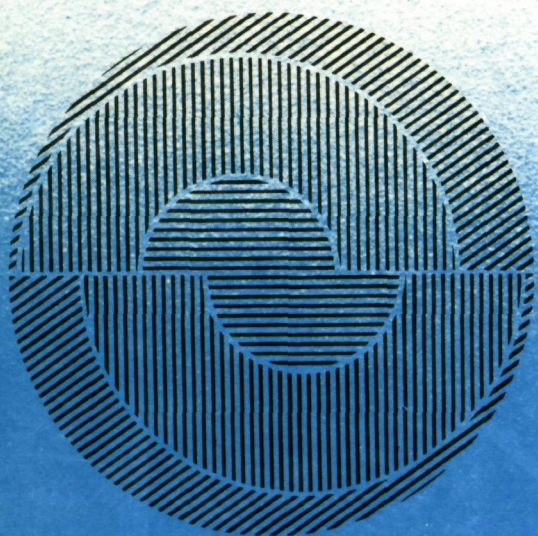


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

OUTUBRO A DEZEMBRO 1986

ANO 23 • NÚMERO 92

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

a. 23 n. 92 — outubro/dezembro 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. 92	out./dez. 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

	Pág.
Liberdade, participação, comunidade — <i>André Franco Montoro</i>	5
O <i>referendum</i> e a representação democrática no Brasil — <i>Cármen Lúcia Antunes Rocha</i>	13
Constituição: lição americana — <i>Adhemar Ferreira Maciel</i>	41
A Constituição, a Federação e o planejamento nacional — <i>Cotrim Neto</i>	45
A Assembléia Constituinte e o seu temário — <i>José Alfredo de Oliveira Baracho</i>	63
Imunidades parlamentares dos Vereadores — <i>Zeno Veioso</i>	147
Educação e Constituinte — <i>Pinto Ferreira</i>	171
A Constituinte de 1987 e as finanças públicas — <i>Harry Conrado Schüler</i>	195
Tribunais de Contas e a Constituição -- <i>José Luiz Anhaia Mello</i>	213
A liberdade de iniciativa econômica. Fundamento, natureza e garantia constitucional — <i>Francisco dos Santos Amaral Neto</i>	221
El Ombudsman en América Latina -- <i>Jorge Luis Maiorano</i>	241
O Ouvidor-Geral e o Ombudsman: duas instituições distintas — <i>Carlos Alberto Provenciano Gallo</i>	257
Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos — <i>Rodolfo Carlos Barra</i>	261
O <i>habeas corpus</i> e o <i>interdictum de homine libero exhibendo</i> — <i>Edson de Arruda Câmara</i>	291
A prática do processo legislativo — <i>Rosinethe Montenegro Soares</i>	317
Estabilidade e Fundo de Garantia -- análise constitucional da compatibilidade dos dois sistemas -- <i>Torquato Jardim</i>	339
Trabalho do menor: realidade e ordem legal -- <i>Cândido Alberto Gomes</i> ..	349
Cultura: incentivos fiscais e aplicações no setor -- <i>Carlos Alberto Bittar</i> ..	373
Tortura — delito não tradicional recentemente criminalizado na Grécia — <i>Dionysios D. Spinelis</i>	383
Direito de voto nas sociedades anônimas — <i>Fátima Regina França Farah</i> ..	397

PUBLICAÇÕES

Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas	411
---	-----

Liberdade, participação, comunidade

ANDRÉ FRANCO MONTORO

Governador do Estado de São Paulo.
Ex-Senador.

"Não podemos aceitar a exploração do homem pelo homem, nem a opressão do homem pelo Estado. Comunidade é a idéia força de uma política humanista."

"Liberdade, participação, comunidade", soam como palavras-chave no debate político contemporâneo. Essa atualidade será ainda mais marcante se considerarmos a "liberdade", não apenas em si, como valor ético, mas nos fixarmos em sua significação histórica e dinâmica de "libertação".

LIBERDADE

A palavra "liberdade" tem uma ampla conotação. Tem sido usada para designar a liberdade de pensamento, de decisão, de expressão, liberdade contratual, liberdade de associação, de locomoção, até o sentido moderno, cada vez mais utilizado na linguagem da militância política e social, assim definido por SIDNEY e BEATRICE WEBB: "Liberdade pessoal significa, no mínimo, o poder de assegurar para si alimentação, moradia e vestuário suficientes". É, em suma, a liberdade da necessidade, uma das famosas quatro liberdades de ROOSEVELT: "Os homens necessitados não são livres".

Nesse sentido, a luta pela liberdade real e concreta dos homens abrange a luta contra a miséria, o subdesenvolvimento e as grandes desigualdades na repartição dos bens e encargos sociais, no mundo contemporâneo.

A luta pela justiça é uma parte essencial da luta pela liberdade.

É esse, aliás, um dos fenômenos centrais da realidade política e social do mundo atual. Refiro-me às múltiplas manifestações da

.II Congresso Brasileiro de Filosofia Jurídica e Social).

luta contra as graves desigualdades na distribuição das riquezas e do bem-estar social, no plano internacional e no plano interno dos países subdesenvolvidos.

Eis o depoimento de um dos analistas das modernas "teorias da libertação", PAUL EUGÈNE CHARBONEAU: "No plano internacional, povos inteiros são espoliados e mantidos sob tutela econômica, proletarizados e marginalizados enquanto nações são escandalosamente exploradas, num desprezo absoluto pelas mais elementares normas de justiça. No plano nacional, no interior dos próprios países subdesenvolvidos, surge o mesmo fenômeno. Massas gigantescas chafurdam na miséria, morrem de fome, estagnam no desemprego, ou então trabalham em condições piores do que as da escravidão, pois seu trabalho não lhes proporciona nem mesmo a alimentação necessária à manutenção de sua força vital". (Da "Rerum Novarum" à Teologia de Libertação, Ed. Loyola, S. Paulo, 1986, p. 42).

Foi esse, também, o sentido do recente Encontro Internacional promovido pela PUC de São Paulo sobre as contribuições de THEILHARD DE CHARDIN, E. MOUNIER e L. J. LEBRET, sob o título: "A Marcha da América Latina para a democracia e a libertação".

Por isso, uma reflexão aprofundada sobre o tema de "liberdade", inserido no debate universal e contemporâneo da "libertação", constituirá valiosa colaboração deste Congresso ao fortalecimento da luta permanente da humanidade pelos valores da liberdade e de justiça.

PARTICIPAÇÃO

Para enfrentar o grande desafio da injustiça e assegurar a liberdade real, a prática e a ciência política passaram a elaborar um novo conceito de democracia. Não se trata apenas de eleger "representantes" para tomar decisões, legislar ou administrar "em nome" dos cidadãos, mas de assegurar aos múltiplos setores da população meios de "participar", na medida do possível, da solução dos problemas que lhes dizem respeito.

O regime representativo tradicional reduzia a participação do cidadão à formalidade do voto. Mas, as tendências cada vez mais claras das modernas concepções políticas acentuam a importância básica da "participação" dos grupos sociais no processo político e na solução dos respectivos problemas.

O conceito de "participação" liga-se à própria essência da relação social entre indivíduo e Estado, ou, mais amplamente, entre pessoa e sociedade.

Qual o sentido dessa relação?

O ser humano e o grupo social, realidades inseparáveis, se constituem de forma dinâmica e dialética. Em todos os níveis do universo,

contemplamos uma relação dinâmica semelhante entre unidades em interação, sejam elas prótons ou elétrons, átomos, células, seres humanos ou grupos sociais.

Mas essa relação dinâmica, e de certa forma dialética, observável nos diferentes níveis do universo, adquire no caso do relacionamento pessoa-sociedade uma característica especial: chama-se diálogo. É através do diálogo que a pessoa toma consciência de sua situação e de seus problemas e é, também, através de diálogo que o grupo social se constitui como realidade sócio-cultural. O diálogo está assim, na origem e na continuidade dinâmica da "pessoa" e da "sociedade". Da pessoa humana real e da sociedade historicamente atuante.

Essa realidade é particularmente importante no quadro das relações entre o indivíduo e o Estado, no plano político.

As concepções individualistas tendem a afastar a presença do Estado e limitar a vida social ao jogo das competições interindividuais.

De outro lado, as tendências estatistas ou coletivistas pretendem impor autoritariamente aos indivíduos as determinações do poder político.

No primeiro caso, temos o isolacionismo individualista. No segundo, o monólogo paternalista.

O caminho democrático é o do diálogo, que constitui a própria essência da "participação" e o instrumento insubstituível do desenvolvimento político, econômico, social e cultural.

As novas condições de vida coletiva exigem novas soluções. A história não volta atrás. Camadas cada vez mais amplas da população tomam consciência do caráter meramente formal e aparente de antigas fórmulas democráticas, em que a participação do povo é mais simbólica do que real. E, de outra parte, as nações tomam, também, consciência de que os regimes não democráticos são incapazes de resolver, de forma estável e permanente, os problemas fundamentais do país e de sua população.

É preciso descobrir novos caminhos dentro da via democrática. E, entre os caminhos possíveis, a serem abertos através de reflexão e do trabalho das lideranças sociais, pelas novas gerações de homens públicos e de estudiosos da ciência política, situa-se a democracia participativa. Esta pode ser caracterizada como um modelo de organização democrática, fundado não apenas na "representação" popular, mas, também, na "participação" organizada e ativa da população nos assuntos de seu interesse.

Para esse tema têm convergido as reflexões, pesquisas e projetos de publicistas, políticos e estudiosos da ciência-social em diver-

sas partes do mundo ⁽¹⁾. Com diferentes perspectivas, acentuam esses autores a importância de se apoiar, estimular e organizar a participação de todos os setores da população nos diversos planos de vida política e social.

Qual o fundamento dessa exigência de participação?

Em primeiro lugar, uma razão de ordem sociológica e histórica. O homem contemporâneo começa a tomar consciência de que não é apenas um "espectador" passivo da história, mas seu "agente". É o que se pode denominar consciência da história. Trata-se, como diz PIERRE ANTOINE, de "uma transformação prodigiosa, uma atitude completamente nova do homem a respeito de sua própria história. O homem já não se contenta em suportar passivamente os acontecimentos. Já não acredita na fatalidade, mas toma em suas mãos a própria história, procurando fazê-la e dominá-la. É nisso, sobretudo, que a história se tornou "consciente". Essa consciência não se limita a algumas elites, mas se amplia progressivamente a todos os setores da vida social.

(1) GUILHERME YEPES, *Reinventar la Democracia*; ALEXANDRO SILVA, *La Democracia Representativa*; PIERRE ANTOINE, *Por que participar?*; ROBERTO PAPINI, *La Participación de Ciudadanos en el Poder Político*; ALAN BARRERE, *Socialización y Democracia*; ARISTIDES GALVANI, *Naturalaleza y Fines de las Sociedades Intermedias*; W. PERQUIN, *Régimen Político y Estructura del Estado*; NATALIO R. BOTANA, *Acercas de la Participación Política*; JOSÉ BARBEITO, *El Partido Político como Instrumento de Participación*; SMILJKO SOKOL, *La Autogestión Social. El Modelo Yugoslavo de una Sociedad Socialista y Humanista*. Todos esses estudos constam do dossiê sobre DEMOCRACIA PARTICIPATIVA, publicado pelo "Centro de Información, Documentación y Análisis Latinoamericano" e destinado ao "Seminário sobre Democracia Participativa", Caracas, setembro de 1972; FRANCO MONTORO, *Democracia Participativa, seus Fundamentos e Instrumentos*, Brasília, 1972 — *Alternativa Comunitária, um Caminho para o Brasil*, ed. Nova Fronteira, 1982; ILCA OLIVEIRA DE ALMEIDA VIANNA, *Planejamento Participativo na Escola: Um Desafio ao Educador* — São Paulo: EPU, 1986; JOHN RANDOLPH LUCAS, *Democracia e Participação*, Trad. de Cairo Paranhos Rocha, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1985; VICENTE BARRETO, *Democracia e Participação*, Brasília, 1978; MACPHERSON, *A Democracia Liberal*, Trad. bras. Rio de Janeiro, 1978; PENNOCK e CHAPMAN, *Participation in Politics*, New York, 1975; BENNELLO E ROUSSOPOULOS, *The Case for Participatory Democracy; Some Prospects for a Radical Society*, New York, 1971; LAMOUNIER, "Representação e Participação: perspectivas e opções atuais", in *Reorganização Partidária e Representação*, Rio de Janeiro, 1978, pp. 25-27; EMERY and THORSRUD, *From and Content in Industrial Democracy*, London, 1969; VERBA, NIE e KIM, *Participation and Political Equality*, Cambridge, 1978; BENDIX, R. *Work and Authority in Industry*, New York, 1956; MILVOYEVIC, *The Yugoslav Commune*, Belgrade, 1965; MELMAN, *Decision Making and Productivity*, Oxford, 1958; ALAIN GUILLERM e BOURDET, *Autogestão: Uma Mudança Radical*, trad. bras. Rio de Janeiro, 1976; SINGLETON e TOPHAM, *Worker's Control in Yugoslavia*, London, 1963; MILBRATH, *Political Participation*, Chicago, 1965.

Uma filosofia da pessoa humana nos leva à mesma exigência de participação. É de JOÃO XXIII a observação de que “quando as estruturas e o funcionamento de um sistema econômico comprometem a dignidade humana dos que nele trabalham, enfraquecem o sentido de sua responsabilidade ou impedem seu poder de iniciativa, esse sistema é injusto, ainda mesmo que a produção atinja altos níveis (desenvolvimento econômico) e seja distribuída conforme as normas de justiça e da equidade (desenvolvimento social)”. “É exigência da própria natureza que os homens, no exercício da sua atividade produtiva, encontrem a possibilidade de atuar com responsabilidade pessoal e aperfeiçoar o próprio ser”. Essa observação é válida para os demais planos da vida social. A condição humana não permite que os membros da comunidade sejam tratados simplesmente como “objeto” passivo das atenções dos grupos dirigentes, como se fossem mercadoria, ficha ou peça na vida social. Sua dignidade de pessoa exige outro tratamento. Desenvolvimento propriamente humano só é aquele que é feito com a “participação” consciente e responsável das pessoas e grupos que integram a comunidade. Em suma, não se trata de receber passivamente os benefícios sociais, mas de tomar parte nas decisões e no esforço para sua realização.

