lhe será difícil assumir a responsabilidade pelo seu crime e, possivelmente, para com a sua vítima. Concomitantemente, deixará de se sentir ele mesmo vítima da própria família que não teria sabido criá-lo nem educá-lo... vítima da sociedade, com as suas estruturas, que teria condicionado as circunstâncias, para que ele “caísse” no crime... vítima, inclusive, da própria vítima do seu crime, que se interpos no seu caminho... Deixará de responsabilizar outros pelo crime que ele cometeu, e admitirá que ele mesmo é responsável pelo seu crime, tanto quanto, fazendo o que não devia ter feito, sabia que não devia fazer e podia não ter feito. Ainda que outrem tenha participado, direta ou indiretamente.

inadvertida ou deliberadamente, dessa responsabilidade, é fundamental que ele admita e aceite a sua própria parte, admita e aceite esse "tanto quanto". Só assim ele poderá aceitar a pena como justa punição, como sofrimento merecido. Toda essa elaboração psicológica, composta de sentimentos e pensamentos, e impregnada dos resíduos morais (que o condenado, o criminoso, não deixa de possuir, embora tenham estado adormecidos), é não só relevante mas imprescindível para que ele possa dispor-se a se emendar. Isto é, para que ele possa, consciente e voluntariamente, deliberadamente, fazer o seu melhor esforço para não tornar a delinquir, para viver honestamente, em boa harmonia com os outros e vir a se reintegrar no convívio social. Em outras palavras: para que ele, reconhecendo que, sejam quais forem as condições e as circunstâncias familiares, sociais e econômicas ou políticas, existe um grande número de pessoas que não cometem crime, se disponha e se resolva a fazer o que dele mesmo depende, a fim de se incluir nesse grande número.

O agente prisional apto, bem formado, há de, para isso, "ajudar o preso a ajudar-se", com a prudente palavra de aplauso, de conselho, de compreensão, de advertência, de reprimenda. . . — palavra amável ou severa, enérgica, sem qualquer complacência, conforme seja adequado em cada momento. Mas o agente prisional há de ter sempre presente que, para a sua palavra, seja qual for o seu tom, ter eficácia, é indispensável o exemplo da sua boa conduta, da sua vida honesta. O seu "saber-fazer" inclui o bom exemplo.

As Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos, da ONU, depois de (no item 47) se referirem ao nível de inteligência e aos cursos de formação geral e especial que o candidato (a qualquer das funções do serviço penitenciário) deve fazer, e ao melhoramento dos seus conhecimentos e da sua capacitação profissional, mediante cursos de aperfeiçoamento, periodicamente realizados, falam da conduta do pessoal penitenciário. Dizem, textualmente (no item 48): "Todos os membros do pessoal devem, em quaisquer circunstâncias (*), conduzir-se e exercer suas funções de tal modo que seu exemplo tenha boa influência sobre os presos e suscite o seu respeito".

O exemplo é tão ou mais importante do que a palavra. Como poderia um funcionário de prisão, de qualquer categoria, desde o agente até o Diretor, "ajudar o preso a ajudar-se", quanto a assumir a responsabilidade do próprio delito e a decidir-se a não tornar a delinquir, se ele mesmo, funcionário, praticasse fatos que são faltas de disciplina e que, às vezes, chegam a ser delitos? Como poderiam ser eficazes as palavras de tal funcionário?

(*) Texto francês (inclusive na redação adotada pelo Conselho da Europa): "en toute circonstance"; texto espanhol: "en toda circunstancia"; texto inglês: "at all times".

Todas as faltas, não só as graves, que, em certos casos, chegam a configurar crime, como também as leves, que não passam de infrações disciplinares senão mesmo de mera incivildade, influem negativamente sobre o ânimo dos presos e interferem no necessário bom relacionamento deles com os funcionários. Por mais que sejam bonitas as palavras que os presos ouvem, de uns e de outros, de todos os funcionários, o mau exemplo de um só funcionário pode pôr a perder todo o esforço que todos os demais fazem, agindo com retidão. Bem se sabe e se está constantemente vendo em qualquer parte: um mau exemplo exerce tal influência, que parece ter mais força do que noventa e nove bons exemplos.

Os presos comparam, deliberadamente ou não, a sua condição de condenados, com a dos funcionários encarregados de executar a pena aplicada a eles, condenados...

Admitida, indiscutivelmente, a desastrosa influência de um fato grave, principalmente se configurando crime, praticado por algum funcionário, as meras faltas de disciplina e de civilidade não podem ser desprezadas. Cada uma delas, isoladamente, talvez seja insignificante; constituem, porém, no seu conjunto, um fator que propicia um estado de espírito de pouco caso, de negligência, de relaxamento, que induz ao descumprimento dos deveres, pequenos e grandes, acabando por influir para uma atmosfera geral de desordem, indisciplina, desrespeito, comprometedora da leal e harmoniosa convivência que deve existir entre aqueles que trabalham nas prisões e aqueles que ali cumprem pena.

De nada adiantariam as mais belas, inteligentes e sábias palavras, nem qualquer reputada metodologia nem técnicas aconselhadas pelos mais conceituados especialistas, sem o bom exemplo da retidão de caráter e de conduta, da honestidade, da respeitabilidade e outras igualmente elevadas qualidades morais. Permaneceriam os campos opostos, inimigos... permaneceriam, com as suas concomitâncias e consequências...

Mais do que outras profissões ou funções, esta do pessoal das prisões exige acurada formação moral, como prescrevem as Regras Mínimas, e do que os cursos, escolas e centros de preparação ou de instrução procuram não se descuidar.

A preocupação que a Administração deste Centro de Instrução de Pessoal e o seu corpo docente têm, no que se refere à vivência dos valores morais — individuais e sociais — como esteio da preparação intelectual e física dos seus alunos, transparece nuns e noutros e em todo o ambiente.

Os alunos dos cursos, escolas ou centros de preparação ou de instrução, tendo correspondido a semelhante preocupação, hão de poder, realmente, quando vierem a estar no exercício das funções, “ajudar o preso a ajudar-se”, orientados pelo seu “saber-fazer”.

Tão bem formado, o agente saberá, com a sua palavra prudente e oportuna, apoiada no bom exemplo da sua conduta e da sua vida, “ajudar o preso a ajudar-se”, sem, por um lado, fazer injustos acréscimos ao sofrimento próprio da pena, e, por outro lado, sem pretender eliminar da pena o sofrimento que lhe é próprio e em que ela consiste, nos termos da sentença; sem, em qualquer dos casos, deixar de estar vigilante.

A vigilância, porém, discreta e velada mas efetiva, não será contra os presos; será em benefício da ordem interna e da disciplina do estabelecimento, e da segurança de todos que se encontram no estabelecimento, ainda que, para isso, às vezes tenha de tomar providências de contenção e de repressão, medidas de força e destreza, na exata proporção da necessidade do momento.

O que se diz dos agentes prisionais vale, com as devidas variações circunstanciais, para todo o pessoal prisional.

Na dinâmica resultante da boa formação moral, intelectual e física do pessoal, o mesmo pessoal e os presos deixarão de ter medo uns dos outros, deixarão de ser dois campos opostos, inimigos, para, em clima de confiança, haver um salutar entrosamento entre eles.

Esse salutar resultante entrosamento há de favorecer, nos funcionários, o entendimento de que a sua função não é somente um ganha-pão, dada a importância social, humana, do seu bom exercício.

Aliás, as Regras Mínimas, aludindo (item 46.1) à boa escolha que deve haver do pessoal das prisões, íntegro, humano, apto, acrescentam, textualmente (item 46.2): “A administração penitenciária deve esforçar-se constantemente por despertar e manter no espírito do pessoal, bem como na opinião pública, a convicção de que esse trabalho (*) é um serviço social de grande importância (...)”. Isto é, não só deve haver assistentes (ou trabalhadores) sociais propriamente ditos, como as mesmas Regras Mínimas prescrevem (nos itens 49.1 e 49.2), mas o trabalho de todo o pessoal deve ter características de serviço social.

(*) No texto inglês: “this work”; no texto francês: “cette mission”; no texto espanhol: “la función penitenciária”.

Aqui, porém, se apresenta uma questão de hermenêutica, que se resolve com interpretação evolutiva, do texto das Regras Mínimas.

Quando as Regras Mínimas foram adotadas pela ONU, em 1955, entendia-se que as atividades do assistente social — do serviço social — nas prisões, haviam de ser as de caso individual, cuidando dos problemas e dificuldades pessoais dos presos, dentro do mesmo estabelecimento, ou da prisão para fora, quer no relacionamento deles com as respectivas famílias, enquanto presos, quer na preparação deles e delas, bem como do ambiente social, para recebê-los quando recuperassem a liberdade, acolhê-los e dar-lhes possibilidade de trabalho. Depois de recuperada a liberdade, o serviço social havia de, ainda, estar atento e dar-lhes assistência durante um tempo razoável, para que eles pudessem reambientar-se, reajustar-se consigo mesmos, com a família e com a sociedade, e viver honestamente. Naquele tempo ainda não estava em uso a expressão “reintegração no convívio social” (ou outras equivalentes), mas a idéia corporificada por essa expressão já estava se formando. Com essa atenção e essa assistência do serviço social, os egressos podiam ter condições de consolidar os seus esforços de emenda, iniciados enquanto estavam presos, e, como versão prática dos recém-mencionados resultados humanos (pessoais e sociais), haver-se-ia de verificar a não-reincidência.

Como se pode retrospectivamente verificar, o serviço social, para alcançar esses resultados, lançava mão, em certos casos, das suas outras técnicas: a de grupo e a de comunidade.

A técnica de grupo, usada com presos que estivessem em situação semelhante, às vezes incluía pessoas das suas famílias, principalmente quando um dos pontos de semelhança da situação consistia na proximidade de recuperação da liberdade.

Nos casos em que o serviço social entendia que, para alcançar os mencionados resultados, humanos e práticos, se fazia mister utilizar atividades próprias da técnica de organização de comunidade, supunha-se que essa comunidade era a do ambiente, fora de prisão, para o qual o preso haveria de ir e no qual haveria de morar, quando recuperasse a liberdade.

Se, por um lado, a técnica do caso individual não inclui as de grupo e de organização de comunidade, por outro lado, a de grupo contém a de caso individual, e a de organização de comunidade abrange a de grupo e a de caso individual, com maior ou menor extensão, conforme as componentes de cada quadro em concreto. Pode-se inferir, sem dificuldade, que, quando o serviço social entendia que assim devia ser feito, era porque, no ambiente para o qual o condenado havia de ir quando obtivesse livramento condicional ou terminasse de

cumprir a pena, existiam fatores negativos, quiçá criminógenos, sem cuja eliminação ou, pelo menos, redução, o liberado ou egresso dificilmente poderia consolidar a sua emenda e deixar de delinquir. Logo se vê que, com semelhantes atividades, o serviço social, visando, diretamente, preservar o liberado ou egresso, indiretamente beneficiava toda a comunidade daquele ambiente.

Contudo, já faz vários anos que começou a ser elaborada a idéia de comunidade penitenciária (ou, mais amplamente, comunidade prisional), constituída pelos presos e os funcionários. Comunidade **sui generis**, já que em alguns dos seus pontos se afasta do conceito de comunidade. Um dos pontos de divergência consiste em que uma parte das pessoas, isto é, os presos, não estão ali espontaneamente, mas compulsoriamente; não ingressaram por sua iniciativa, mas ali foram recolhidos em razão de uma sentença judicial; não poderão dali sair (legitimamente) quando quiserem, mas quando a lei permitir, mediante um ato administrativo ou judicial. Outro ponto crítico é o do bem comum, como objetivo da comunidade, já que a pena é, deve ser e só pode ser, um sofrimento para o condenado; a pena não é um prêmio, não é ocasião de regozijo, mas é punição, incluindo, no seu sentido, sofrimento, dor, aflição, fadiga — tudo o que é necessário e é justo, nos limites traçados pelos termos da sentença condenatória. Os assistentes sociais não de sair da dificuldade, principalmente se aceitarem a colaboração de sociólogos e outros cientistas sociais.

Com essa nova visão — isto é, mais do que simples bom entrosamento, comunidade prisional, comunidade de presos e pessoal das prisões — cresce a importância do serviço social nas mesmas prisões, e o espírito do serviço social mais deve impregnar todo o pessoal, desde o Diretor e todos os funcionários administrativos e técnicos, de todas as categorias, até os agentes; deve impregnar toda a atividade de cada um deles.

Mesmo que, porém, por uns e outros motivos, não seja formalmente organizada a comunidade do estabelecimento prisional, não se pode perder de vista que o relacionamento do pessoal das prisões com os presos é um dos aspectos do tratamento penitenciário, aspecto relevante para que o condenado venha a se emendar e, com vida honesta, se reintegrar no convívio social.

Os demais aspectos — tais como instrução, trabalho (dentro da prisão ou fora dela, na comunidade urbana), treinamento profissional, atendimento médico e odontológico, assistência religiosa, participação da comunidade urbana (cooperando com a Administração e com os órgãos judiciários, dentro e fora das prisões) — são intimamente relacionados com o pessoal e o seu relacionamento com os presos. Nenhum deles pode ser descuidado, tendo cada um o seu papel.

Quem dá o tom, porém, é o pessoal das prisões. Conforme for o seu preparo, a sua formação, a sua linha de conduta, haverá maior ou menor êxito, ou nenhum êxito, mas, ao contrário, malgrado dos outros aspectos.

Não é sem razão pois, que as Regras Mínimas se ocupam do pessoal penitenciário em nove longos dispositivos, começando (no item 46.1) por prescrever cuidadosa escolha, com alusão a integridade, humanidade, aptidão pessoal e capacitação profissional, continuando a cuidar da matéria em vinte e quatro igualmente longas recomendações anexas.

Que dizer da colaboração urbana com o pessoal das prisões?