Esse sentimento de participação é um dos poderosos elementos propulsores da atividade humana. É ele que entusiasma e anima a ação dos construtores de uma obra coletiva, seja um edifício, um instrumento eletrônico, uma represa, uma catedral ou uma cidade. Há um certo orgulho em estar participando, com seu trabalho, na criação de uma coisa importante. Com razão, pergunta PIERRE ANTOINE, o que é que torna o homem feliz. Será apenas uma riqueza, a posse ou a utilização de bens materiais? Não se pode confundir civilização de consumo com felicidade. Aumentar simplesmente o nível de vida ou a renda **per capita**, se não se sabe por que, poderá, ao invés de tornar os homens felizes, aumentar sua frustração. Ser feliz não é apenas viver confortavelmente. Mas sobretudo dar um sentido e valor àquilo que fazemos.

Além disso, a participação organizada e responsável dos diversos setores da população na solução dos problemas que lhes dizem respeito constitui um poderoso instrumento de educação e desenvolvimento. Desde o grau mais elevado de participação — que é o da “co-decisão” — até o menor que é o da simples “informação”, podemos imaginar, como lembra ROBERTO PAPINI, uma imensa variedade de formas de participação, tais como a “informação”, a “reivindicação”, a “consulta”, a “fiscalização”, o “controle” posterior ou prévio, a co-gestão, a realização de “serviços”, etc. Esses diferentes processos promovem a tomada de consciência dos verdadeiros problemas da comunidade, o exame da viabilidade e das conseqüências das medidas pro-

postas. Contribuem, assim, para a ampliação e objetividade dos conhecimentos e a participação do povo na cultura.

O paternalismo é a grande tentação do mundo moderno. É mais fácil aos governos adotar as soluções elaboradas pelos altos funcionários e aplicá-las, de cima para baixo, sem consulta, a toda sociedade. Muitos programas de desenvolvimento da comunidade são elaborados em nível excessivamente alto, por órgãos regionais ou nacionais centralizados e, até mesmo, por organismos internacionais. O resultado é, com freqüência, a inadaptação do programa e o desinteresse dos que deveriam ser os maiores interessados.

A explicação é simples: quando a população não participa no planejamento e nas decisões referentes a assuntos que lhe dizem respeito, seu comportamento natural é de indiferença e apatia.

Daí o imperativo social, humano e democrático da participação da comunidade, destacada em documento oficial da ONU:

“A necessidade de os membros de um grupo, classe ou organização participarem no planejamento dos seus próprios programas é básica em qualquer tipo de projeto e confunde-se com a própria maneira democrática de viver.”

A importância da participação pode ser assim sintetizada:

1 — as decisões e os programas são enriquecidos pelo conhecimento e a experiência de muitas pessoas;

2 — têm, por isso, maior probabilidade de corresponder às necessidades reais e serem eficientes;

3 — as pessoas que cooperam na elaboração ou nas decisões tornam-se mais interessadas e envolvidas na sua execução, não precisam ser convencidas;

4 — quando se substitui a passividade pela participação, dá-se aos interessados a oportunidade de ampliar seus conhecimentos e aperfeiçoar sua competência;

5 — em suma, a participação serve melhor ao bem comum e assegura a promoção humana.

É, assim, o grande instrumento de combate ao conformismo, à passividade, ao espírito de dependência e massificação.

COMUNIDADE

A exigência de “participação” leva naturalmente ao tema da “comunidade”. Porque é através das comunidades reais, em que vive e atua, que o homem pode participar de alguma forma da vida social.

Nenhum homem é uma ilha. Ele vive no seio de uma família. É empregado de uma empresa. Estuda numa escola. Mora num bairro. É associado de uma cooperativa. É membro de um sindicato, de uma associação, de um partido ou de um clube. É dentro das comunidades reais que ele vive e se desenvolve. Nas comunidades ele atua. É através das comunidades que ele pode "participar" da vida de toda a sociedade. Como lembra ALCEU AMOROSO LIMA, "só na comunidade é que a personalidade se realiza normalmente".

Comunidade é a idéia-força de uma política humanista. Em oposição às tendências desumanizadoras do individualismo político ou econômico e das diferentes formas de estatismo, de esquerda ou de direita, cresce hoje em todos os meios a consciência de uma alternativa comunitária.

Em lugar da concentração opressora do poder em mãos do "capital" ou do "Estado", uma política social e econômica de inspiração comunitária se orienta para a desconcentração das atividades e decisões, mediante a defesa e o desenvolvimento das comunidades que integram a sociedade civil. E, ao mesmo tempo, pela substituição dos processos autoritários e paternalistas por processos democráticos de participação. Hoje, essa é uma aspiração e uma tendência da população. Nesse sentido, podemos falar de um "despertar da sociedade civil".

Esse despertar da sociedade civil vem se operando em dois planos. Primeiro, pela adoção de processos comunitários ou de participação. Segundo, pela defesa e fortalecimento das comunidades que vêm se multiplicando em todos os níveis da vida social.

Adotar processos comunitários significa empregar métodos de ação social com a participação ativa dos membros da comunidade. Significa ver em cada homem um ser capaz de agir de forma racional e responsável, e não um simples "objeto" a receber passivamente benefícios e atenções. Significa substituir o paternalismo pela participação. Paternalista é o método de ação das ditaduras: "não penses porque o chefe pensará por ti". Paternalistas são os planos realizados sem a cooperação da comunidade. E, inversamente, de sentido comunitário são os processos fundados na participação ativa dos interessados.

Essa aspiração e esses processos de participação estão dando origem a um amplo movimento de fortalecimento e multiplicação de instituições comunitárias em todos os níveis.

Dentre as principais modalidades dessa participação das comunidades, podem ser destacadas:

1 — no plano local: as associações de moradores ou vizinhos, centros comunitários, clubes de mães e outros movimentos populares;

2 — no plano do trabalho: o movimento sindical, a participação dos empregados na vida das empresas e em outras instituições da comunidade;

3 — no plano da juventude e da educação: os movimentos de jovens, sua organização e participação em órgãos colegiados da escola e no debate dos problemas nacionais;

4 — no plano político: a luta pela estrutura democrática dos Partidos e pelo direito que deve ser assegurado às bases de participar das decisões partidárias, notadamente na elaboração de programas e escolha de candidatos; e

5 — outras modalidades de participação, como as associações de defesa da ecologia e do meio ambiente, cooperativas, associações de consumidores, instituições culturais e outras formas de organização e defesa de setores da população.

E, num sentido mais amplo do conceito de comunidade, vamos encontrar a mesma tendência nos diversos planos da vida pública: comunidade municipal, comunidades regionais, comunidades continentais e, acima de todas, a comunidade mundial. Vamos assim, desde a pequena comunidade familiar — a família é a comunidade-base — até a grande comunidade mundial, que deve ser a família das nações.

Em nosso País, no plano da vida pública, pode ser observada essa tendência com os movimentos em defesa da descentralização de poderes e recursos, atualmente concentrados em mãos da União, e sua passagem para os Municípios e os Estados-Membros. A defesa da federação e do municipalismo constituem hoje bandeiras de luta pelo aperfeiçoamento do processo político e de afirmação de duas espécies de comunidades básicas de nossa vida pública: os Municípios e os Estados-Membros.

A Nação, por sua vez, é uma comunidade de comunidades.

E acima das Nações e dos Estados-Nacionais, ganha força cada vez maior a constituição de comunidades continentais ou de grandes regiões, como a Comunidade Econômica Européia ou a Integração da América Latina.

Em todos esses movimentos de inspiração comunitária está presente a idéia de "participação" e de respeito à dignidade das pessoas ou dos grupos sociais que as integram.

É nessa linha, também, que devemos colocar o tema do presente Congresso no plano internacional. E refletir. E mais do que refletir, pregar, advertir, lutar, para que, acima das divergências e competições, as Nações se encaminhem para a constituição de uma verdadeira comunidade mundial, como único caminho capaz de assegurar a paz, que é a aspiração maior de todos os homens.

O referendun e a representação democrática no Brasil

CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA

*Procuradora do Estado de Minas Gerais.
Professora de Direito Constitucional e
Direito Administrativo da Faculdade de
Direito da PUC de Minas Gerais*

*“Não são, portanto, leis aquelas que
a aprovação pública assim não fez.”*

HOOKER

SUMARIO

- Introdução
- A proposta democrática e a participação popular na formação e dinâmica da vontade estatal
- Representação popular e natureza do princípio democrático
- O “referendum” como forma de participação direta do povo na elaboração da ordem jurídica
- Ineficácia dos instrumentos constitucionais brasileiros para aperfeiçoamento do princípio democrático
- Conclusões
- Bibliografia

Introdução

A representação e o exercício da participação popular no Estado contemporâneo, cuja complexidade de relações torna a própria construção democrática tão dificilmente viável, são questões de fundo, que emergem a cada passo ensaiado no sentido de se aperfeiçoarem instituições para a organização de uma sociedade justa e estruturada de modo legítimo pelo povo.

O conceito de representação política, a forma de seu exercício, a extensão de seu consentimento, contudo, não são problemas solucionados, conquanto sejam objeto frequente de estudos e experiências.

O próprio acoplamento dos conceitos de representação e realização democrática coloca um primeiro embaraço, demandando um fino trabalho de alinhamento de idéias e modelos políticos, a fim de que se não esvazie a democracia pela substituição do representado, tampouco se extinga a representação ao argumento de uma mais eficiente democracia por via direta, de não muito fácil ocorrência.

A representação, como instrumento aperfeiçoador do princípio democrático, tem espaço garantido em todas as ordens estatais contemporâneas. Mas a sua utilização, tantas vezes viciada, tem colocado em questão o seu futuro, de menos segundo os figurinos até aqui conhecidos e experimentados.

Ademais, a tecnologia disponível no Estado, e por ele grandemente utilizada, faz com que se retome o ideal de democracia direta, alterando a importância dos mecanismos de representação empregados e até aqui tidos como insuperáveis. É que os instrumentos tecnológicos propiciam o conhecimento imediato de opiniões simultaneamente oferecidos em locais e situações distintas, permitindo, ainda, a apuração final das manifestações em pouco espaço temporal.

De outra parte, os sistemas de representação partidária têm sido diuturnamente questionados, na atualidade, pela sua estreita ligação com a tipologia dos sistemas partidários e o seu engajamento nos regimes políticos, os quais passam por cerrado debate.

A discussão travada em torno do trinômio "povo-representação-democracia" assume posição de incontestável relevo no presente momento por que passa o Estado brasileiro, quando a sociedade nacional, desestimulada por modelo constitucional de representação falho, ineficaz e impróprio, e por experiências autoritaristas que se acumulam periodicamente, repensa a sua ordem jurídica e o seu modelo orgânico estatal.

Esta reflexão tem como ponto nodular exatamente a questão relativa à representação popular no processo de formação da vontade estatal, vale dizer, a forma do exercício democrático da sociedade, porquanto o princípio democrático, a direcionar normas e embasar instituições, não é, em si, objeto de controvérsia. A sua realização, contudo, de tão penosa e obscura prática no Brasil, constitui o núcleo do processo constituinte vivido na atualidade.

Cumprе sublinhar, aliás, que, se o debate sobre o tema ganha foros de importância e urgência no momento nacional, a sua relevância, até mesmo em países distanciados de rupturas constitucionais, como v.g. os Estados Unidos, Inglaterra ou França, emerge límpido ao sabor das transformações sócio-políticas, no bojo das

quais sobrevêm novas propostas concernentes ao exercício do princípio democrático e o seu sentido como inspirador de todas as instituições.

Dai a necessidade de estudos nos quais se debruce cada vez mais sobre o tema, de molde a que novas construções surjam no direito, a assegurar melhores formas de representação política para a elaboração de modelos democráticos mais esmerados.

A proposta democrática e a participação popular na formação e dinâmica da vontade estatal

"Forçar os homens a algo de inconveniente não parece razoável."

HOOKER

O princípio democrático, a animar diferentes modelos políticos e orientar, de maneira variegada, governos e economias contemporâneas, traz em seu conceito a equação pesquisadora do equilíbrio entre uma atuação estatal eficiente intensa e legítima e uma autoridade governativa conciliada com a necessidade de liberdade dos governados.

A concepção democrática terá sido, talvez, a tentativa de se construir a grande revolução social da história: aquela fulcrada na certeza de que os homens nascem livres, porém desiguais, mas que a sociedade somente poderá vir a ser justa quando construir a igualdade social fazendo com que o sentido de justiça anime a organização estatal.

Impelida pelo objetivo de realizar o bem comum, conceito social que busca a realização do ser humano integral em sua dimensão livre e singular, a sociedade constrói a sua idéia de justiça, e faz-se tanto mais democrática quanto seja capaz de tornar própria e eficaz esta idéia para o maior número de pessoas integrantes da experiência política.

O conteúdo do justo, à sua vez, para submeter a convivência social, haverá que se formalizar no continente da norma jurídica (1). A norma é a expressão maior do direito, e norma legítima é a que formaliza o direito da sociedade na busca de aperfeiçoamento da justiça tal como por ela concebido num dado momento histórico.

Se a proposta democrática é uma senda pensada para o atingimento da realização da idéia de justiça social, o elemento primário e imprescindível nela contido é o da sociedade participante. É o povo o ativador da dinâmica estatal, constituinte da ordem

(1) Neste sentido MATA MACHADO, Edgard Godoi. *Elementos de Teoria Geral do Direito*, Belo Horizonte. Ed. Vega S.A., s.d., pp. 22 ss.

jurídica e dirigente da estrutura burocrática esboçada, sendo este aparelhamento institucional o envoltório da sociedade, que se movimenta historicamente nas lindes da estabilidade, em cuja esfera se organiza e avança.

A evolução social aspira à justiça, e esta depende de uma ordem legítima, a qual não se encontra senão numa ordem estatal democrática. Por isso, a participação popular na formação e dinâmica da vontade estatal é imperiosa para a concepção do modelo de vida sócio-política democrático.

A democracia está no todo social. E assim ocorre porque é no povo, em sua integralidade, que repousa a essência do princípio democrático, qual seja, a liberdade, cujo exercício, na marcha da convivência social, perquire a conformação de valores na busca do justo.

Sendo a liberdade singularidade de todos e de cada um dos membros da sociedade, não se pode dar que a forma do seu exercício emane do pensamento de poucos, que detenham melhores condições de dirigir, pois nunca será ela melhor que o pensamento resultante da totalidade dos titulares do primeiro valor a amoldar as instituições estatais democráticas. Em verdade, nem se tem conseguido, na etapa histórica que atravessamos, concluir-se pelo governo dos melhores, mas daqueles que mais têm e que se arvoram, então, em empresários do povo e senhores do Estado, constituindo, sempre, oligarquias populistas sem coragem de afirmarem o verdadeiro móvel e fim de sua atuação governativa, de cunho absolutamente particularista e antidemocrático.

Pensava ARISTÓTELES que "a verdadeira diferença entre a democracia e a oligarquia está na pobreza e na riqueza: ... a opulência pertence a alguns, mas a liberdade pertence a todos" (2).

O princípio democrático tem sido trabalhado no sentido de maior realização, à proporção que espraie uma faixa mais extensa do exercício das liberdades na sociedade, a fim de que os seus membros obtenham um grau de aperfeiçoamento pessoal que seja partilhado em igual nível com toda a coletividade. Justa será a sociedade que realize a partilha de bens, a propiciar a cada qual o recebimento e a possibilidade de elaboração, individual e social, das condições para ser, com liberdade e segurança, toda a sua personalidade.

E como, se a liberdade é plena, o seu exercício é relacional e limitado, faz-se mister que os titulares desta tendência humana a elaborem juridicamente, convertendo em direito a manifestação possível e necessária, pelo menos minimamente, da forma do seu gozo.

(2) ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo, Atenas Editora, s.d., p. 107.

A elaboração desta ordem jurídica há de se dar, num Estado democrático, pela voz do povo, sendo de se relevar, contudo, que não termina a participação popular no momento de formação do ordenamento normativo, vez que deve ser ela contínua, imprescindível e integral.

Todavia, há que se acentuar tal aderência no processo formativo do sistema jurídico, porque, a partir da positivação da ordem normativa, é que prossegue a evolução estatal, pelo que o momento fundamental do exercício democrático da sociedade é o da definição do ordenamento do direito.

Disto decorre o mérito enorme que tem sido conferido por pensadores à atuação do povo na configuração da ordem jurídica, esta não apenas representando a legalidade da organização estatal, mas, principalmente, a legitimidade do ordenamento constituído do direito, em consonância com o qual se desempenha o governo da sociedade.

Representação popular e natureza do princípio democrático

"Este poder legislativo não é somente o poder supremo da comunidade, mas sagrado e inalterável nas mãos de quem a comunidade uma vez o colocou; nem pode qualquer edito, de quem quer que seja, concebido por qualquer maneira ou apoiado por qualquer poder que seja, ter a força e a obrigação da lei se não tiver a sanção do legislador escolhido e nomeado pelo público, porque sem isto a lei não teria o que é absolutamente necessário à sua natureza de lei: o consentimento da sociedade sobre a qual ninguém tem o poder de fazer leis senão por seu próprio consentimento e pela autoridade dela recebida."

LOCKE

Sempre se votou inexcedível prestígio às funções legislativas de um Estado — seu exercício, forma e titular e sua repercussão sobre a sociedade.

Sob a influência de tal crédito alicerçaram-se as tipologias das formas de governo e a dos regimes políticos, tomando-se sempre como ponto de partida a auto-organização da sociedade formalizada através da positivação de uma ordem jurídica ⁽³⁾.

(3) Cf. LOCKE, *Jorn. Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. São Paulo, Abril Cultural, 1976, p. 91.

Asseverava LOCKE que: "O Poder Legislativo é o que tem o direito de estabelecer como se deverá utilizar a força da comunidade no sentido da preservação dela própria e dos seus membros" (*Idem*, *ibidem*).

Os fatores desta ordem, em sua categoria primária, são os titulares de um poder político supremo: o de normativizar as condutas sociais sob o influxo de um poder político instituído. E a função específica de expedir normas legais foi sempre pensada, numa perspectiva democrática, como sendo inerente ao povo.

Assim, ao se referir às formas de governo, explana CÍCERO:

“Cada forma de governo... recebe seu verdadeiro valor dá natureza ou da vontade do poder que a dirige. A liberdade, por exemplo, só pode existir verdadeiramente onde o povo exerce a soberania” (4).

A experiência política da Grécia, mais que a de Roma, exemplificava a encarnação do poder legislativo na assembléia de cidadãos ativos (ekklesia), que, reunidos em praça pública, votavam suas decisões político-normativas soberanamente, realizando um modelo de democracia direta (5).

Como o conceito de cidadãos ativos modificou-se historicamente no sentido de fazer nela conter sempre uma parcela mais extensa da comunidade política, chega-se ao Estado Moderno com a concepção de que a diminuta casta, encerrada no Poder, a ditar a ordem normativa, imperativa e impositiva, à sociedade não consultada, não satisfaz ao preceito democrático que, por conveniência de algumas categorias sociais e consciência mais desenvolvida e vigilante de outras, começa a esboçar-se na forma hodiernamente concebida e a forjar a impulsão popular que levaria ao processo revolucionário dos séculos XVII e XVIII.

O espaço da participação popular na estruturação orgânica e desenvolvimento das atividades estatais colocou-se, então, como questão inadiável, pelo que voltou ela a ser cuidada de maneira obsessiva e reiterada pelos pensadores daqueles períodos.

Em fins do século XVII, JOHN LOCKE acolhia a tese da definição de um órgão estatal com a função precípua e provisória de legislar, exercitando, então, o poder soberano como representante da comunidade política. Tal órgão atuaria como um corpo representativo da comunidade, da qual recebia a autoridade e o consentimento, elementos de validade da produção legislativa.

A impossibilidade de fazer conduzir este processo de forma direta pela comunidade política faz engajar-se, na versão política do pensador inglês, o instituto da representação.

(4) CÍCERO. *Da República*. Rio de Janeiro, Ed. Ouro, s.d., p. 37.

(5) Segundo LOEWENSTEIN, a forma incontida e incontrolável do exercício do poder soberano, assim detido pelos gregos, conduziu à decadência do regime. “*Las ventajas de la democracia directa griega se convirtieron en vicios, teniendo que fracasar al final por mostrarse el pueblo incapaz de refrenar su propio poder soberano*” (*Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1976, p. 156).

Este não era inédito, havendo mesmo autores que vislumbram a sua prática no Estado Antigo (6), enquanto outros situam suas primeiras experiências na Idade Média (7), e outros, ainda, datam a sua fixação conceitual, a rigor, no século XVIII, quando, na forma da lição de MIGUEL REALE, "se opera uma discriminação, nem sempre bem consistente, entre três problemas ou três realidades fundamentais: a discriminação entre sociedade civil, Estado e soberania (8).

Em efeito, no século XVIII, ganha contornos relevantes a idéia da representação política, eis que, se garantisse ela, realmente, a participação popular na tomada de decisões legais fundamentais do Estado, solucionado estaria o problema da dissociação entre aquele e a sociedade política, cujo distanciamento equivale a uma manifestação de regimes autoritários, então contrastados.

Daí o uso do modelo representativo como pedra de toque das formas equilibradas e boas de governo, tal como demonstra o quadro oferecido por MONTESQUIEU, numa nova visão polibiana de Constituição Mista, assim expressa em *Do Espírito das Leis*:

"Comme, dans un État libre, tout homme qui est censé d'avoir une âme libre doit être gouverné par lui-même, il faudrait que le peuple en corps eût la puissance législative. Mais comme cela est impossible dans les grands États et est sujet a beaucoup d'inconvénients dans les petits, il faut que le peuple fasse pour ses représentants tout ce qu'il ne peut faire par lui-même" (9).

Se ROUSSEAU, idealizador da soberania do povo que iria influenciar a etapa posterior do processo revolucionário francês, excluiu a representação como forma factível de se aperfeiçoar a vontade geral, que deveria estar sempre nas mãos do povo, é certo ter ele

(6) FISCHBAC Apud CUNHA, Fernando Whitaker da. *Representação Política e Poder*. Rio, Freitas Bastos, 1981, p. 42.

(7) FISCHBAC Apud CUNHA, Fernando Whitaker da. *Representação Política e Poder*. Rio, Freitas Bastos, 1981, p. 42.

(8) "A Teoria Jurídica da Representação Política no Direito Constitucional", in *Modelos Alternativos de Representação Política no Brasil e Regime Eleitoral, 1821-1921*. Cadernos da UnB, Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1981, p. 39.

Segundo o mestre paulista, "Essas discussões em torno do problema é que deram lugar àquilo que foi chamado, com certa convenção, teoria clássica da representação política, que vai, digamos assim, do século XVIII à Segunda Grande Guerra, dando-se uma maior jactura propriamente no interregno entre os dois grandes conflitos internacionais" (idem, *ibidem*).

(9) MONTESQUIEU. *De l'Esprit des Lois*. Livre X, Cap. 5, in: "Œuvres Complètes". Paris, Aux Éditions Seuil, 1964, p. 587.

Afirma aquele pensador, ao prosseguir em suas ilações sobre a necessidade da representação, que "Le grand avantage des représentants c'est qu'ils sont capables de discuter les affaires. Le peuple n'y est point du tout propre, ce qui forme un des grands inconvénients de la démocratie". (idem, *ibidem*).

atestado a necessidade de se conceder a uma pessoa a função de legislar, a qual não poderia ser contínua e diretamente exercida pelo povo:

“Os particulares vêm o bem que rejeitam, o público deseja o bem que não vê. Todos igualmente necessitam de guias, é preciso obrigar uns a conformar suas vontades com sua razão, é necessário ensinar outrem a conhecer o que pretende... Eis de onde nasce a necessidade de um legislador” (10).

Na esteira destas idéias, que influenciavam as instituições em profundo processo de mutação, insculpiu-se na “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, dirigida, curiosamente, “aos representantes do povo francês”, artigo enunciando que:

“La loi est l'expression de la volonté générale; tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation” (art. VI).

A teoria jurídica da representação política adquire, assim, a partir deste acontecimento, lineamento próprio e conceituação singular, fulcrada na noção de mandato e delegação.

Representação, ensina DUGUIT, “réduite à ses éléments simples, ... est la situation dans laquelle un ou plusieurs individus exercent les fonctions étatiques au nom d'un ou plusieurs individus qui détiennent en fait la plus grande force, la force gouvernante” (11).

Engendrada sob o signo das teorias contratualistas, que da Idade Média ao Renascimento sedimentam pensares a dominar o universo conceitual oitocentista, a representação política foi explicada, então, como se fora um mandato, decorrente da delegação do titular do poder a outrem, que o exercitaria nos restritos limites da delegação recebida. Esta delegação, contudo, não distanciaría o titular do poder do seu exercício, vez que o mandato poderia ser, a qualquer tempo, revogado, retomando-o o mandante.

Esta teoria, acerbadamente contestada, foi aos poucos sendo abandonada à medida que se foi assentando ser a Nação, e depois o povo, o titular da soberania, e não cada indivíduo isoladamente considerado. Se ao Estado é que se atribui a qualidade da soberania — tal como estatuído na doutrina jurídica do início deste século por, dentre outros, JELLINECK (12) —, não mais se comporta o regime da representação nos parâmetros doutrinários concebidos pelos franceses no século XVIII.

(10) ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo, Cultrix, s.d., p. 49.

(11) DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie. Éditeurs, 1928, t. II, p. 545.

(12) JELLINECK, Georg. *Teoria del Estado*. Buenos Aires, Editorial Albatroz, s.d., pp. 327 ss.

Entendendo ser a representação política espécie da representação jurídica, sem, portanto, dever-se tomar o figurino do direito privado para a sua conceituação e caracterização, cuidou a doutrina de estabelecer uma teoria de direito objetivo, firmado sobre bases jurídicas específicas, a explicar a sua natureza. Nesta direção é que asseverava DUGUIT que:

“Se sont les faits uniquement qu’il faut considérer si l’on veut édifier une théorie juridique solide de la représentation. Elle ne peut être qu’une théorie de droit objectif: je veux dire qu’elle doit aboutir à l’établissement d’une règle qui détermine les limites respectives de l’activité des représentants et des représentés.”

E obtempera, ainda:

“Ce ne peut pas être une théorie de droit subjectif, c’est-à-dire une théorie conduisant à la reconnaissance d’un lien de droit entre les deux éléments, puisqu’il faudrait pour cela leur reconnaître une personnalité qu’ils n’ont pas, ne peuvent pas avoir” (13).

A necessidade reconhecida de se estabelecer uma teoria jurídica da representação política fez-se emergente a partir da constatação de que no direito a situação angariaria foros de estabilidade, imperatividade e responsabilidade.

Mas, para institucionalizar-se juridicamente, a representação política demandaria, segundo a concepção doutrinária do início do presente século, a personificação da soberania, exercida, então, pelos representantes da comunidade política na busca da realização dos objetivos traçados pela sociedade.

A esta assertiva, que conduziu à elaboração das teorias da representação do querer e da representação de interesses (14), dentre outras, foram opostos embargos fundados em numerosos argumentos, reduzidos a uma inquestionável observação: a de que a ordem jurídica posta nos termos constitucionais contemporâneos contraria as poses doutrinárias vinculadoras da atuação dos representantes legislativos ao querer do povo representado, ligando legislador e povo sob a égide de direitos subjetivos deste. A incongruência da doutrina da representação-mandato a esta constatação e a estatização da soberania enfermou o conteúdo da teoria anteriormente formulada, chegando Kelsen, então, a observar que:

“La teoría de la soberanía popular es una ficción: el dogma político está en contradicción con la realidad jurídica”.