As Regras Mínimas se ocupam (itens 37 a 39) dos contatos dos presos (em geral, condenados ou não) com o mundo exterior à prisão, por meio de correspondência trocada com parentes e amigos e, quando estrangeiros, com os representantes diplomáticos e consulares do seu país, bem como de visitas que aqueles recebam das mesmas pessoas, e esses, das mesmas autoridades. Entretanto, adiante, no anexo dedicado aos estabelecimentos abertos (recomendação VI, e) lê-se: “É necessário obter uma eficaz colaboração do público, especialmente da comunidade circundante (...)”. Essa recomendada colaboração da comunidade, quando se tratasse de estabelecimento de regime aberto, foi o início. Os bons resultados que iam sendo verificados, foram levando a ampliar a área de colaboração da comunidade urbana. Há quase duas décadas que, em documentos diversos, inclusive preparatórios, uns, e decorrentes, outros, de congressos da ONU, mais ampla colaboração da comunidade, em todos os estabelecimentos prisionais, em todos os regimes de execução da pena, é, não só admitida, mas insistentemente recomendada.

Onde essa recomendação tem sido atendida, exercendo-se a colaboração por meio de representantes da comunidade suficientemente preparados, o entendimento e a cooperação deles com a Administração e com todo o pessoal das prisões têm sido bons. Assim acontecendo, a colaboração da comunidade é capaz de contribuir para facilitar a tarefa tão árdua da Administração e do pessoal das prisões. O pessoal, bem preparado, bem formado, moral, intelectual e fisicamente, não recebe a presença de representantes da comunidade; ao contrário, como se tem podido notar, faz gosto nela, e se sente estimulado a se apresentar e agir muito corretamente, e, se for o caso, melhorar o seu modo de ser e de fazer.

Aliás, em certos casos em que a preparação do pessoal deixava a desejar, pode-se notar que uns e outros dos seus componentes se

esforçavam por melhorar os seus conhecimentos e o seu procedimento desejando (consciente ou inconscientemente) fazer boa figura diante das pessoas "de fora", da cidade.

Também é verdade que, nos casos em que a comunidade teve dificuldades para se fazer aceitar, chegando a ser repelida, patenteou-se que o pessoal, precipuamente os integrantes da Administração, eram despreparados. No seu despreparo, tinham medo dos presos, e tinham medo da comunidade (urbana), dos seus representantes. . .

Quando todos os aspectos a serem considerados em relação ao tratamento penitenciário — pessoal devidamente preparado (com espírito de serviço social); agenda diária incluindo, organizadamente, trabalho, treinamento ou capacitação profissional, escola, lazeres; assistência religiosa, jurídica, médica e odontológica; serviço social; participação da comunidade urbana) — se conjugarem equilibradamente, e a prisão, de porte não mais que médio, não for superlotada, a expectativa de que muitos condenados se emendem e venham a viver honestamente reintegrados no convívio social é otimista; em outras palavras: a previsão é de poucas reincidências e igualmente poucas novas vítimas. A experiência tem confirmado que é assim.

Todavia, vale repetir: é o pessoal que dá o tom. Se o pessoal não for bem preparado, devidamente formado, será difícil e até impossível operar-se a equilibrada conjugação daqueles mencionados aspectos do tratamento penitenciário. De nada adiantarão belas edificações nem aperfeiçoadas instalações e aparelhagens. Os presos, os condenados, não serão vistos e tratados como pessoas, sujeitos de direitos, de deveres e de responsabilidade, que precisam de ser ajudados a se ajudarem a si mesmos a fim de se emendarem. . . Continuarão a ter, para o pessoal, a configuração que tinham no passado: indivíduos perigosos, senão forças brutas que metem medo. . . E as reincidências continuarão sendo numerosas. . . as vítimas, novas vítimas, igualmente numerosas. . .

Compreende-se como é importante que o pessoal das prisões tenha formação integral — moral, intelectual e física — ademais de adequada nova visão do condenado, nova visão essa, que é um dos princípios de uma bem orientada política penitenciária.

Este Centro de Instrução de Pessoal, como outros cursos e escolas a ele similares, vem fazendo a sua parte para que os seus alunos tenham o necessário bom preparo, a devida adequada formação. É indispensável, porém, que os alunos, desejando ser futuros membros do pessoal das prisões, façam compenetradamente a sua parte, como, tudo indica, os presentes estão fazendo.

Religión de jóvenes (y adultos) en la cárcel

ANTONIO BERISTAIN

Catedrático de Derecho Penal. Director
del "Instituto Vasco de Criminología"

SAN SEBASTIÁN

SUMARIO

- 1.º — El año de la juventud.
- 2.º — Contenido y método dual: jurídico-teológico.
- 3.º — Normativa supranacional.
- 4.º — Evolución histórica em España.
- 5.º — El Cuerpo de Capellanes Penitenciarios.
- 6.º — Antecedentes en Francia.
- 7.º — Mirando al futuro inmediato.

1º — El año de la juventud

¿Quién podría ignorar el influjo benéfico ejercido a lo largo de los siglos por el mensaje evangélico para promover mayor respeto a la dignidad humana del encarcelado, cuyos derechos a un trato humano y abierto a la posibilidad de reinserirse en la sociedad eran (y son) conculcados con frecuencia muy injustamente?

JUAN PABLO II

Estas páginas sirvieron de guión para la primera parte de la conferencia-colquio sobre "Misión de los cristianos en las Instituciones Penitenciarias" (el día 24 de enero de 1985), con los capellanes de Instituciones Penitenciarias reunidos en Madrid. A todos ellos deseo manifestar aquí públicamente mi agradecimiento por las atenciones que tuvieron conmigo, especialmente al Sr. Obispo, monseñor Ambrosio Echeberría y a D. Evaristo Izquierdo.

Para celebrar dignamente este año de la juventud debemos estudiar y modificar muchas instituciones jurídicas y penitenciarias. Algunos especialistas consideran, entre las más urgentes y las más básicas, la asistencia espiritual a los jóvenes privados de libertad en los establecimientos penitenciarios; y algo parecido afirman también respecto a la asistencia de los adultos presos.

Aquí deseamos hacernos eco de esta petición y nos proponemos reflexionar sobre el derecho a la libertad religiosa, el método peculiar para su estudio, su normativa supranacional, sus antecedentes en España y en Francia, la figura del Capellán penitenciario, y el futuro de esta dimensión espiritual.

En las cárceles españolas, actualmente, hay varios miles de jóvenes privados de libertad, como consta por las estadísticas oficiales. La edad de los autores de delitos apreciados y condenados en las Audiencias provinciales y Juzgados de Instrucción, desde 1969 a 1978, son los siguientes:

Año	1969	1970	1971	1972	1973	1974	1975	1976	1977	1978
De 16 y 17 años	2.625	2.867	2.508	2.608	3.823	3.332	3.176	1.985	2.582	3.797
De 18 a 20 años	5.532	5.554	5.075	5.345	6.583	6.703	6.467	3.624	4.883	7.108
De 21 a 25 años	6.721	7.229	6.534	6.739	7.876	8.404	7.671	4.068	5.124	7.395

La legislación española prohíbe que ingresen en prisión los menores de 16 años. Pero, de hecho, a veces, ingresan. Por ejemplo, el año 1974, por una decisión judicial fundada en las continuas fugas de los reformatorios en que habían sido internados, ingresaron en la cárcel Modelo de Barcelona dos niños: Juan Moreno Cuenca (alias *el Vaquilla*) que había nacido en Torre Baró, el 19 de julio de 1961, y Angel Fernández Franco (alias *el Torete*), que tenía entonces 15 años.

En el año de la juventud, debemos pensar en los jóvenes que están en la cárcel y, también, en los jóvenes que están fuera de la cárcel, pero, cuya vida tiene especial incidencia en los internos; principalmente hemos de pensar en los hijos de los que están privados de libertad. A este respecto, transcribo a continuación la poesía que Miguel Hernández, preso en Alicante, envió desde la cárcel a su mujer el 10 de febrero de 1941, en el cumpleaños de su hijo.

NIÑO

A Manolillo,
mi hijo,
en su Cumpleaños.

Rueda que irás muy lejos.
Ala que irás muy alto.
Torre del día eres,
del tiempo y el espacio.

Niño: ala, rueda, torre.
Pie. Pluma. Espuma. Rayo.
Ser como nunca ser.
Alborear del pájaro.

Eres mañana. Ven
con todo de la mano.
Eres mi ser que vuelve
hacia su ser más claro.
El universo eres
que gira esperanzado.

Pasión del movimiento:
la tierra es tu caballo.
Cabálgala. Domínala.
Y brotará en su casco
su piel de vida y muerte
de sombra y luz, piafando.

Asciende, rueda, vuela,
creador del alba y mayo.
Alumbra. Ven. Y colma
el fondo de mis brazos.

2º — Contenido y método dual: jurídico-teológico

En la actualidad, la asistencia religiosa en el mundo prisional no ocupa ese lugar preferente que históricamente hacía de ella el punto central de los sistemas penitenciarios. Hoy la asistencia religiosa se ha adaptado a las circunstancias de nuestro tiempo, sin que quepa desconocer la importancia de la religión como ingrediente en la educación integral de las personas que se encuentran internadas en un centro penitenciario.

Luis GARRIDO GUZMAN, *Manual de Ciência Penitenciária*, 1983.

El artículo 54 de la Ley Orgánica General Penitenciaria reconoce que toda persona privada de libertad tiene derecho a la asistencia religiosa, cuando dice: "La Administración garantizará la libertad religiosa de los internos y facilitará los medios para que dicha libertad pueda ejercitarse".

A tenor de su contenido, este artículo debe ser interpretado con metodología distinta que la mayoría de las leyes penales y penitenciarias, con metodología dual: jurídico-estatal por una parte, y jurídico-teológica por otra. Esta última — la teológica — brota de sus propias y peculiares fuentes históricas, jurídicas, literarias, 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). Esta colaboración puede aportar ayudas notables para lograr la repersonalización de los internos (1).

3º — Normativa supranacional

Si la sociedad ofrece a quienes lo necesiten formación profesional, psicoterapia, asistencia psiquiátrica o terapia social, no hay razón para negar al penado tales medios de desarrollo de la personalidad y superación de sus deficiencias, especialmente cuando sus necesidades sean superiores a las del promedio, y resultaría un sarcástico contrasentido rechazarlo en nombre precisamente de los derechos fundamentales de aquél.

Francisco BUENO ARUS, *Estudios penales y penitenciarios*, 1981.

Ya desde hace muchos años, los penitenciaristas teóricos y prácticos de todos los países de nuestra órbita cultural se han apoyado en el derecho fundamental de la persona a la libertad religiosa que las declaraciones y normas supranacionales reconocen

(1) Cfr. A. BERISTAIN, *Cuestiones Penales y Criminológicas*, Madrid, Reus, 1979, pp. 481 ss.

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.

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 Estado debe poner a disposición de los internos la asistencia espiritual o religiosa. Si no lo hiciera, 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.

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.

Todos los tratadistas, después de subrayar la importancia capital que ha tenido y tiene en las Instituciones penitenciarias la asistencia religiosa, reconocen 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.

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 consideración de la Iglesia *como sociedad perfecta*. Cuando hablamos, pues, de asistencia religiosa, actualmente, se entiende más como asistencia sociológico-espiritual que como eclesiástico-sociológica.

Por varios motivos, y principalmente por limitación de espacio, me refiero aquí 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.

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.

Las Naciones Unidas, el año 1955, especificaron estos derechos fundamentales en sus Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos. Concretamente en las Reglas 6, 41, 42, 59, 66.1.

— “6.1) Las reglas que siguen deben ser aplicadas imparcialmente. No se debe hacer diferencias de trato fundadas en perjuicios, 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. 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 legis-

laciones 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) se deberá recurrir, 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."

Esta 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 al 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 formulan, prácticamente, el mismo contenido en este campo que las de las Naciones Unidas; únicamente introducen algunas modificaciones formales que no afectan al contenido.

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 soviet cultural.

En el ámbito religioso internacional han de tomarse en consideración, al menos, dos documentos del Concilio Vaticano II y algunos cánones del nuevo 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. A partir de la *Gaudium et Spes* y de la Teología de la Liberación surgen nuevas reflexiones y nuevos horizontes morales sobre y desde los marginados (2).

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.

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

(2) La función repersonalizadora de las sanciones penales cobra cada día más importancia y nuevas dimensiones en la Criminología postmoderna. Cfr. A. BERISTAIN, *Ciencia Penal y Criminología*, Madrid, Tecnos, 1985, pp. 103 ss.

esos lugares, para absolver de censuras *latae sententiae* no reservadas ni declaradas, permaneciendo firme, sin embargo, lo prescrito en el cán. 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.

Canon 1.375: "Pueden ser castigados con una pena justa quienes impiden la libertad del ministerio"...

4º — Evolución histórica en España

Desde la época en que Cervantes hizo notar que la cárcel es "lugar donde toda incomodidad tiene su asiento", las cosas no han variado mucho.

Carlos GARCIA VALDÉS, *Teoría de la Pena*, 1985.

La evolución histórica de la asistencia espiritual en las cárceles merece estudiarse en el campo jurídico, en el mundo eclesiástico y fuera de ellos, para conocer mejor el significado de la normativa actual, 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, y para mejorar las leyes y las costumbres (civiles y religiosas).

A través de los siglos, como indican los historiadores, la prisión va surgiendo 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 de los obispos. Siempre en la Iglesia ha habido frecuentes obras, organizaciones, entidades y asociaciones, tal y 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 tiente 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 frenesi se curara". Ignacio de Loyola le respondió estas palabras: "Si se hubiese de tener, Pedro, solamente cuenta con Dios

nuestros 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.”

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 maestreescuela de la catedral de Toledo (nacido 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. 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 construida en Roma, el año 1735, por Clemente XII, etc. San Vicente de 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.

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 afectos positivos de la religión, como ya hemos tenido ocasión de ver, pero tam-

bién constata que, a veces, actua equivocadamente por varios motivos. Por exemplo, si los capellanes ejercen funciones judiciales, o si establecem un horario inhumano, etc. Acerca del horario interesa citar una página de su libro *El visitador*, cuando dice:

“Véase como se dispone el empleo del domingo en las prisiones de uno de los pueblos que marchan a la cabeza de la civilización:

- 6 h. ½ Levantarse.
- 7 h. . . . Bajar del dormitorio a la capilla.
- 7 h. ½ Misa mayor.
- 9 h. . . . Refectorio, desayuno.
- 9 h. ½ Aseo, paseo.
- 10 h. . . . Paso a la capilla.
- 10 h. ¼ 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”...

A pesar de las censuras que pueden y deben formularse contra algunos representantes de las Iglesias, sin embargo, en general han cumplido bien sus deberes que 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.

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 nosotros culturalmente. Algunas peculiaridades de su historia quedan constatadas en las obras de Galindez, Gorosábel, Manuel de Irujo, etc.

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) que 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.

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, Aquí, nos limitamos a ofrecer un breve resumen de los últimos tiempos.

5º — El Cuerpo de Capellanes Penitenciarios

No cabe duda de que lo que hierve en las prisiones no suele pasar por los gabinetes de los funcionarios políticos que desde detrás de los escritorios las dirigen. Los problemas, las realizaciones, los dolores, los goces, no llegan a ser percibidos o, más simplemente, no llegan a los ministerios y secretarías. Una suerte burocrática los acalla.

Elias NEUMAN, *Prisión Abierta*, 2ª ed. 1984.

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 (art. 98, 4ª; 165, 1ª y 5ª), las pláticas (art. 165, 2ª), las exhortaciones (artículo 165, 3.ª), las visitas a los enfermos (artículo 165, 4ª) y a los presidiarios jóvenes (artículo 165, 7ª).

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 y a 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.

Legalmente resurge el Cuerpo de Capellanes penitenciarios el año 1981. 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 de mayo de 1913, en cada prisión debe 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 suprime 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, 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. Actualmente, a mediados de enero de 1985, no funciona la Inspección de los servicios religiosos, y en el Cuerpo de Capellanes Penitenciarios, de los 79 de plantilla, hay 36 titulares, y 42 contratados. Otros sacerdotes y personas, más o menos jerárquicas, de diversas religiones asisten también a los internos en las instituciones penitenciarias.

Atinadamente escribe sobre las funciones del Capellán penitenciario Ciriaco Izquierdo Moreno, Capellán del Instituto Penitenciario para jóvenes, de Liria (Valencia). Entre sus consideraciones entresacamos las siguientes: "Aquí radica la noble misión del Capellán: llegar hasta el fondo de los problemas, es su campo específico, la interioridad del alma. Es significativo que en la entrevista con los familiares de un interno me preguntasen qué pensaba de su hijo, pues habían recibido buenas informaciones y le encontraban como distinto y un poco hundido. Efectivamente, su comportamiento era ejemplar, pero atravesaba una crisis profunda, se consideraba la "oveja negra de la familia". Se estaba operando un cambio, una profunda conversión, a la cual había llegado el Capellán por su misión. Hoy ese joven es un ciudadano ejemplar y el que más se preocupa de sus padres. Son campos distintos de actuación, pero todos necesarios y complementarios".

De hecho, suele haber algunas conversiones en las instituciones penitenciarias, pero generalmente y con más frecuencia hay una intensificación de la vivencia religiosa o un volver a periodos de

la infancia en que se realizaron con asiduidad los ritos y cultos eclesiásticos.

6º — Antecedentes en Francia

En lo que a la *teoría general del trabajo penitenciario resocializador* respecta, un rápido repaso a la historia de la pena privativa de libertad muestra el papel cardinal desempeñado por la actividad laboral en las tres etapas fundamentales de ésta última: sus orígenes, en la Edad Moderna, con el renacimiento del trabajo forzado y las instituciones de corrección; su nacimiento, en la etapa final del siglo XVIII; y su generalización, siglo XIX, a través de los sistemas penitenciarios.

José Luis de la CUESTA, *El Trabajo Penitenciario Resocializador*, 1982.

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 1916, 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 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. 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. 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.

7º — Mirando al futuro inmediato

Se van colocando las piezas que complementarán el tratamiento penitenciario: clasificación de los detenidos, estudio de su personalidad, instituciones especializadas, desarrollo de técnicas sociales, educación e instrucción y formación profesional, cultural y recreativa...

El trabajo carcelario y la formación del personal funcionario son las vigas, teóricamente fundamentales, que sostienen el edificio de la privación de libertad.

Carlos GARCIA VALDÉS, *Teoría de la Pena*, 1985.

JOSEPH ROZIER, Presidente de la Comisión Social del Episcopado Francés, ha formulado un grito angustioso y una interpelación urgente, cuando en la publicación monográfica "*¿Los jóvenes en la prisión?*" ("*Jeunes en prison?*"), ha pedido que se distinga la finalidad teórica de la cárcel por una parte, y por otra el funcionamiento práctico de las prisiones donde están internados los jóvenes. Ha reconocido que la meta teórica de las penas privativas de libertad es la corrección y la resocialización de los condenados, pero inmediatamente ha añadido (con una firmeza aplastante) que las condiciones reales de vida en prisión continúan deshumanizantes, especialmente para los jóvenes.

Los jóvenes presos yacen en un lugar de degradación y destrucción humana, particularmente dramático en este período de su vida, cuando deben crear su destino y construir su personalidad. Mantenerlos encerrados entre cuatro paredes, carentes de los medios más elementales para el desarrollo de sus derechos, difícilmente encuentra justificación.

El exceso de violencia y represión que se respira en la cárcel comprueba lo que han repetido muchas comunidades Cristianas en los últimos años: que la cárcel para los jóvenes es un sin-sentido, un absurdo y una injusticia.

No podemos apellidarnos cristianos y mantener nuestra seguridad sobre la desesperación, la marginación y la degradación de miles de jóvenes hundidos en las prisiones, tal y como hoy existen, con tantas carencias familiares, sociales, educativas y religiosas.

La influencia de la religión en el medio carcelario es grande, como indica el capellán de la cárcel de Estrasburgo, F. Haumesser, pero debe ser todavía mayor, pues a todos los cristianos incumbe el problema carcelar; y, sobre todo, tal influencia debe avanzar en otra dimensión más de acuerdo con el Concilio Vaticano II y el movimiento posterior de las Comunidades de base, de Catecumenedo, etc.

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 las normas legales nacionales 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 las 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 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, sin interferencias en lo político.

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 ejercitar 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 oportunos. Los internos podrán relacionarse con colaboradores espirituales (laicos) no-reclusos.

Cada interno podrá comunicarse con el Ministro del Culto telefónicamente siempre que lo solicite, excepto cuando la dirección del establecimiento lo considere impropio.

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 número 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 y/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.

Este "borrador" de artículo debidamente comentado, corregido y mejorado, no debe considerarse como meta, como punto omega, sino únicamente como base, como alfa para facilitar que la comu-

nidad religiosa desarrolle su capacidad cordial, agápica, en tres dimensiones:

- dentro de los muros carcelarios, los internos entre sí,
- desde la cárcel hacia fuera, y
- desde fuera hacia la cárcel.

El mundo de los “inocentes” debemos dejarnos evangelizar por el mundo de los privados de libertad. Algo de esto puede leerse en la buena nueva evangélica: “estaba preso y me visitaste”. Atinadamente escribe Evaristo Martín Nieto que “Dios está en todas partes, pero de una manera especial está en algunos sitios. Más que en la Biblia y más que en la Eucaristía, está en todos los hombres, pero lo está de una manera muy especial en los pobres, en los enfermos y en los presos. Debemos afirmar que está preso en todas las prisiones del mundo, recluso en todas y cada una de las celdas, haciéndose una misma cosa con el pobre preso encadenado, con todos los presos, cualesquiera que sean”.

Para terminar, podemos recordar la opinión del Catedrático de Derecho Penal, José Ramón Casabó, y del grupo Suizo de Caritas. Según Casabó “De acuerdo con una imagen auténticamente humanista y cristiana del hombre, la sociedad y, por ende, el Derecho deben configurarse de modo que impidan toda traba y cortapisa a la realización plena de la persona. Pero no sólo esto, sino también han de facilitarla”.

El programa de Reforma penal en Suiza, preparado por Caritas, afirma desde el comienzo:

“Que la Iglesia debe incluir entre sus actividades la ayuda a la población penitenciaria, no admite duda. Por que el Nuevo Testamento es un mensaje de redención y liberación para todos los hombres. La solicitud por esa población carcelaria es una exigencia del amor al prójimo por la misma razón que dar de comer al hambriento, vestir al desnudo, o visitar a los enfermos. La Iglesia siempre fué consciente de esa exigencia y siempre se preocupó por la suerte de los encarcelados o simplemente condenados por la justicia humana.”⁽³⁾

Durante este año de la juventud esperamos que las instituciones y las *personas* de las iglesias hagan algo concreto y eficaz para que las cárceles salgan de su lamentable situación violadora de los derechos elementales de la persona (especialmente del joven) y en concreto de sus derechos religiosos.

(3) VARIOS, *Reformas Penales en el Mundo de Hoy*, Madrid, Edersa, 1984, pp. 279 y ss.

Adoção nacional e internacional

ANTÔNIO CHAVES

Professor da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

1. *A adoção nos principais sistemas legislativos.* 2. *Sistemas vigentes.* 2.1 — *Da nacionalidade.* 2.2 — *Do domicílio.* 3. *Congressos, Organizações e Convenções internacionais.* 4. *Adoção de crianças brasileiras por estrangeiros não residentes.* 5. *Na Vara de Menores de São Paulo (Capital) a cibernética agiliza as adoções.* 6. *O Registro Central de Solicitações e o Registro de Menores.* 7. *Contribuições para o aperfeiçoamento do instituto.* 8. *De pouco adianta elaborarmos a mais perfeita das leis.*

1. *A adoção nos principais sistemas legislativos*

Numa análise sumariíssima de como a adoção é regulamentada nas principais legislações estrangeiras contemporâneas cumpre antes de mais nada lembrar as que não a contemplam: até há pouco, por exemplo: a portuguesa, a holandesa, a argentina e a chilena.

Não pode evidentemente adotar nem ser adotado quem a elas pertencer, em obediência ao princípio da *lex fori*, salvo se existirem convenções que solucionem o problema.

Dentre os sistemas legais que admitem a adoção, a primeira distinção há de ser estabelecida entre os que a regulam como instituição unitária, que é a generalidade, e os que estabelecem uma graduação de formas diferentes, nos moldes do sistema romano. Assim, na França, ao lado da adoção ordinária (art. 351, § 1º, do Código Civil), existe a adoção excep-

Conferência proferida no dia 16-10-1985, no XI Congresso da Ass. Bras. de Juizes e Curadores de Menores em Salvador a convite do Tribunal de Justiça da Bahia e da Associação dos Magistrados da Bahia.

cional do art. 352 e a legitimação adotiva dos arts. 368-370 (com modificações posteriores); na Itália existe também a *affiliazione*, na Índia há a *dattaka* e a *kritima*.

LEHMANN distingue os critérios legais dos diferentes países conforme: 1º — separem radicalmente o adotado da sua família natural, como acontecia com a *arrogatio* e a *adoptio plena* do direito romano; 2º — mantenham o centro de gravidade das relações na família natural (Códigos Civis francês e austriaco); 3º — sigam um critério intermédio procurando um equilíbrio dos interesses em jogo.

Estes últimos, reconhecendo a dupla posição do adotado, conservam-lhe, em princípio, direitos e deveres que decorrem de sua pertença à família natural, retirando do pai unicamente o pátrio poder (Códigos Civis alemão, art. 1.764; brasileiro, art. 378).

Por outro lado, não faz entrar totalmente o adotado na família do adotante, limitando os efeitos da adoção aos de educação, mas negando-lhe direito sucessório (arts. 1.757 e 1.759 do Código Civil alemão).

Nesse sentido era o art. 377 do Código Civil pátrio mesmo depois de alterada sua redação pela Lei nº 3.133, de 8-5-1957.

Referindo-se a Lei nº 4.655, de 2-6-1965, no art. 9º, ao § 2º, do art. 1.605 do Código Civil, abria uma exceção ao princípio que ela traçava no art. 7º de equiparação dos direitos dos legitimados adotivos aos filhos legítimos.

Mas toda essa sistemática sofreu o impacto da equiparação, mesmo aos efeitos da sucessão, de todos os filhos, inclusive adulterinos e mesmo incestuosos, decorrente da nova redação que a Lei nº 6.515, de 26-12-1977, introduziu no art. 2º da Lei nº 883, de 21-10-1949: "Qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições".

Outra distinção importantíssima separa os países, que constituem a maioria, em que é necessária a aprovação judicial (Alemanha, Brasil, Espanha, França, Itália, etc.), dos que exigem um ato do poder executivo (URSS), e dos que admitem ambas as aprovações: do executivo e do judiciário (países escandinavos).

Além disso, enquanto o Código Civil alemão, antes da reforma da lei nacional-socialista de 23-11-1933, não autorizava a recusa da homologação, a não ser na falta de uma das condições exigidas, o Código Civil francês e a maioria dos que o acompanharam reconhecem ao juiz ou tribunal o direito de verificar se a adoção fundamenta-se em motivos justos e se é vantajosa para o adotado. Também as leis dos países escandinavos autorizam o Príncipe ou o Tribunal a denegar ou conceder a homologação, levando em conta todas as circunstâncias. O mesmo critério prevalece na França, na Itália, na URSS.

Claro que, dentro dessas linhas gerais, existe uma grande variedade de questões de pormenor, algumas apontadas por LINO LEME e por AMINJON, NORDE e WOLFF: condições de idade dos adotantes e diferença de idade entre eles e os adotados; forma de adoção; permissão de adotar unicamente menores ou de adotar também maiores; em alguns sistemas jurídicos a adoção só é possível desde que existam certos laços morais criados anteriormente; consentimento; diferenças quanto ao ponto de vista sucessório; fiscalização mais ou menos extensa do tribunal no que diz respeito à adoção; revogação da adoção ora permitida, ora não; dissolução e impugnação; casamento entre adotante e adotado; direitos e efeitos decorrentes etc.