(13) DUGUIT, León. *Op. cit.*, t. II, p. 546.

(14) Cf. REALE, Miguel. *Loc. cit.*, p. 41.

E ainda acrescentava o mestre austríaco:

“Pero desde el momento que las Constituciones modernas prohiben expresamente toda vinculación formal del diputado a las instrucciones de sus electores, y hacen jurídicamente independientes las resoluciones del parlamento de la voluntad del pueblo, pierde todo fundamento positivo la afirmación de que la voluntad del parlamento es la voluntad del pueblo, y se convierte en una pura ficción (inconciliable con la realidad jurídica)” (15).

Esta teorização assim conduzida da soberania, entretanto, veio a se constituir na angulação autoritária da organização estatal.

Em verdade, verificou-se, através de penosas experiências, que a lei não é sempre limite, nem a democracia aética. O conteúdo da atuação estatal é mais extenso que a norma, o povo mais importante que a lei, a sociedade mais poderosa que o Estado. Principalmente, constatou-se que a justiça é o fim; a norma, apenas uma das expressões do direito, na qual, de resto, aquele princípio deve se conter.

É certo que aquelas críticas desnudaram questões antes menos curadas, como a de que a representação não pode ser enfocada apenas quanto ao legislador, antes, deve acometer todo agente do poder estatal, ou que atue em nome desse.

Se a qualidade soberana foi atribuída ao Estado, irretorquível é que o poder político está no povo. Se a defasagem conceitual entre Estado e sociedade civil complicou os elementos da equação titularidade-executoriedade do poder, parece certo que a noção de soberania, como fenômeno encarnado na pessoa estatal, não descharacteriza a natureza originária e irrefreável do poder político do povo.

Ademais, por ser a teoria da representação política de natureza jurídica, tal como aqui enfocado, não parece ser ela uma ficção, mas uma facção do direito. Há laços jurídicos a envolver representante e representado porque o direito os estabelece, fazendo-os subsumir a um regime normativo específico.

Mas é indisputável que a elaboração teórica anteriormente esboçada comprometeu-se na etapa contemporânea do pensamento jurídico em face da constatação de que:

a) as Constituições contemporâneas estruturam, quase sempre, o sistema representativo proporcional descombinado do mandato pleno imperativo primordialmente pensado;

b) os sistemas constitucionais positivos, em sua integralidade, reconhecem e regulam a realidade partidária, que tísna com novos matizes a teoria da representação;

(15) KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. México, Ed. Nacional, 1979, p. 402.

c) salvo poucas exceções, uma das funções do Estado — a jurisdicional — é desempenhada prevalentemente por um sistema orgânico que não deriva de qualquer manifestação opcional popular, ao contrário do que ocorre com as funções legislativa e executiva, pelo que ou não se representa o poder político da sociedade quanto ao exercício daquela primeira função, ou a coerência entre a vontade da comunidade e dos órgãos julgadores pode ser aspirada, jamais conseguida.

Ademais, nota-se que, além de todos os questionamentos pendentes sobre a teoria jurídica da representação política, formou-se uma acendrada fenda entre as propostas democráticas — visceralmente ligadas à noção de participação ativa, necessária e contínua do povo na formação e dinâmica do poder político estatal — e as práticas dos regimes representativos, integralmente devastadoras das expectativas e ideais embaixadores daquelas.

O “referendum” como forma de participação direta do povo na elaboração da ordem jurídica

“... temos de observar que tais homens não possuem naturalmente poder inteiro e perfeito para reger grandes multidões políticas de homens; portanto, não poderíamos, integralmente sem nosso consentimento, ficar vivendo de tal sorte sob o comando de qualquer homem. ... Portanto, as leis humanas, seja qual for a sua natureza, se instituem mediante consentimento.”

HOOKER

A crise da teoria da representação, consoante acima salientado, acarretou um rebalçamento das noções contidas neste instituto, modificando as formas de exercício do poder, mediante o encarecimento de modelos de participação direta do povo na dinâmica institucional do Estado.

Há de se relevar, por certo, não se conterem, exatamente, nos fundamentos dos modelos governativos antes pensados, as falhas que conduziram a tal reformulação conceitual, antes espelham-se elas no *modus* das experiências adotadas sob o pálio dos paradigmas sugeridos, acrescido a isso uma sensível alteração dos fins políticos assumidos pelo Estado no período posterior às Guerras Mundiais. Afirma-o de forma peremptória BURDEAU:

“En dépit d'affirmations souvent plus verbales que fondées, on ne peut pas dire que la conception même du gouvernement représentatif ait été condamnée. Les griefs dirigés contre lui atteignent plus ses déformations que sa nature même, et il reste que le mauvais usage qu'en

fi rent certains politiciens ne lui est pas imputable" (16).

Polemizada a representação, como inicialmente teorizada, urgia retomar-se o cuidado do tema relativo ao exercício democrático do poder político do Estado e a participação do povo em sua institucionalização — organização e desempenho.

Assim, recomeça-se a procura de resposta ao problema referente à titularidade do poder político, seu exercício e a participação da sociedade em sua dinâmica.

Mais que nunca emerge nítido ser o povo titular do poder social estatizado. Não há como dissentir deste elemento da realidade fática: o poder está diluído, e às vezes desorganizadamente espalhado pela sociedade, mas nela repousa concentrado, latente, inestancável.

O seu exercício, a partir da institucionalização orgânica do Estado, necessita de personalidade para que a atuação possa ser ordenada, jurídica e politicamente.

Ultrapassada a fase do dogmatismo auto-suficiente e abúlico da legalidade, adquire-se consciência de que a legitimidade integra a ordem jurídica, valorando-a democraticamente.

Logo, quer-se buscar, além da submissão do Estado ao direito posto, seja esta positividade normativa coerente com o direito com o qual a sociedade consente.

Se o modo de oferecer tal consentimento fez-se, predominante e quase unanimemente nas Constituições atualmente vigentes, indireto, por absorção dos modelos representativos, a verificação da inconciliabilidade da norma emanada de representantes com o interesse dos representados tornou imperativa uma mudança na configuração dos sistemas constitucionais, de forma que o povo pudesse ter a condução da coisa pública através de alguma forma de participação direta, ocorresse tal participação no momento da tomada de decisões normativas superiores, através da consulta diretamente a ele dirigida sobre tais deliberações, ou, ainda, através da gestão dos negócios públicos.

A personificação do Estado democrático anima-se, pois, do interesse da sociedade, dirigindo o seu cometimento na consecução do fim por ela e para ela traçado; serve à realização do bem-estar social, como por ela própria fixado.

Há que investigar a Constituição da sociedade estatal, por isto, a melhor senda por onde apurar o interesse público num dado momento histórico, renunciando, tanto quanto possível e necessário, às formas tradicionais indiretas de representação.

(16) BURDEAU, Georges. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977, p. 133.

Uma das formas pelas quais pode sobrevir esta convocação direta do povo é a figura de que ora se cogitará, a saber, o *referendum*.

Referendum, do latim *ad referendum*, significa a manifestação incidente sobre uma determinada declaração, cuja eficácia dela imprescinde.

No direito constitucional, *referendum* significa o procedimento pelo qual o povo é provocado para sufragar proposta normativa a ser debatida ou já discutida e votada favoravelmente pelos órgãos legislativos. Através desta atuação, o titular da soberania faz-se autor da norma, influenciando diretamente em sua criação, através de manifestação sancionadora, ou não, da proposta ou do pronunciamento orgânico do Estado (27).

O *referendum* é, pois, uma garantia de afirmação direta da vontade do povo, tornada eficaz através de manifestação formalizada perante o Estado, a comprometê-lo integralmente.

- (17) Não se confundem os institutos do plebiscito e do "referendum", segundo ensinamento majoritário da doutrina e experiência constitucional. Todavia, tem sido dificultoso distingui-los, à falta de elementos objetivos e uniformes a caracterizá-los, discorrendo sobre a matéria FERRUCIO PERGOLESÍ nos termos seguintes: "*Secondo un'opinione, plebiscito sarebbe l'istituto con cui il popolo è chiamato ad approvare o a disapprovare un fatto o avvenimento che riguarda la stessa struttura dello Stato o del suo governo, mentre il referendum considerebbe nell'approvazione o disapprovazione di un atto normativo, sia esse una carta costituzionale, sia una legge ordinaria, o comunque un atto giuridico. Secondo altre opinioni, e da diversi punti di vista, il referendum sarebbe espressione di governo diretto ed il plebiscito attribuzione dell'esercizio della sovranità, per delega popolare, ad una data persona, od anche il plebiscito sarebbe un atto complesso ed il referendum un atto semplice, nel senso che nel primo il popolo si pronuncerebbe su una proposta e nel secondo sulla deliberazione di un dato organo dello Stato, o infine il primo una manifestazione incondizionata di volontà, mentre il secondo potrebbe essere accompagnato da condizioni o modalità che ne precisino o limitino la portata in un rapporto di coordinazione o di subordinazione con altre pronuncie*". (*Diritto Costituzionale*. Padova, CEDAM, 1972, vol. I, p. 214, n. 31). Tais discrimens, todavia, nem são tidos como critérios exclusivos para definição distintiva dos dois institutos, nem são considerados absolutos, sequer essenciais, por todos, conforme se verifica da própria exposição do mestre italiano, quer pela doutrina, quer pela experiência política, afirmando mesmo DUVERGER que, em Suíça, "*patrie du referendum, la distinction n'est pas si claire*" (*Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*. Paris, Presses Universitaires de France, 1973, vol. I, p. 81). Tem-se admitido, entretanto, nos textos constitucionais contemporâneos, o procedimento plebiscitário como instrumento utilizável para tomada de medidas governamentais estruturais validadas formalmente, através de categorias normativas, em geral, constitucionais, cuja eficácia independe de qualquer manifestação ulterior dos órgãos ou Poder estatal. Por outro lado, tem-se verificado vir sendo utilizado o plebiscito como instrumento de consulta feita ao povo com respostas dirigidas e em sentido previamente eleito, ensaiando-se, destarte, uma aparente juridicidade a atos dotados de teor autoritarista.

Elaborado e adotado, originariamente, pelas Dietas alemãs e helvéticas, significava o instituto, naquele primeiro momento, a ratificação das decisões tomadas nas Assembléias pelos governos dos Estados Confederados. As deliberações dos representantes destes eram assumidas *ad referendum*, a dizer, sua validade e eficácia ficavam a depender da confirmação governamental dos Estados Confederados.

Posteriormente, adquiriu o *referendum* a inteligência que ainda contemporaneamente lhe é emprestada, a dizer, a ratificação popular direta de proposta normativa, a ser conduzida aos órgãos estatais representativos ou por eles conhecida e deliberada (18).

Com este conteúdo, vem o instituto a ser conhecido e praticado desde o século XVIII, com frequência correspectiva à ênfase dada às técnicas da democracia direta.

É de se registrar que a representação, havida especialmente no período revolucionário francês como correlata aos ideais democráticos, não tolhia, sequer maculava, o emprego simultâneo de institutos de participação direta do povo como, v.g., o *referendum*. O emprego coincidente destes institutos, aliás, revelaria, no dizer de DUGUIT, certa complementaridade entre eles, afirmando aquele autor que, diversamente da opinião de doutrinadores que se opunham a tal configuração institucional,

“... répond au contraire à la nature du gouvernement représentatif toute institution qui, comme le ‘referendum’, a pour but de garantir la solidarité qui existe entre représentés et représentants” (19).

Adotou-se, assim, no sistema constitucional francês pós-revolucionário, o modelo da denominada democracia semidireta, pelo qual se manteve a representação acoplada à consulta popular direta através do *referendum* (20).

(18) Segundo CARL SCHMITT, “*Referendum en un sentido estricto, es decir, votación popular sobre confirmación o no confirmación de un acuerdo del cuerpo legislativo. La expresión ‘referendum’ se reservará adecuadamente para el caso en que se someta a los ciudadanos con derecho a voto, para su decisión definitiva, un acuerdo de la representación popular*” (Teoría de la Constitución, Madrid, Alianza Editorial S.A., 1982, p. 254).

(19) DUGUIT, Léon. *Op. cit.*, t. II, p. 549.

(20) Transcreve ESMEIN alguns excertos dos debates passados na Convenção francesa de 1792, onde asseverava COUTHON: “Nous sommes appellés de tous les parties de l’Empire pour rédiger un projet de contrat social, je dis projet car je pense bien qu’il n’y aura qu’un vœux pour soumettre à la sanction du peuple toutes les dispositions de la Constitution”. Na mesma passagem afirmava Danton: “Il ne peut exister de Constitution que celle qui sera textuellement, nominativement, acceptée par la majorité des assemblées primaires...” (Apud ESMEIN, A. *Elements de Droit Constitutionnel Français et Comparé*, Paris, Sirey, 1909, 9. 351, n. 1).

A experiência teve alguma repercussão nos sistemas constitucionais posteriores àquele período, tanto no francês⁽²¹⁾ quanto naqueles de outros Estados. Mas o que prevalecia, então, fundamentalmente, era o chamado “referendum constitucional”.

É que, segundo o objeto da consulta feita ao povo, classifica-se o *referendum* em constitucional, quando se trata de matéria concernente às normas fundamentais do Estado, e legislativo, aquele relativo à normatização infraconstitucional.

No que se refere ao “referendum constitucional”, há de se esclarecer não se circunscrever ele ao processamento da ratificação pelo povo do projeto de Constituição elaborado por Assembléias de representantes, consoante originariamente se cogitava, porquanto se alargou tal conceito, como, de resto, a noção mesma de matéria constitucional, pelo que se pode ter por aperfeiçoada aquela figura sempre que versar a consulta e manifestação popular sobre disposições pertinentes à essência do Estado, sua organização, suas funções e sua dinâmica na relação com o indivíduo⁽²²⁾.

Esta modalidade de *referendum* faz assentar no povo, direta e imediatamente, a responsabilidade político-social pela formulação da ordem jurídica fundamental.

Tendo a soberania como uma de suas características fundamentais a indelegabilidade, e sendo o povo o titular do poder político soberano do Estado, fácil é estabelecer a vinculação entre o princípio democrático e o instituto do *referendum*, pelo qual o povo elege o sistema estrutural orgânico do Estado, realizando aquele princípio e tornando-o eficaz e pragmático. Daí o uso diuturno do instituto no período revolucionário dos oitocentos, quando a ênfase posta no princípio democrático manifestava-se pela convocação direta do povo — entendido, é certo, como uma categoria restrita da sociedade estatal — para escolher, assumir e responder, historicamente, por um governo organizado e exercido segundo parâmetros normativos especificados expressamente.

Relevante é observar, ainda, a prevalência, na fase histórica correspondente às revoluções burguesas, da idéia de que a Constituição seria a formalização do contrato social ajustado entre os cidadãos para a formação e organização do Estado, donde a necessidade de acordarem esses com os termos do pacto, referendando-o expressamente.

(21) A Convenção francesa, de 1792, votou, em sua primeira sessão, a Resolução segundo a qual: “La Convention nationale déclare qu'il ne peut y avoir de Constitution que lorsqu'elle est acceptée par le peuple!”

(22) Neste sentido, leciona PERGOLESI que: “Per materia costituzionale secondo la Cassaz, si doveva intendere... ogni disposizione relativa alla essenza e alle funzioni dei poteri fondamentali dello Stato, alla loro disciplina giuridica, alla loro reciproca posizione ed ai loro rapporti” (Op. cit., vol. I, p. 215, n. 3).

Esta proposta de atuação precária de representantes políticos na elaboração de projetos de normas constitucionais, a se transformarem em estatutos normativos perfeitos pelo *referendum* popular, teve a sua extensão às regras infraconstitucionais preconizada também em Suíça, onde, segundo ESMERN, argumentava-se nos seguintes termos:

“Pourquoi... reconnait-on au peuple la capacité nécessaire pour sanctionner la Constitution, et ne la lui reconnait-on pas pour les lois moins difficiles qui doivent en découler?” (23).

Com fulcro na inteligência mitificadora da lei, como manifestação da vontade geral do povo, conclamou-se a sua participação como co-autor das normas através da utilização do *referendum*, o que, no entanto, não foi recebido em moldes tão amplos quanto naquela primeira modalidade do instituto. Todavia, tem sido adotado o “*referendum* legislativo” pelos sistemas constitucionais contemporâneos, ao lado do “*referendum* constitucional”, como ocorre, v.g., no sistema norte-americano, no francês de 1958, sendo, ainda, de prática corrente, em Suíça, Noruega, Dinamarca, Itália e, atualmente, Espanha, dentre outros Estados, explicitando BURDEAU que, em casos como o da Suíça, em que a convocação popular é constante, “la fréquence des consultations populaires aboutit à une mobilisation permanente” (24).

Como se tem aceito ser mais necessária a participação dos cidadãos no assentamento da ordem jurídica fundamental, constata-se, numa análise de direito comparado dos sistemas positivos que acolhem a figura curada, receber tratamento diferenciado, mais rigoroso, o *referendum* cujo objeto seja matéria normativa constitucional, em geral estruturado como de natureza obrigatória; diversamente, o “*referendum* legislativo” tem caráter facultativo, em geral, e, em regra, a manifestação é consultiva, e não peremptória a deliberação do povo, ao contrário do que ocorre naquela primeira espécie.

O *referendum* obrigatório, albergado, como acima dito, imprescindível do consentimento popular para se tornar regra jurídica de vigor definido e eficácia imediata. A categoria do instituto,

(23) ESMERN, A. Op. cit., p. 351, n. 3. Transcreve, ainda, aquele autor outras afirmativas de idêntico teor: “Ne suffit-il pas de lui déférer (au peuple) les lois constitutionnelles et d'attendre ses réclamations sur les autres? Nous répondrions: c'est une offense au peuple que de détailler les divers actes de sa souveraineté” (idem, *ibidem*).

(24) BURDEAU, Georges. Op. cit., p. 147. É sempre salientado o tratamento dado a este instituto, paralelamente a outros de participação direta do povo, no período imediatamente posterior às Guerras Mundiais, quando a representação política foi duramente questionada, e o emprego de tais instrumentos surgiu como uma opção para melhoria dos sistemas.

como de utilização obrigatória, é fixada pela própria Constituição (ou pelo Poder Constituinte, em caso de elaboração de projeto de Constituição), que dispõe em seu texto da necessidade de sua subsunção ao povo. Nesta hipótese, o *referendum* constitui condição de aperfeiçoamento e validade do processo de elaboração normativa, consistindo numa das fases de acabamento da regra (25). Neste sentido, leciona PINTO FERREIRA que "... com o *referendum* propriamente dito o voto do povo é necessário para a perfeição jurídica da própria lei; ..." (26).

A modalidade facultativa de *referendum* pretende que o povo seja convocado, eventualmente, a se pronunciar sobre uma determinada regra legal ou projeto de lei, sem que haja, contudo, qualquer condição constitucional imperativa para que seja ele convocado. Nesta hipótese, a norma pode ser elaborada e, aperfeiçoada, adquirir plena validade, sem que se instaure o *referendum* (27). Na espécie, prevista constitucionalmente a possibilidade de se chamar o povo para a expressão antevista, há que eleger o sistema os titulares da iniciativa do *referendum*, sendo comum, nos modelos que acatam a figura, dotar-se de tal qualificação uma parcela, numérica ou percentualmente fixada, do eleitorado, parcela mínima dos próprios representantes políticos integrantes dos Parla-mentos, e, às vezes, o Chefe do Poder Executivo.

O *referendum* facultativo foi introduzido na Constituição suíça de 1874 como uma espécie de veto popular, tendo adquirido aquela adjectivação que a particulariza por obra dos partidários do *referendum* obrigatório, consoante escolia CARRÉ DE MALBERG, que explana:

"Ceux-ci prétendaient établir entre les deux sortes de *referendum* une opposition essentielle. L'opposition résultait, selon leur argumentation, de ce que le *referendum* obligatoire... associe constamment et directement le peuple à la formation de chacune des lois, en ce sens que celles-ci ne deviennent parfaites que moyennant l'adoption populaire, qui constitue ainsi une véritable sanction des actes législatifs de l'État par la volonté du corps des

- (25) Exemplo típico desta modalidade de *referendum* pode ser encontrado na Constituição suíça, de 1874, em cujo art. 121, 5, encontra-se a seguinte disposição: "Lorsque la demande d'initiative est conçue en termes généraux, les chambres fédérales, si elles l'approuvent, procéderont à la revision partielle (de la Constitution) dans le sens indiqué et en soumettront le projet à l'adoption ou au rejet du peuple et des cantons...".
- (26) FERREIRA, Luís Pinto. *Princípios Gerais de Direito Constitucional Moderno*. São Paulo, Saraiva, 1983, vol. I, p. 200.
- (27) Exemplifica esta modalidade de *referendum* a disposição no art. 92.1 da Constituição espanhola de 1976, que reza: "Las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a *referendum* consultivo de todos los ciudadanos".

citoyens. Au contraire, dans le système consacré par l'art. 89 de la Const. fédérale (du *referendum* facultatif), le peuple, disait-on, ne participe pas, en principe, à la confection de la loi: il n'est consulté, à ce sujet, qu'autant que la loi, qui vient d'être adoptée par l'Assemblée fédérale, soulève parmi les citoyens un certain nombre de réclamations; l'intervention du peuple, se produisant dans ces conditions, ne lui permet que de faire opposition à une loi qui, sans cette opposition, serait entrée en application en dehors de toute nécessité d'une sanction populaire; par là il apparaît que l'institution du référendum facultatif n'implique pour le peuple qu'un pouvoir de résistance occasionnelle, c'est-à-dire de veto" (28).

Obtemperava, contudo, aquele autor cuidar-se tal argumentação de fórmula perseguida para conduzir ao descrédito o *referendum* facultativo, vez que este teria pontos positivos irrefutáveis, como v.g. a participação popular sem os inconvenientes de uma mobilização permanente para a normatização da vida social (29).

Em verdade, a definição do *referendum* facultativo distinguiu-o do instituto do veto popular, também por vezes utilizado como instrumento da democracia semidireta.

É que, no momento atual, tem-se admitido o *referendum* facultativo para a confecção de normas e tomadas de decisões políticas de relevo especial (art. 92.2, da Constituição espanhola, de 1976, v.g.) antes de entrarem elas em vigor, ou seja, sem caráter ab-rogatório das deliberações propostas; o aspecto facultativo repousaria na natureza optativa da convocação popular.

Não se pode desatentar, porém, haver autores que consideram o *referendum* facultativo forma de manifestação do veto popular. Tal é o caso de DUGUIT (30), e, no Brasil, PINTO FERREIRA, este assertando ter-se como "subespécie do *referendum*... o veto popular...". E explicitando a diferenciação técnica entre as duas figuras expõe o autor pátrio:

... com o *referendum* ordinário, a lei não será tal senão se o povo lhe der a sua aprovação formal; com o

(28) MALBERG, R. Carré de. *Contribution à la Théorie Générale de l'État*. Paris, Recueil Sirey, 1922, t. II, p. 348, n. 25.

(29) MALBERG, R. Carré de. *Op. cit.*, p. 348.

(30) "Du *referendum* doit aussi être distingué le veto populaire qui s'en rapproche cependant. Dans le système du veto populaire la loi est votée par le parlement qui lui donne lui-même la force de loi; mais dans un certain délai déterminée par la Constitution, et sur une initiative dont l'exercice est aussi déterminée par la Constitution, le peuple peut être directement consulté sur le point de savoir s'il ne s'oppose pas à l'application de la loi. Le veto populaire équivaut à ce qu'on appelle quelquefois le *referendum* facultatif" (DUGUIT, Léon. *Op. cit.*, t. II, p. 619).

veto popular, a lei existirá, a menos que o povo manifeste, com um certo prazo, a sua desaprovação formal" (31).

Pode-se encontrar, no art. 75 da Constituição italiana de 1847, modalidade do *referendum* facultativo" para o exercício da capacidade de veto concedida ao povo:

"É indetto referendum popolare per deliberare la abrogazione, totale o parziale, di una legge o di un atto avente valore di legge, quando lo richiedono cinquemilla elettori o cinque consigli regionali."

Do exame de textos constitucionais positivos conclui-se que o *referendum* facultativo é um procedimento albergado pelo sistema constitucional para uma eventual manifestação popular, sem caráter condicional ou obrigatório de validação de ato ou projeto de norma jurídica, podendo ter como objeto, dentre outros, o exercício da prerrogativa ab-rogatória de leis, dito veto popular.

Constata-se, das colocações acima postas, que o *referendum* pode ocorrer, pois, em dois momentos: num primeiro, anterior à deliberação estatal sobre a norma — *referendum ante legem*, e num segundo, após a atuação da competência normativa estatal, para ratificá-la ou confirmar-lhe a continuidade da aplicação — *referendum post legem*.

O *referendum ante legem* pode envolver uma simples consulta popular, sem caráter necessariamente vinculante da conduta do Estado à resposta oferecida pelo povo às questões suscitadas. Neste caso, a manifestação do povo constituirá opinião balizadora da postura estatal assumida, ainda que se distancie ela do norte eleito pelos cidadãos, e esclarecedora da legitimidade, ou não, da atuação do Estado.

Cumprе ressaltar que, inobstante se tenha ponderado acima caracterizar-se o *referendum* pela especialidade de seu objeto, a saber, uma norma ou proposição normativa, encontram-se nos sistemas constitucionais vigentes remissões ao instituto como instrumento de pesquisa direta ao povo sobre temas não integrantes de textos legais, como, v.g., tratados internacionais, deliberações políticas internas relevantes etc. (32). Terá ele, nestas circunstâncias, natureza consultiva ou optativa, vale dizer, a resposta popular oferecida poderá corresponder a uma opinião a ser considerada

(31) FERREIRA, Luís Pinto. Op. cit., p. 200.

(32) Sobre a extensão do objeto do *referendum* afirma BURDEAU que: "le referendum peut également intervenir dans les mêmes conditions à propos d'un accord de communauté ou de la ratification d'un traité dont les dispositions auraient des incidences sur le fonctionnement des institutions. Cette formule vise notamment les traités impliquant transfert des compétences étatiques à des organismes internationaux" (BURDEAU, Georges, Op. cit., p. 146).

pelo Estado, ou poderá indicar, dentre alternativas postas a juízo popular, qual a via a se tomar em determinada esfera (política, jurídica, econômica) pelo Estado.

Ineficácia dos instrumentos constitucionais brasileiros para aperfeiçoamento do princípio democrático

O constitucionalismo brasileiro tem acolhido, desde a primeira Carta Política, de 1824, o modelo representativo de governo. O princípio da representação popular, constitucionalmente concebida em todos os sistemas constitucionais que tiveram e têm vigência entre nós, embasou a normatização do jogo eleitoral segundo parâmetros que pudessem garantir a sua efetivação.

Esta garantia, entretanto, somente pode ter eficiência quando o povo representado tem maturidade política e consciência social formada e informada democraticamente e pode exercer o controle da representação através de instrumentos constitucionais próprios e vigorosos.

Ora, no sistema jurídico monárquico a expressão do modelo representativo era, evidente e não surpreendentemente, estrito, elitista e aristocrático (33).