Dentre todas as legislações, a mais perfeita e radical é a lei uruguaia de 20-11-1945, por admitir a legitimação adotiva de menores até 18 anos (e não apenas até cinco anos como na lei francesa), permite-a aos próprios cônjuges que já tenham filhos legítimos, não faz depender seus efeitos sucessórios do consentimento dos ascendentes dos adotantes, atribui ao ato um caráter secreto, que torne possível que o próprio adotado ignore que sua filiação não é sangüínea e impossibilita a investigação de paternidade ou reclamação dos pais que tenham praticado o abandono.

Essa proibição não somente do reconhecimento como da investigação da filiação legítima ou natural é uma consequência da situação de filho legítimo criada pela lei (RIPERT et BOULANGER, I, nº 1.641).

Segundo a lei francesa, a legitimação adotiva somente pode ser feita por dois esposos não divorciados ou separados, ao passo que a lei uruguaia a permite aos divorciados e mesmo ao viúvo ou viúva, desde que o menor tenha estado a seus cuidados durante o casamento (*Annuaire de Législation Étrangère*, 1, années 1938 a 1949, p. 798).

2. Sistemas vigentes

2.1 Da nacionalidade

Examinando a matéria do ponto de vista do direito internacional privado, podem os diferentes sistemas reguladores das condições da adoção ser agrupados em dois grandes sistemas: o da lei da nacionalidade e o da lei do domicílio.

Os países que se baseiam no primeiro princípio aplicam, antes de mais nada, a lei nacional comum tanto ao adotante como ao adotando.

A dificuldade surge quando são ambos de nacionalidade diferente, o que dá lugar a uma convergência particularmente árdua, porquanto,

Para um mais minucioso estudo de legislação comparada consulte-se a pesquisa de ANA VALDEREZ A. N. DE ALENCAR. "Adoção". *Rev. de Informação Legislativa*, 1971, nº 32, pp. 159-246.

para determinar os requisitos para adotar e para ser adotado, acaba-se por levar em conta os impedimentos peculiares tanto de uma como de outra lei.

O obstáculo é maior ainda, quando a relação não surge submetida apenas à lei do adotante ou do adotado: para contorná-lo, na regulamentação das relações entre adotante e adotado, a maior parte dos sistemas positivos recorre somente à lei nacional do adotante.

Pela aplicabilidade dessa lei, no momento da adoção, manifesta-se a doutrina italiana, com apoio no art. 20 das disposições preliminares do Código Civil.

É o critério seguido pela maioria dos Estados: Alemanha, China, Coréia, Grécia, Japão, Portugal, Tailândia.

Na Espanha a capacidade para adotar e ser adotado deve reger-se pelas respectivas leis nacionais, e a forma da adoção, pela lei do país em que ocorreu. Registram-se exceções, como a proibição de adotar para quem tenha filhos legítimos ou legitimados, que se rege apenas pela lei pessoal do adotante, e como a necessidade de consentimento do adotado ou de seu representante legal, que se rege exclusivamente pela lei pessoal do adotado.

Em França, PILLET manifesta-se pela aplicação da lei nacional do adotado, ao passo que LEREBOURS PIGEONNIERE sustenta bastar que o adotante ou o adotado seja francês para que se legitime a aplicação da lei francesa.

2.2 Do domicílio

A Lei do Domicílio é seguida pelas legislações inspiradas pela *Common Law* e pela generalidade dos países da América Latina, exigindo, em geral, que tanto o adotante como o adotando estejam domiciliados no país. Caso este último resida em país diferente, segundo alguns autores, a sua lei deve ser levada em conta.

A lei inglesa de 1926, art. 11, inciso 5º, não admite adoção a pedido de uma pessoa que não tenha seu domicílio e residência na Inglaterra ou no País de Gales, nem mesmo com relação a um menor que não seja cidadão britânico residente no Reino Unido.

Justifica no entanto GUSTAVO A. BOSSERT essa norma com análogas existentes nos países europeus, destinadas a resolver a situação criada pela nova nacionalidade que adquire o menor ao obter um novo pai, problema que não ocorre nos países cujo direito não segue o princípio do *ius sanguinis* para determinar a nacionalidade, e sim o do *ius soli*.

No direito soviético, aplicam-se as leis da URSS às adoções verificadas no território, quer o adotante ou o adotado tenha nacionalidade estrangeira, quer ambos a tenham.

Seguem ainda o mesmo critério: Alemanha, Finlândia, Polônia, Suíça.

SAVATIER exige a aplicação cumulativa das leis nacionais do adotante e do adotado. Sustenta que mudança tão importante de estado não se pode operar, para o adotante, sem o concurso de sua lei nacional, devendo, portanto, ser somadas as exigências da lei nacional do adotante e do adotado.

No Brasil, a Lei de Introdução ao Código Civil dispõe:

“Art. 7º — A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.”

Bem de ver que essa diversidade de critérios leva a inevitáveis conflitos.

Um exemplo será ilustrativo; um alemão, de 26 anos de idade, adota, na Grã-Bretanha, uma criança inglesa. Semelhante adoção não está de acordo com a lei brasileira, exigindo o Código Civil a idade mínima de 30 anos. A Lei nº 6.697, de 10-10-1979, faz depender de autorização judicial a adoção simples (art. 26) e a adoção plena, do cumprimento das exigências dos arts. 29 a 37.

“Se entre duas jurisdições que admitam a adoção há possibilidade de variarem as condições de capacidade, a forma do ato e os efeitos que lhe são atribuídos” — assinala AMÍLCAR DE CASTRO —, “há necessidade de auxílio do direito internacional privado.

Relativamente à capacidade, tem prevalecido a doutrina de que tanto a de adotar como a de ser adotado devem ser apreciadas exclusivamente pelo direito do domicílio (ou pelo direito nacional) do adotante e pelo direito do domicílio (ou pelo direito nacional) do adotando; por conseguinte, diante do disposto no art. 7º da Lei de Introdução ao Código Civil, pode dizer-se que atualmente, no Brasil, a capacidade para adotar há de ser apreciada pelo direito em vigor no domicílio do adotante, enquanto a capacidade para ser adotado o deve ser pelo direito em vigor no domicílio do adotando.”

Na Argentina, preconiza-se, na hipótese de divergirem as leis nacionais do adotante e do adotado, a aplicação combinada de ambas.

O ideal para resolver os problemas da adoção em caso de nacionalidade ou domicílio em países diferentes do adotante e do adotando seria uma lei única regulando todas as suas condições, formalidades e efeitos, no lugar do lar em que passará a viver.

Mas como isto não ocorre, cumpre, então, reconhecer que, como a adoção exige, em princípio, o consentimento das partes ou de seus representantes, parece que o único caminho é examinar a lei de cada uma das partes para verificar se uma está apta a adotar e a outra a ser adotada.

Por isso, dando demonstração de uma certa amplitude quanto à compreensão desse princípio, várias legislações resolvem o problema não sobre base *cumulativa*, mas numa base distributiva, no sentido de que, para adotar, levam em conta somente as condições impostas pela lei do adotante, e, para ser adotado, unicamente aquelas de que trata a lei do adotado.

Reconhece HENRI BATTIFOL que esse método distributivo complica seriamente a operação, devido ao fato da frequência de condições bilaterais (por exemplo: diferença de idade, dispensa de cuidados) levar a um acúmulo das exigências das duas leis, contrário ao favor geral pela adoção:

“Seria todavia prático e útil consultar a lei do adotado sobre as condições de seu consentimento ou de sua representação, cujo desaparecimento prático na legitimação adotiva, depois na adoção plena, foi bem significativo. A noção que a adoção foi instituída no interesse do adotado não impõe mais a aplicação geral e exclusiva de sua própria lei a não ser para a filiação legítima.”

Lembra que a Convenção de Haia, de 15-11-1965, submete as condições da adoção à lei da autoridade tomada — a da residência habitual ou da nacionalidade do ou dos adotantes — sem ter podido todavia eliminar toda influência da lei pessoal, e enumera, como referindo-se à lei do adotante, os Códigos Civis alemão (art. 22, Lei de Introdução), o italiano (art. 20), o grego (arts. 22 e 23), a lei tcheco-eslovaca de 4-12-1963 (art. 26), a polonesa de 12-11-1965 e o Código Civil português (art. 60).

Nos termos do Código Bustamante:

“Art. 7º — Cada Estado contratante aplicará como leis pessoais as do domicílio, as da nacionalidade ou as que tenha adotado ou adote no futuro a sua legislação interna.”

A tendência atual é todavia pela aplicação da lei mais favorável ao filho adotivo.

3. *Congressos, Organizações e Convenções Internacionais*

Três acontecimentos internacionais demonstram a crescente preocupação com relação ao problema dos menores sem família.

O primeiro foi a convocação de um Grupo de Peritos pelo Centro para o Desenvolvimento Social e Questões Humanitárias da Organização das Nações Unidas, de 11 a 15-12-1978, em Genebra, a fim de preparar um projeto de declaração, solicitado pelo Conselho Econômico e Social, pela Resolução nº 1.925, de 6-5-1975, a respeito da adoção e favorecimento da colocação de crianças.

Apresentou ele “Conclusões e Recomendações” visando 6 itens relativos ao bem-estar geral da família e das crianças, 5, ao favorecimento da colocação e 14 relativos à adoção.

O Grupo formulou recomendações sobre os três temas, dirigidos aos Governos, e outras ainda objetivando futura ação internacional.

O Projeto de Declaração relativa a princípios sociais e legais referentes à proteção e bem-estar de crianças, com especial referência ao favorecimento de colocação e adoção em nível nacional e internacional foi aprovado aos 16-12-1981.

Contou com a participação ativa de cerca de 40 países, desde a Argentina até a Zâmbia.

O Brasil brilhou... pela ausência total.

O segundo foi o Encontro Internacional de Estudos sobre *Problemas do Direito do Menor à Família: adoção, convivência (“affidamento”), afiliação*, que se desenvolveu em Sassari, de 10-11-1979, e prosseguiu com sucessivas mesas-redondas a 15-3-1980 e a 15/16-12-1980.

Foi organizado por ocasião do Ano Internacional da Criança pelo Instituto Jurídico da Universidade de Sassari.

Dele resultou a publicação, pela *Società Sassarese per le Scienze Giuridiche*, do substancioso *Il Diritto del Minore alla Famiglia*, aos cuidados do Prof. SANDRO SCHIPANI, reunindo as principais colaborações de mais de 60 personalidades.

O Prof. JOÃO BAPTISTA VILLELA, da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, contribuiu com um estudo informativo e crítico sobre a adoção no direito brasileiro.

JOSE MARIA CASTAN VAZQUEZ compendia o essencial a respeito da Convenção Européia em Matéria de Adoção de Crianças, elaborada no Conselho Europeu e firmada por seus Estados-Membros, em Estrasburgo, aos 24-4-1967.

Responde à idéia, que o preâmbulo coloca em relevo, de que “embora a instituição da adoção de crianças exista na legislação de todos os Estados-Membros do Conselho da Europa, ocorrem nesses países pontos de vista divergentes sobre os princípios que deveriam reger a adoção, assim como diferenças quanto ao processo de adoção e aos efeitos jurídicos da adoção”, diante da qual manifesta a esperança de que “a aceitação de princípios comuns e de práticas comuns no que concerne à adoção de crianças contribuiria para aplinar as diferenças causadas por essas divergências e permitira ao mesmo tempo promover o bem das crianças que são adotadas”.

O terceiro dos referidos acontecimentos é a Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em Matéria de Adoção, La Paz, 1984.

Cerca de cinquenta peritos em aspectos sociais, médico-psicológicos, de registro civil, de direito de menores e de família e de direito internacional privado, provenientes da quase totalidade dos países americanos, estiveram presentes.

Representou nosso País o 1º-Vice-Presidente da Associação Internacional de Juizes de Menores e de Família, o conhecido menorista **ALYRIO CAVALLIERI**.

Depois de cinco dias de trabalho foram aprovadas conclusões no campo social e médico-psicológico e um projeto de Lei Uniforme.

Tanto mais necessárias são iniciativas dessa natureza porquanto, por louváveis que sejam, seus resultados ainda são muito limitados.

É o que ressalta **MICHAEL R. WILL**, diante das políticas legislativas descoordenadas, revelando uma tendência comum a incrementar os controles, com a finalidade de salvaguardar na melhor medida o bem-estar dos menores.

Coloca em relevo os efeitos indesejáveis de algumas situações de verdadeira emergência em vários países: os milhões de menores abandonados do Brasil, um elevado e crescente tráfico de menores, a inscrição no registro civil de menor alheio como próprio:

“Aí estão prosperando as soluções ilegais e fáceis, sem qualquer confiança, qualquer verificação, e com todos os riscos recaindo na criança, a mais indefesa. Quem investigará origem e saúde da mesma? A quem importará o consentimento dos pais biológicos, as condições de vida dos pais adotivos? E se mais tarde for descoberta a “falsidade ideológica”, qual será a situação jurídica da criança, sua nacionalidade? Seus direitos de alimentação, de rendimentos, de sucessão? Que tal quando anos depois da transação aparecem na Europa os pais biológicos brasileiros para reclamar seu filho?”

Perguntas, adita, difíceis que ninguém sabe responder ainda, mas que se apresentam em grande quantidade para os advogados nos tribunais, como demonstra com expressivos exemplos das contradições da jurisprudência na Alemanha Federal, na Itália e em outros países europeus.

Dá notícia **GEORGETTE NACARATO NAZO** da XIII Convenção de Haia, de 15-11-1965, quando se concluiu a “Convenção Concernente à Competência de Autoridades, Lei Aplicável e Reconhecimento de Decisões em Matéria de Adoção”, nem sequer assinada pelo Brasil, o que faz com que prevaleçam as normas de direito nacional de cada um dos países que dela se abstiveram.

4. Adoção de crianças brasileiras por estrangeiros não residentes

A Lei nº 7.251, de 19-11-1984, procurando coibir a “venda de crianças” acrescentou ao art. 242 do Código Penal, que pune com reclusão de dois a seis anos o parto suposto e a supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido, dois parágrafos:

“§ 1º A pena é de um a quatro anos de reclusão se o agente pratica delito para obter lucro ou se o menor é enviado para o exterior.

§ 2º Incorre, também, na pena do parágrafo anterior quem, embora excluído o perigo moral ou material, auxilia a efetivação de ato destinado ao envio de menor para o exterior, com o fito de lucro.”

Quanto ao direito brasileiro, não há dúvida: a forma será a da lei pátria, se aqui levada a efeito.

Dentre as recomendações subscritas pela Comissão da Redação do II Encontro Nacional de Adoção, aos 30-4-1982, em São Paulo, está a de nº 13:

“Que se reitere a recomendação contida no 1º Encontro de Adoção aos Juizes de Menores e Tribunais para que determinem aos Tabeliães que não lavrem Escrituras de Adoção de menor brasileiro, por adotante estrangeiro, não radicado no País, sem prévia autorização do Juiz de Menores.”

Na XIII Semana de Estudos do Problema do Menor que, sob o patrocínio do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, realizou-se na Capital do mesmo, de 26 a 31-7-1983, inscrevem-se as seguintes conclusões, tendo sido painelistas SERGIO P. MENDES, presidente o Des. ADRIANO MARREY e secretário o Dr. ANTÔNIO LUIZ CHAVES CAMARGO:

1ª) Na adoção por casal estrangeiro recomenda-se a concessão mediante trato direto da autoridade judiciária com o casal pleiteante da adoção. Deve-se excluir a intermediação de agências internacionais.

2ª) Os adotantes estrangeiros devem fazer prova de cumprimento dos requisitos legais pré-adoção da lei brasileira e da lei do País dos adotantes. Os relatórios sobre a integração do menor na família substituta devem ser elaborados por agência oficial do País dos adotantes.

3ª) Na regulamentação de adoção por estrangeiros não residentes no País, bem como para as adoções no País, deve estar presente a necessidade de a qualificação e análise dos relatórios dos adotantes em perspectiva serem efetuadas por profissionais das áreas afins ao problema (advocacia, serviço social,

psicologia, medicina e outras), em auxílio à autoridade judiciante (Juiz de Menores).

4ª) Pesadas penalidades devem ser impostas e regulamentadas, no sentido de coibir qualquer aspecto de vantagem financeira obtida em qualquer fase da colocação de uma criança em lar substituto, dentro ou fora do País. Este é um aspecto firmemente definido pelo Instituto Paulista de Adoção."

Em tão controvertida matéria, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por seu Corregedor-Geral da Justiça do Estado,

"CONSIDERANDO o crescente interesse na adoção de crianças por estrangeiros residentes ou domiciliados fora do País;

CONSIDERANDO as dúvidas e divergências existentes na interpretação da matéria;

CONSIDERANDO a conveniência de estabelecer procedimentos uniformes a serem observados nas referidas adoções;" baixou oportuno Provimento nº 28, de 5-12-1984 (*ADV - Informativo*, 1985, p. 8), esclarecendo o seguinte:

1º - O estrangeiro residente ou domiciliado fora do País poderá pleitear colocação familiar somente para fins de adoção simples e se o adotando brasileiro estiver na situação irregular, não eventual, descrita na alínea "a", inciso I, do art. 2º do Cód. de Men. (Cód. Men., art. 20).

2º - A adoção simples de menor até 18 anos de idade, em situação irregular, depende de autorização judicial (Cód. Men., art. 28).

3º - Os tabeliães só podem lavrar escrituras de adoção de menor brasileiro por estrangeiros residentes ou domiciliados fora do País, mediante sentença declaratória da situação irregular do menor e respectivo alvará e com a presença do curador especial designado pelo Juiz para representar o menor (Cód. Men., arts. 27 e 28; Provimento nº 6, de 26-3-84; Provimento nº 11, de 12-4-84).

4º - Os Oficiais do Registro Civil somente procederão à inscrição ou averbação de retificação de registro de nascimento das alterações resultantes da escritura de adoção, nas circunstâncias previstas neste Provimento, mediante mandado do Juiz de Menores.

5º - A verificação da situação irregular do menor obedece às normas do Livro II, Título I, Capítulos I e IV do Código de Menores.

6º – Os requisitos de colocação familiar mediante adoção simples requerida por estrangeiros residentes ou domiciliados fora do País são os previstos no art. 18 do Código de Menores:

I – qualificação completa do candidato a responsável e de seu cônjuge, se casado, com expressa anuência deste;

II – indicação de eventual relação de parentesco do candidato ou de seu cônjuge com o menor, especificando se este tem ou não parente vivo;

III – comprovação de idoneidade moral do candidato;

IV – atestado de sanidade física e mental do candidato;

V – qualificação completa do menor e de seus pais se conhecidos;

VI – indicação do cartório onde foi inscrito o nascimento do menor.

7º – A adoção simples de menor em situação irregular regula-se pela lei civil, observado o disposto no Código de Menores. Regulam a matéria os artigos 368 a 378 do Código Civil, com as modificações introduzidas pela Lei nº 3.133, de 8 de maio de 1957. São requisitos para a autorização da adoção simples a idade superior a 30 anos para o adotante, o decurso de mais de 5 anos de casamento e a diferença mínima de 16 anos entre adotante e adotado.

8º – Os estrangeiros que pretendem a adoção simples deverão anexar ao pedido os seguintes documentos:

I – certidão de casamento;

II – atestado de sanidade física e mental dos candidatos;

III – fotocópia do passaporte;

IV – declaração da profissão, função e rendimentos;

V – alvará de folha corrida judiciária dos candidatos;

VI – declaração passada por duas pessoas, de que conhecem e atestam a idoneidade dos candidatos;

VII – estudo psicossocial, realizado por agência ou órgão oficial do País de domicílio, contendo dados relativos à situação familiar, saúde, condições econômicas e sociais dos candidatos;

VIII – procuração legalizada no consulado brasileiro, com poderes especiais para requerer a adoção e a assinatura da escritura;

IX – indicação da entidade de Serviço Social à qual incumbirá o acompanhamento da adoção no País de origem.

Parágrafo único – Os documentos a que se refere este artigo, acompanhados de versão em vernáculo, firmada por tradutor juramentado (Cód. Proc. Civ., art. 157), deverão ser autenticados ou reconhecidos por órgão governamental competente no País de origem.

9º – O Juiz de Menores assegurará prioridade, sucessivamente, ao exame de pedidos de adoção formulados por requerente:

- a) de nacionalidade brasileira, residente no País;
- b) de nacionalidade brasileira, residente no exterior;
- c) de outra nacionalidade residente no País;
- d) de outra nacionalidade residente no exterior.

Parágrafo único – A prova da inexistência de pretendente brasileiro à adoção será feita mediante atestado da entidade que abriga o menor, certidão passada pelo Escrivão do Juízo e por documento expedido pela Fundação Catarinense do Bem-Estar do Menor (FUCABEM).

10 – Achando-se devidamente instruída a inicial, o Juiz determinará a realização de sindicância para apurar o resultado do estágio de convivência.

11 – A adoção será precedida de estágio de convivência com o menor, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observada a idade do adotando e outras peculiaridades do caso (Cód. Men., art. 28, § 1º).

12 – O estágio de convivência será cumprido na comarca do juízo competente para a adoção e acompanhado por assistente social que deverá apresentar relatório.

13 – Incumbe ao Assistente Social Forense a elaboração dos critérios psicossociais, econômicos, morais e outros necessários à plena integração do menor no novo ambiente familiar.

Parágrafo único – Na falta de pessoal especializado, o estudo será feito por pessoa habilitada ou pelo Comissário de Menores, a critério do Juiz.

14 – Durante o estágio de convivência serão realizadas visitas domiciliares aos adotantes, tendo em vista apurar dados de interesse da concessão da adoção, mediante relatório social a ser encaminhado ao Juiz com atestado de saúde do menor.

15 – Cumprindo-se o estágio de convivência no exterior, a sindicância poderá ser substituída por informação prestada por agência especializada, de idoneidade reconhecida por organismo internacional (Cód. Men., art. 108, parágrafo único).

§ 1º – O prazo de acompanhamento não excederá a doze (12) meses.

§ 2º – Sobre a informação a que se refere este artigo deverão se pronunciar os técnicos do Juízo ou os peritos nomeados pelo Juiz.

16 – O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando não tiver mais de um ano de idade (Cód., Men., art. 28, § 2º).

17 – Os candidatos à adoção poderão constituir procurador legalmente habilitado perante a OAB para acompanhar o andamento processual, devendo, entretanto, comparecer pessoalmente para receber o menor adotado.

18 – Decorrido o prazo fixado para o estágio de convivência e juntado o estudo social, serão ouvidos os técnicos do Juizado ou os peritos nomeados pelo Juiz e o representante do Ministério Público.

19 – A autoridade judiciária decidirá sobre o pedido em sentença fundamentada.

20 – No exame da lei de adoção do País dos adotantes, cumpre ao Juiz indagar da recepção da adoção ou das eventuais restrições contra ela existentes no País de origem do adotante.

21 – Autorizada a adoção e designado curador especial para consentir no ato pelo menor, será expedido o alvará contendo a indicação dos apelidos de família que passará o menor a usar, vedada a modificação do prenome.

Parágrafo único – O curador especial assinará compromisso.

22 – Juntada a certidão da escritura de adoção, ouvido o Ministério Público, será determinada a expedição de mandado para as averbações no Registro Civil.

23 – O curador especial designado pelo Juiz para representar o adotando na lavratura da escritura pública de adoção simples será o curador de menores que tiver oficiado nos autos do procedimento respectivo.”

Dedicamos ao tema artigo publicado na *Revista de Informação Legislativa*, nº 75, de 1982, fazendo ver que envolve muito mais do que o estudo dos mais importantes sistemas legislativos alienígenas, aos quais

possam estar eventualmente vinculados os interessados, para verificarmos se admitem o instituto da adoção e, em caso positivo, quais os efeitos que lhe atribuem:

“o de saber da conveniência ou não de serem brasileiros adotados por casais estrangeiros aqui não residentes, com evidentes conotações, mais ainda do que de direito, filosóficas, antropológicas, psicológicas, sociológicas, morais, afetando mesmo problemas de brios de nacionalidade e dizendo, pois, respeito à própria ordem pública, naquela questão que tanto comoveu dezenas de milhões de pessoas, por ocasião de uma reportagem de alguns meses atrás da TV Globo revelando a existência de uma organização que se dedicava à “venda”, segundo alguns, de crianças e, segundo seus diretores, à benemérita “colocação” de hipossuficientes em famílias abastadas nos Estados Unidos e na Europa.”

Mas nem todas as iniciativas de colocação de crianças junto a casais no estrangeiro, por intermédio de entidades criadas para tal fim, merecem ser colocadas em igual suspeição.

Reportagem de VANIRA KUNK para o *Jornal da Semana*, de 15-9-1985, “Ninguém os queria aqui. Hoje eles vivem no exterior”, focaliza o drama das crianças que não sejam do sexo feminino, brancas, louras, de olhos azuis, saudáveis e, se possível, ainda bebês, que são as mais procuradas pelos candidatos a pais adotivos no Brasil:

“As que não se enquadram nesse figurino, sobretudo as deficientes e doentes, pardas, os meninos entre oito e dez anos de idade e os grupos de irmãos, permanecem anos na lista de adotáveis com pouca ou nenhuma chance de conquistar para si uma família substituta.

Em 1980 havia 35 crianças doentes internadas na Unidade de Triagem Sampaio Viana, da Febem, praticamente condenadas a passar toda a vida longe de pais e irmãos.

Foi através da Limiar — Associação de Apoio à Criança e Família Substituta, que essas crianças chegaram aos seus pais estrangeiros.”

O ex-Juiz de Menores de S. Paulo, Capital, ANTÔNIO LUIZ CHAVES DE CAMARGO, ajudou a fundar a entidade, em 1981, então como organização de trabalho voluntário, que faz a intermediação entre crianças brasileiras e casais residentes nos Estados Unidos, Canadá e Holanda, com autorização do Juizado.

Segundo ele, os juizes das cidades onde vivem esses menores acompanham a situação de cada estrangeiro adotado até os dezoito anos de idade e enviam relatórios frequentes ao Juizado de seu País de origem.

“E olhe que eles são bem mais rigorosos em questões de adoção que no Brasil”.

A Limiar funciona como uma espécie de agência de adoção: os casais estrangeiros se inscrevem, o Juizado de Menores envia a relação de crianças disponíveis e a associação os coloca em contato. “Não procuramos crianças para os pais, mas pais para as crianças”, afirma Emmy Andersen, encarregada da Associação em São Paulo, fazendo questão de ressaltar que a prioridade é sempre “para lares brasileiros”. “Só nos casos em que a colocação em famílias substitutas no próprio país torna-se praticamente impossível, por não haver casais interessados, as crianças saem do Brasil.”

Entre esses casos, estava uma menina da Febem que tinha o esôfago obstruído, sendo forçada a alimentar-se somente com líquidos. Foi operada por um dos melhores cirurgiões norte-americanos. Havia também uma criança com câncer no couro cabeludo e outra com problemas cardíacos (ambas curadas). Todas essas crianças, mais as que a Limiar enviar de São Paulo e, breve, também de Fortaleza e Recife, locais onde já iniciou contatos para inaugurar sua sede, manterão a nacionalidade brasileira até os 25 anos. Depois, poderão optar por ser cidadãos do País onde vivem.