A superveniência da República não aperfeiçoou, suficientemente, em seus primeiros momentos, o paradigma da representação política da Nação. Como sob o regime monárquico, faltava povo no sistema, cuja aplicação se olicerquizou, desnaturou, pela mescla de regras políticas fixadas para assegurar a perpetuação, no Poder, de grupos previamente nele instalados. O fenômeno coronelista, que encabresta votos, fabrica eleições e desvirtua, integralmente, na prática, o princípio da representação popular insculpido na Constituição Republicana, de 1891, torna comum o uso da força contra a autoridade do direito, desprestigiando as instituições estruturadas e fazendo com que o escambo de compromissos particulares entre os "coronéis", nos Municípios, e os "políticos", nos Estados, conduza à constatação posta por VIVALDI MOREIRA: "Política, no Brasil, é: delegado pra lá e votos pra cá" (34).

(33) A lei eleitoral de 1846, que organizou primordialmente o processo eleitoral no Império Brasileiro, foi considerado pelos seus contemporâneos, dentre os quais, v.g., o Barão de Uruguaiana *iníquo, parcial, opressivo, tirânico e inconstitucional*. (Cf. *Modelos Alternativos de Representação Política no Brasil e Regime Eleitoral, 1821-1921*. Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1981, p. 77).

(34) In *Folha de Minas*, de 25-7-1948. Apud LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, Enxada e Voto*. São Paulo, Alfa-Omega, 1976, p. 47, n. 49. Define, naquela obra, o grande publicista brasileiro o compromisso coronelista como sendo, "... da parte dos chefes locais, incondicional apoio aos candidatos do oficialismo nas eleições estaduais e federais, da parte da situação estadual, cartabrancas ao chefe local governista (de preferência o líder da facção local majoritária) em todos os assuntos relativos ao Município (Op. cit., p. 50).

A Revolução de 30 veio proclamar a necessidade de se enxugar de tantos vícios comprovados o sistema eleitoral, que, na prática, anulava o princípio da representação: mas uma eleição foi bastante para o então titular do Poder Executivo Federal, que suspendeu a representação como princípio estrutural do regime imposto no Brasil, e no qual, obviamente, não se comportava ela. Com efeito, em ditadura não há escolha, há imposição; não há vontade do povo a ser representada: primeiro, porque não há povo; segundo, porque a única vontade prezada é a do ditador, que a exerce de forma direta.

A Carta de 37, diversamente das três Constituições anteriores e, inclusive, das que se lhe seguiram, não enuncia, expressamente, o princípio da representação popular como esteio constitucional do sistema, conquanto se tenha nela feito referência à qualidade dos membros da Câmara dos Deputados de representantes do povo eleitos mediante sufrágio indireto (art. 46).

Aquela Carta acolheu a figura do plebiscito, que poderia vir a ser utilizado para a consulta sobre a possibilidade de se conferirem poderes de legislação sobre algumas ou todas as matérias da competência do Conselho de Economia Nacional a esse órgão (art. 63). Note-se que a figura utilizada foi a do plebiscito, de forte teor autoritarista, perfeitamente sintonizado com a tendência ditatorial do governo.

A própria Carta outorgada deveria ser submetida a plebiscito nacional, consoante estatuído em seu art. 187, o que, entretanto, jamais sucedeu ⁽³⁵⁾.

A Constituição de 1946 não agasalhou qualquer instituto de consulta popular direta, tendo reinstaurado o princípio expresso da representação popular, encarecido o papel das Câmaras Congressuais, reorganizado os Partidos Políticos e rebaixado os princípios fundamentais do sistema eleitoral.

Mas tendo sido alterada esta Constituição, em 1961, para nela se introduzir o sistema parlamentarista, em substituição ao presidencialismo então vigente, decidiu-se pela utilização do plebiscito para, em 1963, decidir-se pela reimplantação desse ou pela permanência daquele (Ato do Congresso Nacional, de 17 de janeiro de 1963).

Outra manifestação popular direta não houve, nem na vigência da Constituição de 1946, tampouco sob o modelo observado a partir de 1967, ocasião em que se outorgou a Carta que, depois

(35) A disposição referente ao plebiscito foi suprimida pela Lei Constitucional 9, de 1945 (art. 2º), por se considerar que a "eleição de um Parlamento... supre com vantagem o plebiscito de que trata o art. 187 (da Constituição), e que, por outro lado, o voto plebiscitário implicitamente tolheria ao Parlamento a liberdade de dispor em matéria constitucional".

de "emendada" inovadora e profundamente pela chamada Emenda Constitucional nº 1/69 (à qual se seguiram outras vinte e seis), continua a vigorar no País.

A representação, no Brasil, segundo estatuído, cabalmente, no art. 1º da Carta Magna vigente, teria estabelecido integralmente o figurino democrático representativo.

Sabe-se, todavia, que nem se conheceu, na prática governista imposta a partir de 64, e vigorante até, pelo menos, 81-82, a experiência democrática, sequer se garantiu a representação plena da vontade do povo brasileiro.

Com efeito, os governos que se seguiram ao movimento revolucionário instaurado em 64 nada tiveram de democrático e muito pouco de representativo.

O sistema eleitoral brasileiro se depurou, indubitavelmente, das nóduas "coronelistas" dos primeiros momentos da República, embora não se tenham expungido de todo as máculas que o elvavam de nulidade, porquanto a influência dos chefes municipais continua a ser intensa, mormente no interior do País; mas, de outra parte, ganhou o sistema eleitoral novos problemas, a desnaturar, de forma insidiosa e sutil, o caráter representativo das formas eleitorais estabelecidas. Duas das principais dificuldades relacionadas a esta questão são a ausência de uma consciência política nacional madura e firme e a presença do massacrante e oligárquico poder econômico, de freqüente exercício sobre o meio social.

A primeira dificuldade somente se resolve pela educação, não se vislumbrando solução eficiente num único momento; a segunda demanda instrumentos normativos, sérios, eficientes e intransigentes para que a sua adoção sistêmica não faça ilusória a participação popular na eleição dos membros dos diversos órgãos estatais de representação.

Os parlamentares (e, note-se, não apenas eles, mas todos os agentes de qualquer dos "poderes políticos do Estado" são "representantes" dos cidadãos, eis que se tem por assentado constitucionalmente e aceito pacificamente que "todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido"), afirma-se para "maior representatividade ideal" e "menor comprometimento real", representam todo o povo. Esta definição embasou a afirmativa de KELSEN de que:

"La independencia real del parlamento respecto de la voluntad popular se disimula diciendo que cada diputado es el representante de todo el pueblo. De aquí se deduce que no tiene que recibir instrucciones de los grupos que lo eligieron. Pero 'todo el pueblo' es mudo" (36).

(36) KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 402.

Parece que "todo o povo", em verdade, não é mudo. Tem voz e dela faz uso se lhe oferecem oportunidade. Contudo, no sistema representativo tal como posto atualmente, de menos no Brasil, os "representantes" do povo não têm sido os melhores ouvintes da nação, preferem falar por ela; substituem-na, não a representam.

Os grupos econômicos, que forjam "representantes do povo" sem necessitar do elemento popular, não serão extirpados do processo político, até porque o fator econômico, no Estado contemporâneo, faz parte deste processo, integra-o, modela-o por vezes, altera-o outras tantas. Mas é imprescindível que o povo participe também do processo econômico da experiência política no Estado e tenha ciência da importância deste fenômeno em sua vida, a todo momento, inclusive na formulação de opções sócio-jurídicas.

Mais que modificar os mecanismos de controle da representação popular por órgãos estatais ou pelo próprio povo, urge que se ensaiem novas propostas de formação da vontade nacional pela sociedade, numa tentativa de realizar o princípio democrático, tão precariamente vivido na prática estatal da sociedade brasileira.

Conclusões

"... quando o povo sabe... manter suas prerrogativas, não é possível encontrar mais glória, prosperidade e liberdade, porque então permanece árbitro das leis, dos juizes, da paz, da guerra, dos tratados, da vida e da fortuna de todos e de cada um; então, e só então, é a coisa pública coisa do povo."

CICERO

A experiência tem demonstrado, vivamente, que o enunciado de um princípio, ou norma, não tem sido bastante para assegurar a sua eficácia.

Se, após a utilização dos mecanismos de representação, a participação popular persiste inócua, insuficiente a caracterizar, na prática, o aperfeiçoamento da democracia, faz-se mister empregar mecanismos que conciliem os benefícios da forma indireta de pronunciamento do povo com instrumentos que assegurem a oportunidade de a sociedade expor, diretamente, o seu pensamento a ser assumido pelo Estado através das instituições.

O *referendum* pode ser uma resposta apta e segura para tornar mais fecunda a senda pela qual se busca a democracia no presente momento.

A sugestão tem lugar, primordialmente, pela incontestável necessidade de uma maior presença pública na dinâmica institucional contemporânea no Brasil, como, aliás, em outros Estados.

Esta presença referendária teria, inicialmente, a especial mercê de contribuir, entre nós, para uma aceleração do processo de amadurecimento da consciência política pública da Nação, cujo sentido tem sido distanciado, por vezes até mesmo de modo voluntário e dirigido, por eventuais grupos de poder, das deliberações políticas de especial relevo para a vida da Nação.

Ora, um Estado tão carente de informações não pode negar a seu povo o cabedal de dados precisos para que chegue ele próprio a conhecer os principais problemas que o atingem, ou a propor as soluções que esteja disposto a assumir.

O *referendum* seria uma grande escola de eleição dos caminhos sociais pelo próprio caminhante.

Este seria um instrumento de conscientização política próprio, permanente, que manteria alerta e ativa a sociedade, em freqüente mobilização na escolha das alternativas de vida soberana que melhor lhe aprouvesse.

Em segundo lugar, o *referendum* vincularia as decisões estatais à resposta oferecida pelo povo, cuja influência no desempenho das atuações do Estado traria três conseqüências democráticas indisputáveis: a) legitimação das condutas do Estado; b) exercício eficiente e direto da soberania do povo; c) responsabilidade popular pelas opções sufragadas.

Quanto ao primeiro tópico, não se contesta que o regime representativo tem conduzido, diuturnamente, à condução dos assuntos mais graves do Estado de modo descoincidente com a aspiração nacional⁽³⁷⁾. A ilegitimidade dos provimentos tem sido uma constante, vez que a eleição do agente político não satisfaz o requisito consensual embaixador de todo o seu comportamento na integral duração do mandato.

A legitimidade é instantânea, fugaz.

De conseqüente, o representante que, por escolha do povo, investiu-se nesta qualidade num determinado momento, pode vir a perder a confiança do eleitor, de tal sorte que deixe ele de ter legitimidade no exercício de sua função posteriormente. Esta situação possibilita a tomada de decisões relevantes para a sociedade sem a necessária legitimidade.

(37) No Brasil, a eleição indireta para Presidente da República em janeiro de 1985, em virtude da votação parlamentar negativa da denominada "Emenda das Diretas", em abril de 1984, após pronunciamento popular intenso, ininterrupto e incontestável a seu favor, deixou patenteada a descaracterização absoluta da representação política pelo modelo tradicional, no qual o povo desempenha um papel passivo, impotente e solitário.

Assim, pode-se estar, facilmente, diante de um quadro estatal autoritário moldado, pela legalidade do cometimento do agente, por uma aparência de democracia.

A utilização de instrumentos como, v.g., o *referendum*, deixa permanentemente em aberto o conceito de legitimidade na sociedade estatal.

Por outro lado, tem-se que a chamada democracia representativa repousa na ficção de que a eleição do representante resguarda e aperfeiçoa a irrenunciável soberania do povo. Esta qualidade soberana, de exercício acanhado, espaçado e precário, torna enganososa a proposição que faz deter a sociedade à condução de sua própria história. Têm razão aqueles que doutrinam ser a soberania predicado falacioso do público, de exercício efêmero e infreqüente, que se extingue no instante de um voto irrevogável e incontrollável.

O *referendum* tornaria, de uma parte, mais comprometido o mandato outorgado ao representante pela mobilização social permanente e, de outro lado, agilizaria o exercício do poder popular pela sua convocação amiudada e decisiva.

Finalmente, há de se salientar a criação de um elo de responsabilidade real e consciente do povo com os agentes estatais pela assunção de deliberações de transcendental importância para a comunidade nacional.

Atualmente, inobstante a ausência de correspondência entre os desejos e necessidades reais e, às vezes, manifestas da sociedade, e a determinação dos agentes, instituiu-se um simulacro de dogma jurídico, segundo o qual, sendo o poder exercido em nome do povo, é por este assumido em sua dinâmica, ainda que o seu conteúdo não coincida com a opção popular.

A responsabilidade social pelos atos estatais, consequentemente, é perversa e desembasada, pois se forja pela imputação à comunidade política de comportamentos sobre os quais ela não teve oportunidade de se manifestar, ou, às vezes, contra os quais se fez expressa.

O *referendum* traria a responsabilidade para o plano fático, pois o vínculo político pela eleição de um provimento fulcraria a elaboração jurídica consagrada daquele princípio. Ademais, as eleições seriam, então, mais graves e refletidas, pois a sociedade teria imediata consciência das conseqüências a arrostar.

Democracia é o princípio informador de um sistema jurídico no qual prevalece a responsabilidade madura e cônica de uma comunidade em sua vivência política. O *referendum* traz engas-

tado em sua noção a técnica realizadora desta responsabilidade, donde mais uma vez queda demonstrada a sua positividade.

No bojo de todos estes elementos se contém o maior benefício da inclusão deste instituto no sistema constitucional democrático, qual seja o de constituir ele uma salvaguarda popular contra usos indiscriminados que os agentes políticos sujeitam-se a cometer no exercício de suas funções.

Tanto pode constituir aquele instituto uma proteção contra os excessos praticados no desempenho das atividades estatais, quando tiver caráter sancionador ou proibitivo de projeto de norma jurídica apreciada pelos órgãos estatais competentes, como quando constituir a manifestação momento determinativo de uma alteração de norte nas decisões estatais.

Podem-se arrolar, evidentemente, inconvenientes provenientes do uso deste instrumento, e duas desvantagens têm sido reiteradamente lembradas pelos doutrinadores, a saber: o esvaziamento dos órgãos legislativos, pela transferência do exercício de algumas de suas competências ao povo, e o despreparo do povo para governar ou votar boas leis (38).