O juiz da Vara de Menores do Tatuapé, Paulo Hatanaka aplaude o trabalho da Limiar: “Não há qualquer suspeita sobre a entidade. Tomara surgissem mais organizações como esta, coordenadas talvez pelo Rotary e pelo Lions”. Afirma receber relatórios trimestrais, com fotos, de seu colega norte-americano, responsável pelo pequeno Sidney, considerado o símbolo das atividades da Limiar. Filho de uma brasileira doente mental, Sidney perdeu a mão direita e quatro dedos da esquerda, além de ferir gravemente as pernas, ao queimar-se num fogão a lenha, numa tarde em que estava só. Seus pais norte-americanos conseguiram que os médicos operassem suas duas pernas e a mão esquerda, com sucesso. Agora, segundo o último relatório enviado a Hatanaka, Sidney anda com sapatos especiais e submete-se a seguidas sessões de fisioterapia para recobrar a firmeza dos músculos. Deverá operar o tornozelo em breve, o que lhe permitirá usar sapatos comuns e, logo após, os médicos tentarão reconstituir sua mão esquerda.

Quando pudermos resolver esse estado calamitoso, então sim, estaremos em condições de levantarmos a cabeça e examinarmos a matéria sob prisma diferente.

Um comovente e edificante exemplo de compreensão nos dá o Juiz de Menores da Comarca de Salvador, Dr. AGNALDO BAHIA MONTEIRO, em colaboração com que nos distinguiu, a pedido nosso, datada de

4-12-1984, reconhecendo, diante das dificuldades sociais e institucionais de absorver tantas crianças desvalidas, não ser justo, nem humano, desprezar-se a adoção por estrangeiros residentes fora do País, já que o amor não tem fronteiras, é universal. Também não é justo criar-se uma atmosfera de repulsa por meio de campanhas demagógicas e difamatórias, contrária a uma realidade inarredável. Ao Juiz de Menores não é dado desconhecer essa realidade e por ela deixar de lutar em busca da felicidade para o seu tutelado, por todos os meios a seu alcance.

Absolutamente necessário, porém, é que tais adoções sejam feitas com maior rigor, após meticolosos estudos em várias áreas, tendo sempre em vista, acima de tudo, o dever de se dar uma família ao menor, e nunca, um menor a uma família. Além disso, deve-se criar laços afetivos entre Juizado (o Juiz) e as famílias adotantes, o que tem sido uma constante em Salvador.

Não basta que os Juizes mandem crianças para além de nossas fronteiras, automaticamente, e sim criar, também, um elo de identificação entre os adotantes, pessoas notoriamente privilegiadas de espírito e de coração, e a necessidade imperiosa de uma criança abandonada receber o afeto, o carinho, a assistência moral e material em lar substituto.

Há que se criar um clima de amor e de respeito a um ente humano indefeso, explorando-se o idealismo sadio de dezenas de casais estrangeiros, que atravessam o oceano, gastando milhares de dólares para afa-garem uma criança desditosa, o filho que, biologicamente, não puderam ter, fato que intensifica o afeto por eles demonstrado.

Difícilmente se poderá descrever o que se assiste em Salvador em matéria de ternura por parte dos pais estrangeiros para com os seus primeiros filhos, evidenciando o sentimento de fraternidade entre os povos.

Não há empecilhos que eles não tentem ultrapassar, pouco importando seja a criança branca ou preta, sadia ou não. O que pretendem, tão-somente, é dar amor, como se estivessem a serviço de uma nova inspiração, vivendo, na realidade, o cristianismo redivivo.

Ouviu do Presidente da Corte de Apelação da Itália "que os processos de Salvador eram os mais perfeitos do mundo" dentre os muitos que tinha conhecimento, oriundos de diversos países".

Em entendimento com o Presidente do Tribunal de Menores estabeleceu que as crianças chegadas à Itália seriam freqüentemente visitadas por assistentes sociais, para acompanharem seu processo de adaptação. Nessa ocasião pôde observar o cuidado que toda equipe mantém na escolha dos casais que vêm à Salvador completar uma vida, dignificá-la em nome daquele que inspira a sua fé.

Em nova correspondência, recebida aos 16-8-1985, dá conta dos magníficos resultados colhidos em recente viagem a sete países da Europa: Luxemburgo, Bélgica, Holanda, Alemanha, Suíça, França e Itália, fortificando sua convicção quanto ao êxito absoluto das adoções para o estrangeiro, revestidas das precauções necessárias, e que se revestiram do mais dignificante elo de fraternidade entre os povos.

Quanta felicidade sentiu ao verificar o encontro de dezenas de crianças que daqui saíram das *lutas de lixo, terrenos baldios, esgotos das praças públicas, beliscados por baratas e ratos*, vendo-as, *hoje, disputando uma saúde sem par, instruídas, educadas, fruindo de um amor indizível, verdadeiros príncipes*, quase todas, de largos e incontáveis recursos, falando a língua de seus pais, apresentando um desenvolvimento mental (conforme ouviu dos médicos) *superior aos filhos da terra, "cantando o Hino Nacional", o "Parabéns para você"!*

Sentiu-se feliz por ter contribuído para a modificação total de tantas vidas, antes, tão dolorosamente precárias, repudiadas por nossos irmãos brasileiros.

Visitou 95 lares que receberam crianças em adoção, após fazerem o estágio nas presenças sua e dos Órgãos Técnicos, sem intermediários, portando todos os documentos exigidos, exteriorizando uma comovedora ternura, sempre e sempre a denotarem que são expressões *desse grande movimento de amor* que se ergue entre *povos irmãos, em meio à civilização materialista de nossos dias*.

Sentiu-se gratificado, ao pensar, por exemplo, no aborto, que tem aniquilado milhões de vidas, enquanto as adoções têm salvo milhares delas, sob a égide *de um princípio* que é a face do próprio Deus, por isso, universal, cósmica, sem fronteiras terrenas, onde, hoje, infelizmente, tantas crianças são aniquiladas e... amaldiçoadas pela angústia, pelo desespero, pelo desamor de milhares de pais brasileiros em situação aflitiva.

Todos os objetivos foram observados plenamente, daí, a sua alegria, que estas páginas agasalham com emoção, para retransmiti-la a todos os Juízes, Curadores, funcionários e indistintamente a todas as pessoas de coração bem formado que delas tomem conhecimento, estimulando-as a que, por sua vez, dêem o testemunho de suas realizações, para que possam servir de exemplo, estímulo e inspiração a outras iniciativas edificantes.

Efeitos

Recomenda AMÍLCAR DE CASTRO que, quanto aos efeitos, seja a adoção considerada pelo direito em vigor no domicílio do adotante, uma vez que se trata de ato de liberalidade, de graça, de favor concedido apenas ao

adotado, sem alteração das relações jurídicas existentes entre este e sua família.

Reconhece que alguns autores, ao contrário, entendem que os efeitos da adoção devem ser apreciados inteiramente pelo direito nacional, ou pelo direito do domicílio do adotando; e há também terceira corrente a sustentar que devem ser apreciados cumulativamente pelos dois direitos nacionais, ou dos domicílios, do adotante e do adotando.

Considera preferível, entretanto, e conforme às normas traçadas pela Lei de Introdução ao Código Civil, a doutrina dos que mandam observar o direito do domicílio do adotante, pois o ato, conquanto de caráter prevalentemente patrimonial, tem repercussão no direito de família, e reflexão onerosa na família do adotante, e não na do adotado, que só se beneficia.

5. *Na Vara de Menores de S. Paulo (Capital) a Cibernética agiliza as adoções*

A Corregedoria Geral da Justiça do Estado de S. Paulo, através do Provimento nº 24/80, de 7-8-1980, determinou a descentralização da Vara de Menores em Varas Auxiliares, regionalizadas, a fim de possibilitar maior celeridade no atendimento de pessoas interessadas em medidas relacionadas com menores em situação irregular.

Ordenou outrossim a implantação do sistema de atendimento em audiência interprofissional, com a presença do assistente social e do psicólogo atuando ao lado de Juizes de Menores e Curadores de Menores, o que possibilita o estudo amplo dos casos e a rápida decisão da matéria, facilitando o trâmite dos pedidos de adoção de menores em situação irregular.

A atuação do psicólogo se constituiu numa novidade de grande benefício, porque deu margem ao estudo sobre as causas dos pedidos: um relatório, mesmo superficial, sobre a personalidade dos interessados é um caminho para decisões mais eficazes.

O mais importante foi a eliminação de audiências pré-datadas, que obrigavam os interessados a longa espera. Atualmente, todas as pessoas que chegam às Varas Auxiliares de Menores são atendidas no mesmo dia e saem com uma decisão, pois recebem o termo de guarda para o estágio de convivência e já se decide sobre a situação do menor, impedindo, na medida do possível, eventuais arrependimentos de pais que autorizam a colocação dos filhos em lares substitutos.

O acompanhamento social e psicológico também é realizado pela equipe interprofissional e as famílias que receberam menores em seus

lares, para qualquer das medidas do art. 17 do Código de Menores (guarda, tutela ou adoção simples e plena), são visitadas pelos técnicos, até que se concretize o ato jurídico.

Na antiga estrutura, eram atendidas cerca de 8.000 famílias por ano, que aguardavam de dois a três anos uma adoção simples, uma legitimação adotiva, uma tutela e havia a determinação de internação de menores sem sentença, até que completassem 18 anos. Há notícias de menores que não puderam freqüentar as escolas ou que tiveram que submeter-se a um processo demorado de retificação de nome nos órgãos educacionais, porque a Vara de Menores não encerrava os processos no tempo devido.

A partir de 1981, logo após a descentralização e implantação da audiência interprofissional, o sistema de processamento de dados teve seu lugar na Vara de Menores da Capital. Utilizando o sistema de operação *on line* foram eliminados vários impressos e também setores administrativos supérfluos, como o Protocolo, Plantão Permanente etc. A pesquisa de dados é realizada em alguns segundos, no sistema *real time*. Após a decisão judicial, os dados são incluídos no computador e em 90 segundos há a expedição do termo de guarda, sem qualquer outra formalidade.

Todas as Varas Auxiliares têm seu terminal de processamento de dados.

Numa síntese dos elementos fornecidos pelo então Juiz de Menores da Capital, ANTÔNIO LUIZ CHAVES CAMARGO, a nova estrutura possibilitou a elevação do atendimento para 5.000 famílias *por mês*, média até junho de 1982.

A implantação do sistema de processamento de dados em todas as Varas Auxiliares de Menores, num espaço de tempo muito curto (cerca de 4 meses) ofereceu a oportunidade de serem atendidas 10.000 famílias *por mês*, sem qualquer burocracia e com uma orientação técnica (assistente social e psicólogo).

Antes da implantação do sistema eletrônico de processamento de dados, eram utilizados os livros de registro de feitos, manuscritos, além de fichários alfabéticos, impressos vários, num total de 140 modelos.

No primeiro mês de implantação do sistema de processamento de dados, os impressos foram reduzidos para 26 e atualmente estão em uso apenas 15 formulários.

O público necessitava retornar várias vezes à Vara de Menores, para qualquer providência: uma adoção simples demorava dois ou três anos; um termo de guarda, para fins previdenciários, 15 dias.

A audiência interprofissional e o sistema eletrônico de processamento de dados permitiram a redução de qualquer medida para uma ou duas horas; do termo de guarda para 45 minutos, tempo necessário à distribuição do processo, anotação em modelo próprio, comunicação da medida etc.

Encontram-se implantados e em funcionamento os seguintes serviços:

1. registro de feitos;
2. pesquisa de informações;
3. pauta de audiências;
4. controle de internações.

Todas as medidas (adoção simples ou plena, tutela, guarda provisória ou definitiva, entrega do menor aos pais, desinternação etc.) exigem a expedição de um termo de guarda, indicativo do artigo do Código de Menores em que se apóiam, demorando cerca de 30 minutos para ser expedido, tempo esse que, no sistema de processamento de dados, ficará reduzido para 90 segundos, em três vias, papel próprio e com todas as garantias.

Foram implantados em 1983 os seguintes sistemas:

1. *Controle de prazos de medidas judiciais*: destinado a fornecer diariamente, por vídeo de terminal, a cada uma das Varas Auxiliares, a relação de todos os processos a serem movimentados no dia. Este controle impossibilitará que o processo "seja esquecido no arquivo", ou não se cumpra um prazo determinado por lei. Auxiliará, também, as correições gerais ou parciais a serem efetivadas no correr do exercício.

2. *Controle dos estabelecimentos responsabilizáveis de acordo com o Código de Menores e os registros das autuações lavradas*: todo estabelecimento que requerer alvará para ingresso de menores será cadastrado em computador, constando: *número do CGC, razão social, endereço completo, ramo de atividade econômica e prazo de validade do alvará*. No mesmo sistema serão registradas todas as autuações que vierem a ser lavradas contra os estabelecimentos, para fins de imposição da respectiva penalidade.

O sistema registrará todos os estabelecimentos já incluídos, permitindo ainda o controle de vencimento dos prazos dos alvarás de funcionamento. As informações estarão disponíveis a todos os terminais, alguns segundos após a inclusão das mesmas no banco de dados.

3. *Emissão de relatório psicossocial codificado para utilização pela vara auxiliar e FEBEM-SP*, que permitirá que o menor, ao ingressar na FEBEM-SP, seja examinado e, logo após, sua situação psicossocial chegue ao conhecimento do Juiz de Menores respectivo que determinará a medida aplicável e a comunicará através do computador para cumprimento pelos técnicos da FEBEM-SP. Atualmente os relatórios demoram cinco a dez dias para chegar à Vara de Menores e o menor permanece na FEBEM-SP, muitas vezes indevidamente. Com o sistema, será possível, no máximo em duas horas, ser tomada a medida.

4. *Expedição de mandado via terminal de vídeo*: o sistema possibilitará, ao Juiz Auxiliar de Menores, a expedição de mandado a qualquer outra Vara Auxiliar, a fim de ser cumprido pelo Oficial de Justiça no respectivo bairro, sem necessidade de locomoção do Oficial de Justiça. Cumprido o mandado, a certidão será fornecida ao Juiz Auxiliar que determinou a medida, através do terminal, com um simples código.

“Atualmente”, informava o jornal *Prodesp* nº 113, julho/agosto de 1983, pp. 4 e 5, “no Juizado de Menores de S. Paulo, as atividades de cadastramento, atualização e consulta aos bancos de dados em computador realizam-se através de equipamento apropriado de teleprocessamento. Terminais de vídeo, impressoras “hard-copy” correspondentes e canais urbanos Transdata constituem este conjunto, distribuído pelo Instituto Paulista de Adoção e em oito cartórios da Capital. A manutenção e a assistência técnica permanente está a cargo da Prodesp que também treinou equipes do Juizado para a operação destes terminais.

Para Alfredo Rogério, gerente da Unidade Funcional “A” da Prodesp, pelo armazenamento eletrônico dos dados — atualizados e recuperáveis *on line* (através de terminais de teleprocessamento) e em *real time* (de forma instantânea) — o processamento em computador passou a substituir a conservação tradicional da informação em papel, e inaugurou o que se pode denominar a era da desburocratização e da efetiva modernização dos serviços do Juizado.

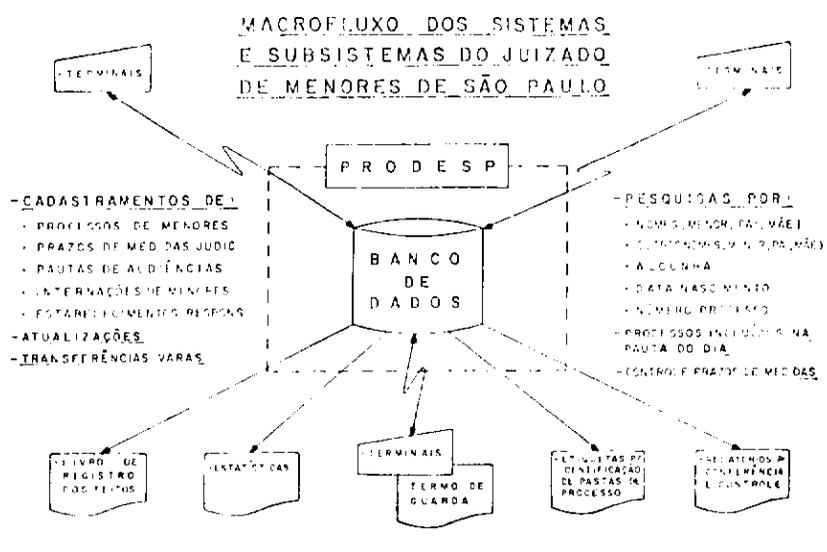
Assim, como produtos finais dos sistemas e subsistemas do teleprocessamento estão: a disponibilidade de consulta através de terminais *on line* sobre os feitos da Vara e sobre os estabelecimentos responsáveis segundo a legislação pertinente e respectivas multas aplicadas; relatório de registro dos feitos da Vara; registro das pautas de audiência de interações e de prazos das medidas judiciais; emissões de termos de guarda e relatórios estatísticos, “entre outros.”

Na opinião do então titular da Vara de Menores da Capital, a Informática é um meio auxiliar e o único viável para a solução do problema

social, já que os juízes, através do teleprocessamento, vão ter um tempo mais racional para o seu trabalho, transferindo para a máquina o trabalho burocrático.

“A Vara de Menores, quando eu assumi” — lembra — “tinha 158 impressos, 16 prédios, 48 veículos, enfim, um orçamento monstruoso. Hoje, trabalha apenas com três impressos: a capa do processo, a petição inicial que vai para a planilha do computador e o papel do ofício. É o primeiro cartório do País sem papel, onde o juiz decide verbalmente.”

Avesso aos impressos burocratizados e carimbos, o Juiz Antônio Luiz Chaves Camargo vai mais longe: “Todas as entidades que trabalham com menores deveriam ter um computador ligado à Vara de Menores”. “O menor que fica internado além do tempo necessário custa em média 10 mil cruzeiros por dia ao Estado. Numa entidade particular fica por volta dos 150 mil cruzeiros por mês. Ora, se cada entidade tiver um terminal de processamento de dados, cada menor ficará em torno de 700 cruzeiros, ou seja, o preço de um *cheesburger* e um refrigerante. Uma adoção, que antes do computador ficava em torno dos 200 ou 300 mil cruzeiros, custa hoje de 800 a mil cruzeiros.”



6. O Registro Central de Solicitações e o Registro de Menores

Com o intuito de facilitar a adoção de crianças órfãs e abandonadas internadas nos estabelecimentos públicos e particulares de São Paulo, FERNANDO ACAYABA DE TOLEDO, Juiz de Direito Titular da Vara Central e Coordenador das Varas de Menores de São Paulo e demais Juizes de Menores dos foros regionais da mesma Comarca: OSVALDO DA SILVA RICO (I, Santana), SAMUEL ALVES DE MELLO JÚNIOR (II, Santo Amaro), CARLOS AUGUSTO BONCHRISTIANO (IV, Lapa), PEDRO LUIZ RICARDO GAGLIARDI (VI, Penha), PAULO HATANAKA (VIII, Tatuapé), PAULO BARROZO DE SOUZA (Centro, II), ADEMIR DE CARVALHO BENEDITO (XI, Pinheiros), WILSON BARREIRA (1ª Vara Especial de Menores), DANIEL PEÇANHA DE MORAES JÚNIOR (Auxiliar da Vara Central de Menores) e MARIO EDUARDO DE MENDONÇA (Auxiliar da mesma Vara), em reunião realizada a 6-5-1985, resolveram, pela Portaria Conjunta nº 3/85, instituir o Registro Central de Solicitações (RCS) e o Registro de Menores (RM) visando a colocação destes em lares substitutos.

O Registro Central de Solicitações (RCS) foi instalado na Vara Central de Menores mas abrangendo toda a Comarca de São Paulo, tendo por base as seguintes funções:

- I — centralizar os elementos referentes às pessoas interessadas em receber menores sob quaisquer das formas de colocação em lar substituto previstas em lei;
- II — registrar, sob rigorosa ordem cronológica, as inscrições de interessados comunicadas pelas entidades cadastradoras ou recebidas diretamente pelas Varas de Menores, organizando dupla listagem, uma de brasileiros e outra de estrangeiros;
- III — informar, mediante consulta ou solicitação, quer às Varas de Menores, quer às entidades sociais, quanto à disponibilidade de interessados em receber menores, indicando-os mediante ordem cronológica de inscrição;
- IV — promover, periodicamente, a intervalos não maiores de 30 (trinta) dias, a comparação dos quadros de menores e de disponibilidades de lares substitutos para efeito de compatibilização e providências subseqüentes.

O Registro de Menores (RM) será elaborado pelas Varas de Menores, cada qual cadastrando os menores disponíveis em sua jurisdição com a utilização do sistema de computação, integrando-se numa única organização para a Comarca de São Paulo.

As entidades oficiais ou particulares que efetuam a inscrição de interessados em receber menores deverão comunicar ao RCS, imediatamente, todos os pedidos de inscrição colhidos até a data da vigência da Portaria, e as inscrições coletadas dessa data em diante serão comunicadas ao RCS no prazo máximo de 10 dias de sua efetivação.

Serão todas individualizadas e deverão conter informações específicas de cada interessado, de acordo com modelo anexo.

À medida que as Varas de Menores dos Foros Regionais de São Paulo efetivarem a entrega de menores, sob quaisquer das formas de colocação, comunicarão o fato ao RCS, no prazo de 5 dias da entrega, fornecendo seus nomes e os das pessoas que os receberam, para fins de cancelamento do registro original.

As instituições públicas e privadas, que mantenham menores em regime de internato, deverão remeter à Vara de Menores sob cuja jurisdição se encontrem, no prazo de 10 dias, relação de todos os abrigados, com exceção das que abrigam exclusivamente menores que apresentam conduta anti-social, os quais terão tratamento específico.

As relações de menores abrigados deverão conter elementos mínimos sobre cada menor, de conformidade com o modelo anexo nº 2.

Após a remessa da listagem básica, as entidades comunicarão ao respectivo Juízo, mensalmente, até o 3º dia útil de cada mês, as alterações ocorridas no mês imediatamente anterior.

As instituições públicas e privadas que mantenham menores em regime de internato, concomitantemente com serviços próprios de inscrição de interessados em receber menores, deverão encaminhar a colocação de seus abrigados perante os Juízos competentes, atentas as disposições da Portaria.

Existindo menor a ser colocado, em qualquer entidade, esta recorrerá ao RCS para a obtenção de indicação de pessoas já registradas.

Nas colocações em lares substitutos sempre deverão prevalecer os interesses e as necessidades dos menores. Esses fatores determinarão a escolha da nova família quando confrontados com a situação que lhes poderá proporcionar os interessados que ocuparem as primeiras colocações na ordem cronológica de registro.

Havendo interessado em receber menor, mas não dispondo a entidade de menores que correspondam às pretensões do inscrito, ela recorrerá ao RCS para indicação de disponibilidade.

A colocação de menor junto a família estrangeira residente no exterior será admitida após informação do RCS sobre interessados residentes no País que ofereçam situação equivalente.

Quando as propostas de colocação de menores em famílias substitutas forem promovidas por iniciativa do próprio RCS, elas serão precedidas de consulta à entidade onde se encontrar internado o menor sobre a conveniência da medida. A mesma providência será adotada em relação aos menores internados meramente como assistidos ou que já tenham processos em andamento nas Varas de Menores dos Foros de São Paulo, quando as últimas informações constantes de prontuários ou dos autos revelarem que as visitas por genitores ou por parentes, ou ainda, a existência de trabalhos visando a reintegração social do menor forem superiores a 180 dias.

Os serviços e informações prestados pelo RCS ou pelo RM, quer às entidades, quer aos interessados que os solicitarem, terão tratamento sigiloso e serão isentos de custas ou despesas de qualquer espécie.

7. Contribuições para o aperfeiçoamento do instituto

Em nossa *Adoção, Adoção Simples, Adoção Plena* (4ª edição, Editora Rev. dos Tribunais) traçamos um minucioso histórico da adoção, no direito pátrio anterior ao Código Civil, nos dispositivos deste, nas modificações decorrentes da Lei nº 3.133, de 8-5-1957, e do Código de Menores, Lei nº 6.697, de 10-10-1979.

Na ocasião em que discute o Senado os desastrosos dispositivos que o Projeto de Código Civil dedica à matéria, retrocedendo mil anos com relação às normas vigentes, muitas sugestões se impõem para uma reformulação completa.

Como, no entanto, dar-lhes uma estrutura orgânica senão através de um texto específico?

O ideal é reuni-los todos, retirando-os de onde se localizam, até mesmo do Código de Menores, medida perfeitamente plausível, pois cabe-lhe cuidar exclusivamente de disposições “sobre assistência, proteção e vigilância dos menores”, art. 1º, ao passo que a adoção, matéria que diz respeito à filiação, deve constar mesmo do Código Civil.

Tomando como base os numerosos estudos realizados, inclusive os da Associação de Juizes e Curadores do Brasil, o Projeto Albergaria, o de LUCY LOPES KRATZ, Defensor Público no Estado da Guanabara, “A Adoção”, *Justitia* (vol. 83, 1973, pp. 9-20), o Anteprojeto de Adoção Plena elaborado pelo Juiz e Sociólogo LIBORNI SIQUEIRA, que honrosa-

mente recebemos no dia 19-9-1985, apresentamos aos estudiosos o seguinte esquema, a ser aperfeiçoado:

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. . Podem adotar os maiores entre 25 e 60 anos, desde que satisfaçam condições morais, psíquicas e econômicas, bastando, se forem cônjuges, que um deles tenha completado aquela idade.

§ 1º Além dos sessenta anos poderão adotar o menor que tiver vivido por mais de dez anos em sua companhia.

§ 2º Ninguém pode adotar, sendo casado, senão decorridos dois anos da data do casamento. É indispensável o consentimento do outro cônjuge, que poderá ser suprido judicialmente em caso de ausência.

Art. . A adoção limita-se aos menores ou incapacitados física ou psicologicamente, que não sejam parentes até o segundo grau dos adotantes.

Art. . Só é permitida a adoção do maior cuja convivência familiar com o adotante seja contínua, por dez anos no mínimo.

Art. . Os adotantes não de ter pelo menos dezesseis anos mais do que o adotado, salvo se este for filho de um dos cônjuges adotantes.

Art. . O adotante está obrigado a fazer o inventário dos eventuais bens do adotado incapaz, que entregará ao juiz competente dentro de um mês, a contar da data da sentença de adoção.

Parágrafo único. Sobre esses bens os pais adotivos não terão usufruto, cabendo-lhes apenas administrá-los, podendo aplicar a renda na manutenção e educação do adotado.

Art. . Enquanto não der contas de sua administração e não saldar eventual débito, não poderá o tutor, ou curador, adotar o pupilo ou o curatelado.

Art. . A adoção depende do consentimento dos pais de sangue, salvo se desconhecidos, desaparecidos ou destituídos do pátrio poder, ou dos representantes legais, e da conveniência do adotando que contar mais de 14 anos de idade, apreciada pelo juiz.

Art. . Podem adotar concubinos em união estável de no mínimo cinco anos, requisito dispensado se tiverem filhos dessa união.

§ 1º Um dos cônjuges separado judicialmente ou divorciado poderá requerer a adoção do menor que tenha estado sob sua guarda na constância do matrimônio.

§ 2º Os viúvos, solteiros ou divorciados com mais de 25 anos poderão requerer a adoção de menor integrado em seu lar há mais de um ano.

Art. . É permitida a adoção póstuma se o falecido já tiver praticado todos os atos necessários à sua formalização ou tenha manifestado por escrito sua vontade de adotar.

Art. . Na prole eventual beneficiada por disposição testamentária não se incluem os filhos adotivos.

Art. . Não é admitido o reconhecimento posterior à adoção.

Art. . Fica sujeita à nulidade e às penalidades previstas em lei toda adoção que redunde em vantagem financeira em qualquer fase de colocação de uma criança em lar substituto, dentro ou fora do País.

ADOÇÃO

Art. . A adoção far-se-á por escritura pública autorizada por alvará judicial, devendo o interessado indicar, no requerimento, os apelidos de família que usará o adotado, os quais, se deferido o pedido, constarão do alvará e da escritura, para averbação no registro de nascimento do menor.