Quanto ao primeiro item, cumpre assinalar que o desprestígio dos Parlamentares deve-se muito mais a fatores exógenos à sociedade (como, v.g., o abuso do poder econômico, a atuação de grupos de pressão etc.) do que à presença direta, ou ausência permanente, da sociedade no processo político. Em verdade, no Brasil particularmente, o que está em questão, a demandar resposta inadiável, é a representação e as formas alternativas de participação autêntica da comunidade política no processo de formação e desempenho das funções estatais em conformidade com as escolhas sociais. O esmero e burilamento dos modelos de representação não substituirão, por certo, a lacuna deixada pela sociedade ansiosa por participar do processo político estatal. Ademais, a acomodação ou irresponsabilidade, que, virtualmente, acometeriam os "representantes" do povo, com este alinhados em situações constitucionalmente estabelecidas, somente poderiam ser tidas como despreparo dos agentes políticos para a vivência do princípio democrático, pois aquele instrumento nenhum óbice ou agravamento viria trazer aos modelos tradicionais de representação. Fracasso algum, nestes figurinos, poderia ser apontado à custa da adoção do *referendum*, pois este não os compromete, antes os aperfeiçoa. Aliás, às vezes, o fracasso é um sucesso mal praticado.

O segundo elemento erigido à conta de desmerecimento do uso do *referendum* nos sistemas constitucionais democráticos,

(38) Cf. MONTESQUIEU, *Op. cit.*, p. 587; ESMEIN, A. *Op. cit.*, p. 534; no Brasil, BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. Rio, Fundação Getúlio Vargas, 1972, p. 345.

acima transcrito, não me merece maior indagação, porque a acreditar na incapacidade do povo para se governar, deveria antes crer na inviabilidade do princípio democrático.

Tenho que vícios existirão no emprego do *referendum*, mas me pergunto qual o sistema constitucional perfeito noticiado pela História.

Não confio em modelos doutrinários puros inexpugnáveis; prefiro os sistemas mistos, estruturados a partir do conhecimento daqueles e da avaliação de seus sucessos e desventuras práticas, cujas causas, analisadas e depuradas, podem se constituir em vertentes de paradigmas sólidos, estáveis e duradouros.

Se os modelos de representação continuam a oferecer benefícios incontestes à causa da democracia, certo é que têm sido insuficientes para uma mais profunda e permanente participação da sociedade na vivência estatal.

Acoplar àqueles modelos alguns instrumentos, como o de que ora se cuida, pode sanar algumas lacunas por onde versam alguns dos males dos sistemas constitucionais contemporâneos.

No curso do processo constituinte alimentado pela sociedade brasileira, a vinculação do modelo representativo tradicional ao *referendum* pode ser o início de uma nova proposta democrática, que auxilie a estabilização da experiência política nacional.

Ademais, a inclusão do *referendum* na pauta daquele processo pode legitimar, definitivamente, uma experiência encetada, institucionalmente, segundo parâmetros organizacionais questionáveis.

O *referendum* constituinte pode dar à próxima Constituição brasileira uma nova feição de prática política, numa democratização que somente ajudará a *praxis* constitucional futura.

O "*referendum* constitucional" obrigatório calha perfeitamente com a aspiração social da comunidade nacional, e o *referendum* consultivo ou o veto popular podem integrar-se no futuro figurino como boas opções políticas, sem embargo de um rebaixamento das técnicas de apuração do sistema representativo e sem necessidade de enfraquecimento das funções dos órgãos legislativos.

Bibliografia

ARRUDA, João. *Do Regime Democrático*. Brasília, Câmara dos Deputados, 1982.

BENTHAM, J. *Fragmento sobre el Gobierno*. Madrid, Aguillar, 1973.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. Rio, Fundação Getúlio Vargas, 1972.

- BURDEAU, Georges. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977.
- CANTIZANO, Dagoberto Liberato. *O Processo Legislativo nas Constituições Brasileiras e no Direito Comparado*. Rio, Forense, 1985.
- CÍCERO. *Da República*. Rio de Janeiro, Ed. Tecnoprint Ltda., s.d.
- CUNHA, Fernando Whitaker da. *Representação Política e Poder*. Rio, Freitas Bastos, 1981.
- DUGUIT, Léon. *Tratté de Droit Constitutionnel*. Paris, Ancienne Librairie Fontemoling & Cie. Editeurs, 1928.
- DUVERGER, Maurice. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*. Paris, Presses Universitaires de France, 1973.
- ESMEIN, A. *Droit Constitutionnel*. Paris, Sirey, 1909.
- FERREIRA, Luis Pinto. *Princípios Gerais de Direito Constitucional Moderno*. São Paulo, Saraiva, 1983.
- FERREIRA Fº, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. São Paulo, Saraiva, 1984.
- FIGUEIRÉDO, Sara Ramos de. *Processo Legislativo*. Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas, Senado Federal, 3ª edição, 1982.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo et alii. *Modelos Alternativos de Representação Política no Brasil e Regime Eleitoral — 1821-1921*. Brasília, Ed. da Universidade de Brasília, 1981.
- MAURICE, André & SFEZ, Lucien. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*. Paris, Editions Montchrestien, 1972.
- HEGEL, G. W. F. *La Constitución de Alemania*. Madrid, Aguillar, 1972.
- KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. México, Ed. Nacional, 1979.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Ariel, 1976.
- LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre el Gobierno*. Madrid, Aguillar, 1973.
- MALBERG, R. Carré de. *Contribution Générale à la Théorie Générale de l'État*. Paris, Sirey, 1932.
- MILL, John. *Considerações sobre o Governo Representativo*. Brasília, Ed. da Universidade de Brasília, 1981.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra, Coimbra Ed. Ltda., 1985.
- MONTESQUIEU. *Oeuvres Complètes*. Paris, Éditions du Seuil, 1964.
- MURGIA, Costantino. *Referendum e Sistema Rappresentativo in Francia*. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1983.
- PERGOLESII, Ferruccio. *Dritto Costituzionale*. Padova, CEDAM, 1972.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo, Cultrix, s.d.
- SAMPAIO, Nelson de Sousa. *Do Processo Legislativo*. São Paulo, Saraiva, 1968.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial S/A, 1982.
- ANAIS DO SEMINÁRIO SOBRE O PAPEL DO PODER LEGISLATIVO NUMA DEMOCRACIA MODERNA. Brasília, Centro Gráfico do Senado Federal, 1983.

Constituição: lição americana

ADHEMAR FERREIRA MACIEL

Professor da Faculdade de Direito "Milton Campos", Juiz Federal na Seção Judiciária de Minas Gerais

Estamos em tempo de Constituição. Nos dois gigantes do continente americano — Brasil e Estados Unidos — há efervescência cultural, otimismo e expectativa em torno do assunto.

1987 será um marco histórico em tema de Constituição: o Brasil votará uma nova Constituição; os Estados Unidos da América comemorarão o bicentenário de sua *lex fundamentalis*, o documento que, "por sua concisão e lucidez", no afirmar de WILLIAN BENNETT MUNRO, "ainda permanece ímpar entre todas as Constituições".

Duzentos anos separarão os dois documentos basilares: Um — o velho — feito quando toda preocupação se centrava nos poderes excessivos do Parlamento, aquele que "podia fazer tudo, menos transformar um homem em mulher, e vice-versa"; o outro — o novo — quando a desconfiança maior, também justificada pela experiência, se volta mais para o Executivo.

Nestes duzentos anos, o homem inventou engenhos, criou religiões novas, pisou na lua, mandou arautos eletrônicos para os confins do sistema solar, acabou com o voto censitário e propiciou à mulher a ascensão aos mais altos cargos públicos. Mas, no fundo, o homem continua a mesma criatura de 1787: insatisfeito consigo mesmo, buscando desesperadamente na magia da letra impressa um luzeiro para seu futuro.

Por certo elaborar uma Constituição não é tarefa fácil numa democracia. Para a nossa também não faltarão detratores ao lado de seus ufanistas. Mas o importante é que o "documento fundamental", a *Grundurkunde*, como dizem os autores alemães com uma só pala-

vra, traduza com justeza as diversas correntes de opinião dominante e chegue a bom termo.

A evidência, a História é a melhor conselheira e aí está, à mão, para fornecer aos constituintes brasileiros aquilo que foi sendo estratificado ao longo do tempo.

Hoje, além da experiência americana, da francesa, alemã, italiana, espanhola e portuguesa, para não dizer da nossa própria, contamos com os esboços de cunho científico, como a *Oktoberverfassung*, de HANS KELSEN, e a *Weimarer Verfassung*, de HUGO PREUSS.

Também os convencionais de Filadélfia, reunidos no mesmo casarão onde, um decênio atrás, se assinara a Declaração da Independência, se valeram do passado, da experiência. Assim, além da Carta de Runnymede, do *Bill of Rights*, das tentativas de SIMON DE MONTFORT e de OLIVER CROMWELL, das lições preciosas de COKE e BLACKSTONE, puderam contar com as então recentes Constituições de Virgínia e Massachusetts. Mas, quanta coisa nova, prática, construíram! Quanta coisa, hoje, está servindo de esteio para nosso dia-a-dia! É que os convencionais de 1787, em sua quase totalidade, eram homens pragmáticos, com os pés no chão, e queriam preservar e ampliar os valores que seus iguais tinham além-mar. Dos 74 delegados eleitos pelas doze ex-Colônias (Rhode Island não se fez representar) para a convenção, somente 55 compareceram. Combinou-se que a primeira reunião se daria na segunda segunda-feira do mês de maio. Devido às dificuldades de transporte, não foi possível dar início aos trabalhos no dia marcado. Houve atraso de duas semanas. O general George Washington, que então contava 55 anos e era seguramente o homem mais rico de toda a Virgínia, foi escolhido para presidir a Assembléia Constituinte. Em decorrência, não votou durante os debates. Por outro lado, revolucionários proeminentes, como Thomas Jefferson, que estava em missão diplomática na França, Patrick Henry, Samuel Adams, Tom Paine e John Marshall não se achavam entre os convencionais.

Como as delegações tinham maior ou menor número, deliberou-se, inicialmente, que cada Estado teria direito a um voto somente. Também se decidiu que os temas que iam sendo debatidos e votados não se tornariam de conhecimento público a fim de se evitarem especulações. Isso não impediu cochichos maliciosos e boatos estapafúrdios, como aquele da implantação da monarquia, com o rei — George I — saindo diretamente da aprazível e rica vivenda de Mount Vernon...

Os debates duraram de maio a setembro. Não foi fácil o acerto das arestas, aquele "serrar de tábuas", no afirmar jocoso e expressivo do octagenário Ben Franklin. Houve, é certo, tumultos, momentos de desânimo e não poucas vezes George Washington, com sua autoridade

de moral e ponderação, teve de serenar os mais exaltados e radicais. Alguns convencionais, irritados, regressaram à suas origens. Mas os trabalhos continuaram.

Problemas, os mais sérios e apaixonantes, ameaçaram a unidade da Assembléia, o que levou Gouverneur Morris a afirmar que "o destino da América andou suspenso por um fio de cabelo". O primeiro deles estava em se se deveria fazer uma Constituição propriamente dita ou, então, como queria Luther Martin, de Maryland, apenas "reformular" os Artigos da Confederação. Sobretudo graças a James Madison, um dos sete delegados da Virgínia, de 36 anos, ficou prevalecendo aquele ponto de vista: um novo documento deveria ser elaborado, já que os Artigos da Confederação eram de todo inadequados.

Outro tópico sumamente polêmico, que levou semanas para se chegar a um acerto, foi quanto à representatividade no Congresso federal. Os grandes Estados, como Virgínia e Nova Iorque, entendiam que o número de congressistas deveria ser proporcional ao número de "habitantes livres" do Estado. Os pequenos Estados, como Nova Jersey, já achavam que esse número deveria ser o mesmo para todos, como se dera no Congresso Continental e no Congresso da Confederação. Duas grandes figuras então se defrontam: Madison e William Paterson. O impasse foi resolvido com a mediação de Franklin e da bancada de Connecticut. Ficou assentado que o Congresso seria bicameral. A Câmara baixa (House of Representatives) seria formada levando-se em conta o número da população de cada Estado-Membro. A Câmara alta (Senate), ao contrário, teria igual número de representantes para todos os Estados, sem se considerar a densidade populacional.

Os temas que jamais receberiam a adesão de alguns Estados, como a universalidade do sufrágio, a importação de escravos, foram sabiamente deixados fora da competência da União. Em outras palavras, cada Estado-Membro resolveria a questão a seu modo. Com isso a Constituição acabou por vir à luz e ficou a cargo da comissão chefiada por Gouverneur Morris a sua redação.

No fundo, grande parte dos convencionais não ficou satisfeita com o documento. Somente 39 apuseram nele suas assinaturas. Alguns, como Alexander Hamilton e Benjamin Franklin, chegaram mesmo a manifestar publicamente suas contrariedades. Como se vê, não esperavam que tal instrumento pudesse ter vida longa, o que aconteceu graças sobretudo às interpretações políticas que lhe deram, ao cabo dos anos, grandes juizes como John Marshall, Robert Taney, Oliver Holmes, Benjamin Cardozo, Louis Brandeis, Felix Frankfurter, Earl Warren e William Brennan Jr. De um "filho enjeitado", tal documento, por sua concisão e simplicidade de linguagem, passou a ser "o mais maravilhoso instrumento jamais esboçado pela mão do homem", no dizer feliz do "Justice" Johnson.

A luta pela Constituição não parou aí, em setembro de 1787, na **State House** da Pensilvânia. A pior fase, a fase externa, estava por vir.

Em diversos Estados começaram a aparecer os inimigos, os descontentes, os mal-informados e sobretudo os que não tinham bens de raiz.

O documento foi enviado ao Congresso da Confederação, que, a seu turno, deveria mandar cópias ao Legislativo dos diversos Estados para a ratificação. Somente após a ratificação por nove Estados é que a Constituição entraria em vigor.