§ 1º A adoção será precedida de estágio de convivência com o menor, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas a idade do adotando e outras peculiaridades do caso.

§ 2º O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando não tiver mais de um ano de idade.

Art. . O parentesco resultante da adoção limita-se ao adotante e ao adotado.

Art. . Os direitos e deveres que resultam do parentesco de sangue não se extinguem pela adoção, exceto o pátrio poder, que será transferido do pai de sangue para o adotivo.

Art. . Quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária.

Art. . Ao adotado sucedem na seguinte ordem:

I — seus descendentes;

II — seu cônjuge;

III — os pais adotivos quanto aos bens adquiridos após a adoção;

IV — os pais de sangue quanto aos bens existentes antes da adoção;

V — na falta dos pais de sangue, herdarão os adotivos a quota correspondente;

VI — na falta dos pais adotivos, herdarão os de sangue a parcela respectiva.

Art. . Desfaz-se a adoção:

I — por iniciativa do adotado quando menor ou interdito, no ano imediato ao em que cessar a menoridade ou interdição;

II — por mútuo consentimento;

III — nos casos em que é admitida a deserdação ou a exclusão da sucessão dos descendentes pelos seus ascendentes;

IV — nos casos em que é admitida a deserdação dos ascendentes pelos descendentes.

V — sempre que for contrária aos interesses do adotado menor — seu desenvolvimento, à formação de sua personalidade — ou do incapaz. a manutenção do vínculo adotivo.

Art. . O Ministério Público tem legitimação para propor a ação rescisória da adoção, em defesa do adotado menor ou incapaz, nas hipóteses dos incisos IV e V do artigo anterior.

Art. . No ato da adoção serão declarados quais os apelidos da família que passará a usar o adotado.

§ 1º O adotado poderá formar seus apelidos conservando os dos pais de sangue; ou acrescentando os do adotante; ou, ainda, somente os do adotante, com exclusão dos apelidos dos pais de sangue.

§ 2º Ao atingir o adotado a maioridade, poderá alterar os seus apelidos de família no sentido de permanecerem apenas os dos pais adotivos.

Art. . A adoção poderá ser convertida em adoção plena, obedecidos os requisitos desta.

ADOÇÃO PLENA

Art. . A adoção plena atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

Art. . Caberá adoção plena de menor, de até 7 (sete) anos de idade, que se encontre na situação irregular definida no inciso I, artigo 2º, do Código de Menores, de natureza não eventual.

Parágrafo único. A adoção plena caberá em favor de menor com mais de 7 (sete) anos se, à época em que completou essa idade, já estivesse sob a guarda dos adotantes.

Art. . A adoção plena será deferida após período mínimo de 1 (um) ano de estágio de convivência do menor com os requerentes, computando-se, para esse efeito, qualquer período de tempo, desde que a guarda se tenha iniciado antes de o menor completar 7 (sete) anos e comprovada a conveniência da medida, com a integração sócio-familiar e a prestação efetiva da assistência material, moral e educacional.

Art. . Aos cônjuges separados judicialmente, havendo começado o estágio de convivência de 3 (três) anos na constância da sociedade conjugal, é lícito requererem adoção plena, se acordarem sobre a guarda do menor após a separação judicial.

Art. . A adoção plena será constituída mediante processo judicial de caráter secreto, não podendo os autos serem entregues a qualquer das partes. Serão ouvidos o adotante, o representante legal do adotado e o adotado que tiver completado 14 anos, bem como a instituição de onde proceder o menor.

Art. . Somente poderão requerer adoção plena casais cujo matrimônio tenha mais de 5 (cinco) anos e dos quais pelo menos um dos cônjuges tenha mais de 30 (trinta) anos.

Parágrafo único. Provadas a esterilidade de um dos cônjuges e a estabilidade conjugal, será dispensado o prazo.

Art. . Autorizar-se-á a adoção plena ao viúvo ou à viúva, provado que o menor está integrado em seu lar, onde tenha iniciado estágio de convivência de 3 (três) anos ainda em vida do outro cônjuge.

Art. . A adoção plena, que será concedida sempre em benefício do adotando, atribui a este o estado civil irrevogável de filho legítimo do(s) adotante(s), que receberá, assim, a quota sucessória correspondente, desligando-o de qualquer vínculo com os pais ou parentes, salvo os impedimentos matrimoniais. O parentesco se estende à família dos adotantes plenos.

Art. . Se o adotado morrer sem descendentes legítimos, os bens doados pelo adotante, ou recolhidos da sua sucessão, e que existirem em natureza por ocasião da morte do adotado, voltarão ao adotante ou a seus descendentes, mesmo adotivos, com o encargo de contribuir para as dívidas, e sem prejuízo dos direitos de terceiros.

Art. . A adoção plena confere ao menor o nome do adotante, podendo determinar a modificação de seu prenome, a pedido do adotante ou do adotado.

Art. . Os efeitos da adoção começam a partir da homologação da sentença.

Art. . A sentença concessiva da adoção plena terá efeito constitutivo e será inscrita no Registro Civil mediante mandado, do qual não se fornecerá certidão.

§ 1º A inscrição consignará o nome dos pais adotivos como pais, bem como o nome de seus ascendentes.

§ 2º Os vínculos de filiação e parentesco anteriores cessam com a inscrição.

§ 3º O registro original do menor será cancelado por mandado, o qual será arquivado.

§ 4º Nas certidões do registro nenhuma observação poderá constar sobre a origem do ato.

§ 5º A critério da autoridade judiciária, poderá ser fornecida certidão para a salvaguarda de direitos.

Art. . A adoção plena é irrevogável, ainda que aos adotantes venham a nascer filhos, aos quais estão equiparados os adotados, com os mesmos direitos e deveres.

Art. . O estrangeiro domiciliado fora do País somente poderá requerer a adoção, observadas as formalidades exigidas pela lei, impe-

da a adoção por procuração, e provado que cumpriram os requisitos legais existentes em seus países de origem.

Art. . Revogam-se os artigos 27 a 37 e 107 a 109 do Código de Menores, além das demais disposições em contrário.

8. *De pouco adianta elaborarmos a mais perfeita das leis*

De pouco serve, no entanto, elaborarmos o mais perfeito dos diplomas legislativos: não será seguido, ficará provavelmente ignorado ou flagrantemente violado, se não houver uma conscientização da importância e da urgência em que a população inteira colabore mais efetivamente na solução do problema, em que — é triste reconhecê-lo — fracassam completamente as iniciativas governamentais.

Chamemos sobre nós mesmos a responsabilidade por não termos tido a força suficiente para uma contribuição mais efetiva para a solução do problema.

Na impossibilidade de remediar as conseqüências da inépcia e da incompetência do passado, façamos pelo menos alguma coisa para abrimos um novo capítulo na história da assistência aos desamparados, impedindo que o mesmo ocorra com as novas levas de abandonados.

Felizmente os meios de comunicação da imprensa, do rádio, da televisão, até mesmo do cinema mostram a maior das disposições nesse movimento de conscientização.

O jornal, *O Estado de S. Paulo*, entre muitos outros órgãos, tem-se notabilizado pela seriedade de suas reportagens, entre as quais destaco a do dia 22-9-1985, "O grande escândalo do abandono".

Os jornalistas JOSÉ MARIA MAYRINK, LUIZ FERNANDO EMEDIATO e MILTON RODAS reuniram, numa mesa-redonda, eminentes personalidades para discutir "O Grande Escândalo do Abandono".

Não poderiam ser mais expressivas as palavras iniciais:

"O Brasil tem entre 65 e 70 milhões de habitantes com idade até 18 anos — e, destes, 36 milhões, mais da metade, estão no abandono. Um grande escândalo, explorado duramente quando, no exterior, alguma publicação quer chamar a atenção para a miséria do País. Pior: destes 36 milhões de menores carentes, sete milhões — número superior ao da população de vários países — estão nas ruas, em abandono total, sem qualquer tipo, mesmo frágil, de amparo. Há ainda 400 mil crianças internadas em instituições muitas vezes sem condições de funcionamento;

e mais 14 mil — os infratores — presos em celas, de onde muitas vezes fogem, para roubar e até matar. Pela primeira vez na história do País, entretanto, as próprias autoridades, junto com especialistas e educadores, chegam à amarga conclusão de que está tudo errado: as instituições criadas para cuidar da criança e do adolescente carentes estão falidas e para pouco servem. E já começam a pensar na completa e radical mudança de toda a estrutura.”

O Prof. MICHAEL R. WILL, de Saarbruecken, numa importante contribuição para o 1º Congresso Jurídico brasileiro-alemão, realizado em 1984 em Porto Alegre, explica que na adoção aparecem entrelaçados uma série de fatores essencialmente ligados à pessoa humana: amor, caridade, família, poder, dinheiro, egoísmo.

Ao fato que manejar valores como estes em conjunto — já não é simples — somam-se as dificuldades que surgem dos muitos e variados participantes a que importa o desenvolvimento da adoção.

E, revelando invulgar conhecimento da literatura especializada, principalmente brasileira, conclui em que a falta de uma adequada regulamentação da adoção internacional, a variedade de fórmulas legislativas aplicáveis nos diferentes países assim como a multiplicidade de critérios que expressam os diversos julgadores para decidir problemas similares delineiam uma situação caótica.

Às vezes por excesso, às vezes por carência, não se conseguiu encontrar uma fórmula coerente que faça oscilar em adequado equilíbrio os dois embasamentos da confiança e da fiscalização, ao comparar as soluções que os legisladores de um e de outro lado do oceano produziram, ou as sentenças dos julgadores:

“A falta de controles adequados por parte dos países latino-americanos produz na Europa uma reação exagerada; e os controles que os europeus pretendem impor são, aos olhos da América Latina, desproporcionados às suas necessidades.

E o que todos desejavam: uma instituição eficaz e rápida para adotar uma criança desvalida de uma família, transformar-se, pela falta de entendimento, de colaboração, de conhecimento em um e outro continente, num procedimento lento, dificultoso, custoso, incerto, até mesmo absurdo, e em que o princípio diretor de buscar o melhor para o menor, parece ter ficado esquecido entre os corredores de um Palácio de Justiça...”

Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas (*)

À venda na SSETEC (Senado Federal — 22º andar)

Encomendas mediante vale postal ou cheque visado, pagável em Brasília (a favor da Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal) ou pelo reembolso postal.

“REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

Números atrasados à venda: 10, 12, 13/14, 17, 18, 26, 30 a 45, 47 a 53, 55 a 89.

“ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

(NÚMEROS 1 a 80)

Distribuição gratuita

“COLEÇÃO DE ATOS INSTITUCIONAIS, ATOS COMPLEMENTARES E DECRETOS-LEIS”

Volumes à venda: 6º a 16º

“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.

(*) Não estão relacionadas as obras esgotadas.

“SEGURANÇA NACIONAL” (2ª edição — 1982)

- Lei nº 6.620/78 — texto, índices sistemático e temático
- Textos constitucionais e legislação ordinária
- A Lei de 1978 comparada à legislação anterior
- Anotações (opiniões e legislação correlata)
- Histórico da Lei nº 6.620/78 (tramitação legislativa)

“SEGURANÇA NACIONAL” (edição — 1984)

- Lei nº 7.170, de 14-12-1983 — texto com índice temático.
- Quadro comparativo da Lei nº 7.170/83 com a Lei nº 6.620/78.
- Anotações.
- Histórico (tramitação legislativa) da Lei nº 7.170/83.
- Subsídios para a elaboração da Lei nº 7.170/83.

“CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS” (edição 1984) 4 volumes

Constituição da República Federativa do Brasil — texto constitucional vigente (consolidado, anotado e indexado)

Constituições de todos os Estados da Federação (textos atualizados, consolidados e anotados com as redações anteriores e as declarações de inconstitucionalidade) Remissões à Constituição federal.

Leis Complementares de criação dos Estados do Rio de Janeiro, de Mato Grosso do Sul e de Rondônia.

Índice geral temático das Constituições estaduais.

“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

Leis Complementares nºs 1/67 a 48/84.

Textos

Legislação citada

Histórico (tramitação legislativa)

Índice temático

“EXECUÇÃO PENAL” (edição 1985)

Lei nº 7.210, de 11-7-1984 – 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 nº 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 nº 1, de 17-10-69, e as alterações feitas pelas Emendas Constitucionais nºs 2/73 a 27/85.

Índice temático.

"CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL"

Quadro Comparativo

(5ª edição — 1986)

Texto constitucional vigente (consolidado — Emendas nºs 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

1º volume — Textos das Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações.

Texto constitucional vigente (consolidado — Emendas nºs 1/69 a 27/85).

2º volume — Índice temático geral (comparativo) de todas as Constituições brasileiras.

ASSINATURA DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Faça a sua inscrição como assinante da **Revista de Informação Legislativa**.

Envie vale postal ou cheque visado, pagável em Brasília (a favor da Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal).

Assinatura anual: nºs 89 (janeiro/março de 1986) a 92 (outubro/dezembro de 1986).

Preço: Cz\$ 160,00

Dirija seu pedido à

Subsecretaria de Edições Técnicas

SENADO FEDERAL

Brasília — DF — 70160

Atende-se também pelo reembolso postal.

Rede de Bibliotecas depositárias das publicações da Subsecretaria de Edições Técnicas

Biblioteca Nacional
Instituto Nacional do Livro
Senado Federal
Câmara dos Deputados
Tribunal de Contas da União
Presidência da República
Procuradoria-Geral da República
Consultoria-Geral da República
Supremo Tribunal Federal
Tribunal Federal de Recursos
Superior Tribunal Militar
Tribunal Superior Eleitoral
Tribunal Superior do Trabalho
Assembléias Legislativas
Tribunais de Justiça
Tribunais de Contas Estaduais
Tribunais Regionais Eleitorais
Tribunais Regionais do Trabalho
Procuradorias-Gerais dos Estados
Ordem dos Advogados do Brasil
(Conselho e Secções Regionais)
Faculdades de Direito