Nos grandes Estados, como Virgínia, Massachusetts e Nova Iorque, não faltaram discursos inflamados, conferências, caricaturas, panfletos, cartas em jornais, tudo contra a ratificação. Nunca se tinha visto tamanho alvoroço público! Aí, miraculosamente, aparecem na imprensa cartas e artigos assinados por **Publius**, explicando, de maneira lógica, didática e objetiva, a importância e o significado de cada tópico da Constituição. Eram esclarecimentos feitos por Hamilton, Madison e John Jay sob tal pseudônimo. Graças a essa campanha educativa e patriótica é que, nos meados do verão de 1788, se conseguiu a ratificação de que tanto dependeu a existência dos Estados Unidos da América. Logo a seguir, Virgínia e Nova Iorque perfizeram os onze Estados ratificantes. No outono do ano seguinte, chegou a vez da Carolina do Norte e, em 1790, na primavera, o Estado de Rhode Island, o último, sufragou finalmente o documento. Estava garantida a Constituição e, com ela, os Estados Unidos da América.

Qual a lição histórica a ser tirada de tudo isso, para nós, brasileiros?

Primeiro, não se pode esperar um documento perfeito, que a todos agrade e tudo resolva. Segundo, a Constituição deve ser bem mais sintética do que a Carta atual, a fim de que possa ter vida longa e, na hipótese da preservação do regime presidencialista, enseje ao Judiciário sua constante atualização através de uma hermenêutica progressiva. Daí dizer com muito acerto BERNARD SCHWARTZ que "a experiência européia mostra que a Constituição que não pode ser judicialmente validada contém apenas palavras ocas".

A tensão constante entre o direito e a justiça deve ser minimizada com a busca crescente do social. O grande segredo da Constituição americana repousa em seus juizes, que, ao longo dos anos, através do "sistema difuso" do **judicial review** e da **construction** da Suprema Corte, impediram a esclerose e a fossilização do pergaminho de Filadélfia. A sua redação, que não se pode perder na algaravia técnica, deve ser vazada em linguagem simples, já que o povo, como lembra Lorde BRYCE, é seu principal destinatário.

A Constituição, a federação e o planejamento nacional

A. B. COTRIM NETO
Da Faculdade de Direito da UFRJ

SUMARIO

1. *As primeiras "Constituições" escritas*
2. *E desde quando se pensou em fazê-las assim*
3. *Os primeiros diplomas — "regimentos" ou "cartas" — editados para a governação de colônias*
4. *Conteúdo e objeto das primeiras Constituições escritas, na América do Norte*
5. *O que é uma "Constituição"?*
6. *O "lado mau" desse diploma — segundo GUETZEVITCH — quando influenciado por juristas: longo e minucioso*
7. *Um Estado que se quer "social" e a crise do conceito de Constituição e do Sistema Político: o "alagamento do Estado"*
8. *Ainda essa crise: surge um novo conceito de soberania — o da "soberania proletária"*
9. *Normas de direito internacional adquirem categoria de norma constitucional, em determinadas condições*
10. *Onde e como a "Federação" passou a ser forma de Estado*
11. *Origem e evolução da Federação suíça*
12. *O preconcio da Federação para o Brasil, até sua adoção, em 1889*
13. *Os problemas que o federalismo suscitou e sua crise atual*
14. *Embora não se deva condená-lo, o planejamento do desenvolvimento, feito pelo Poder central, acentua a crise do federalismo*

1. Foi em terras que hoje fazem parte dos Estados Unidos da América onde se escreveram as primeiras Constituições destinadas a reger a vida de um Estado: de fato, isso aconteceu no ano de 1776, antes mesmo de as colônias britânicas da América do Norte, que viriam a formar essa república — entretanto, já em estado de rebelião contra a metrópole —, terem declarado sua independência.

No livro de SAMUEL ELIOT MORISON/HENRY STEELE COMMAGER, *História dos Estados Unidos da América* (trad. bras., ed. Melhoramentos, tomo I, p. 227), é informado que as colônias de New-Hampshire, Carolina do Sul, Virgínia e Nova Jersey tinham adotado Constituições escritas aos 6 de janeiro, 26 de março, 29 de março e 2 de julho de 1776, respectivamente, antecedendo a proclamação de 4 de julho do mesmo ano, com que o Congresso continental de Filadélfia rompia qualquer vínculo dos 13 estabelecimentos coloniais com a Inglaterra; e em seguida, ao tempo em que prosseguia a guerra da independência, e até 1787, quando se aprovou a Constituição federal, todas as demais colônias rebeladas, depois Estados livres, se deram diplomas idênticos.

2. No entanto, a idéia de organizar o Estado sob a égide de normas escritas, além de já ter sido pensada antes, fora estimulada por inumeráveis precedentes institucionais.

Com efeito, na sua admirável *Histoire de Rome* (Presses Universitaires de France, 1949, p. 186), ANDRÉ FIGANIOL estranha que até hoje não se tenha atribuído a devida atenção ao estudo do *De Legibus*, obra começada no ano de 52 a. C., onde CÍCERO “quis redigir, artigo por artigo, uma Constituição real”, cujos traços mais notáveis seriam o Poder Legislativo conferido ao Senado e a criação de um poder censorial permanente, em Roma.

No plano institucional, e sobretudo no concernente às instituições jurídicas britânicas, pode-se apontar a “Great Charter” — ou Magna Carta, como também é referida — de 15 de junho de 1215, como representando, pelo menos, um genuíno embrião de Constituição rígida: não foi despropositadamente que WILLIAM STUBBS — em obra escrita há quase cem anos, em 1873, e que ainda continua a ser o mais alentado estudo da matéria, *The Constitutional History of England* (Clarendon Press, Oxford, 5ª ed., vol. I) — classificou-a de “um tratado entre o rei e seus súditos, embora redigida ela na forma de uma outorga real” (p. 569), razão pela qual “toda a história constitucional da Inglaterra é pouco mais do que um comentário da Magna Carta” (p. 572).

Ora, a Constituição escrita supõe-se que seja uma norma que há de organizar o Estado em consonância com a vontade do povo e disciplinar a ação dos seus órgãos, de modo que ela jamais discrepe do atendimento dos mais relevantes interesses da coletividade. E porque assim deve ser

uma Constituição, sua feitura será atribuída aos mais autênticos representantes do sentir de uma nação, delegados com poderes expressos para o pronunciamento constituinte. — Por isso, uma vez a obra côndita, elaborada, o trabalho dos delegados do povo prevalecerá como a força impositiva daquele tratado entre o Príncipe e o Súdito, da classificação que STUBBS atribuiu à “Great Charter” do rei João.

3. Havia mais elementos, porém, no caso dos fatos geradores da ideação de Constituições escritas para os Estados Unidos: havia a própria tradição da “charter” que o rei inglês deferia às colônias da América do Norte em vias de organização. A propósito, segundo o magistério de LAWRENCE M. FRIEDMAN — ao fazer o histórico da Constituição federal e das primeiras Constituições estaduais dos Estados Unidos (em *A History of American Law*, Touchstone Book, 1973, pp. 100 e segs.) —, o período revolucionário que culminaria com a independência das antigas colônias britânicas da América setentrional impunha grandes transformações jurídicas: em face disso, “os Estados e o Governo Geral decidiram colocar suas básicas decisões políticas no molde de Constituições escritas. Alguns Estados tinham começado como *chartered colonies* (colônias organizadas sob a égide de uma lei da coroa que estabelecia o regime jurídico de seu governo); elas tinham adquirido o hábito de reverenciar suas Cartas (charters) como garantes da liberdade. Muitos dos líderes políticos dos Estados Unidos viam na Constituição escrita uma espécie de convenção social (social compact), uma avença básica entre cidadãos, e entre cidadãos e Estado, dispositiva dos direitos e deveres mútuos em forma permanente”.

Aliás, a prática de dotar os governos coloniais de diplomas que lhes regulassem o funcionamento não era exclusivo do império britânico: como se sabe, também Portugal — e anteriormente — editava normas ordenadoras da ação dos delegados reais nomeados para a governação da colônia brasileira, tendo sido primeira o “regimento que levou Tomé de Souza, 1º Governador-Geral do Brasil” (veja-se o teor desse diploma em *A Política Administrativa de D. João II*, de VICENTE COSTA SANTOS TAPAJÓS, obra nº 2 da coleção *História Administrativa do Brasil*, ed. Univ. de Brasília, pp. 202/214).

Todavia, uma distinção fundamental se destacava entre o estilo das “charters” inglesas e o dos “regimentos” para a ação dos Governadores-Gerais do Brasil: enquanto nestes — como TAPAJÓS salientou a propósito do regimento de TOMÉ DE SOUZA — “a maior preocupação era para com a defesa da terra, e, por causa dela, as relações com os índios” (ob. cit., p. 73), na América do Norte as Cartas outorgadas pelo rei às colônias apresentavam garantias aos direitos dos indivíduos, no espírito que vinha das tradições saxões-normandas, através da Magna Carta, o que levou muitos Estados a conservá-las vigentes, nalguns casos até adiantado o século XIX, como o fez o Connecticut (*apud* FRIEDMAN, ob. cit., p. 101, fim).

4. Consoante a idéia então dominante no pensamento dos líderes da América do Norte, ocorrer-lhes-ia, uma vez vitoriosos na guerra, a elaboração de uma Carta suficientemente hábil para consolidação da independência conquistada por todos, e, outro tanto, garantidora das liberdades aspiradas pelos cidadãos de um Estado ferente, que englobasse as várias antigas colônias.

Pouco importa, aqui, fazer o histórico dos eventos políticos verificados entre 1776, entre a Declaração de 4 de julho, e a edição desse virtual Pacto Federal elaborado em 1787 e vigente a partir de 1789, quando a maioria das antigas 13 colônias, já Estados soberanos, adotou o diploma que se tornaria, então, a Constituição dos Estados Unidos da América. O fato é que, depois da frustração de uma tentativa de união dos Estados perseguida anteriormente, mesmo durante a guerra da independência (1777), através dos "Articles of Confederation", amadureceriam as circunstâncias para a formação de um Governo central, capaz de assegurar as liberdades civis no interior e preservar a nação recém-formada, contra ameaças vindas do exterior.

A Constituição elaborada numa Convenção havida em Filadélfia entre 25 de maio e 17 de setembro de 1787 resultou ser um diploma que — dele escreveu FRIEDMAN — não era "demasiado apertado nem demasiado frouxo (... neither too tight nor too loose...): em essência era uma moldura, um esqueleto, um esboço de forma de governo, sob o qual definiu os fundamentos" (pp. 102/103). Mas essa Carta traduzia aquelas idéias liberais que filósofos como LOCKE, MONTESQUIEU e ROUSSEAU, principalmente, haviam instilado no pensamento do século XVIII, e que TOM PAINE contemporaneamente assim exprimia: todo governo, na melhor hipótese, é um mal necessário, uma coisa que é preciso temer, limitar e circunscrever; o que ARGENSON, noutros termos, enfatizava, quando pretendia que o governo não deve governar demais...

Havia mais, entretanto, no diploma de 1787: ele consagrou a *separação dos poderes* que MONTESQUIEU enaltecera em seu *Espírito das Leis*, quando analisou a Constituição da Inglaterra e — num erro de observação, apontado por muitos publicistas britânicos, nela tendo enxergado uma separação que inexistia... — recomendou a criação de órgãos especializados para o desempenho das três principais funções do Estado, correspondentes aos poderes de legislar, de administrar a execução das leis, de julgar os conflitos de interesses.

Não resta dúvida que essa Constituição de 1787, elaborada por 55 delegados dos 13 Estados originais, num trabalho de 16 semanas com sessões diárias, foi obra de homens que já traziam de convenções constitucionais estaduais a experiência da feitura desse tipo de leis: sobretudo, merece relevada a participação de JAMES MADISON, que, com 36 anos, já era dotado de excelente cultura política, teórica e prática, e trouxe

para a *Convenção de Filadélfia* um estudo sobre as *Confederações antigas e modernas* que conferia ensinamentos acerca do que se deveria evitar na pretendida união dos Estados da América (*apud* MORISON e COMMAGER, *História* cit., p. 270).

Impõe-se, todavia, registrar dois destaques, sobre essa Constituição: 1º) ela foi a primeira Constituição jamais escrita para organizar a vida de todo um povo; 2º) ela foi autêntico Pacto de União e, por isso, precedeu a formação de um Estado Nacional.

Quanto à primeira parte não há o que comentar-se: é fato incontroverso, sobretudo porque as numerosas Constituições que as colônias rebeldas contra o domínio inglês elaboraram antes correspondiam a interesses meramente locais, quando não eram simples prorrogação de vigência de prisca cartas coloniais, como ocorrido em Connecticut e Rhode Island.

No concernente ao segundo destaque, embora também corresponda a fato incontroverso, justifica-se um comentário especial: cabe dizer-se que a Constituição assinada pelos convencionais de Filadélfia, aos 17 de setembro de 1787, passou a significar o enxoval político-jurídico de uma nação nascitura. Efetivamente, entre a assinatura da Constituição, melhor dito, de sua minuta, e sua entrada "in force" no dia 4 de março de 1789, embora o Governo dos Estados Unidos só tenha sido inaugurado aos 30 de abril — quando seu primeiro Presidente GEORGE WASHINGTON prestou juramento numa sacada debruçada sobre Wall Street, em New York —, 18 meses haviam transcorrido de largos debates para convencimento da população dos Estados a aceitar seus termos.

5. O que é, porém, uma Constituição? — eis o que importa muito precisar.

Em linguagem didática e no sentido jurídico, por Constituição entende-se o conjunto de regras concernentes à forma do Estado, à forma do Governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, ao estabelecimento de seus órgãos, aos limites de sua ação (Prof. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, em *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed., Saraiva, SP, 1970, p. 14).

Com palavras que traduziriam essa mesma definição é como os clássicos dos últimos dois séculos apresentavam a Constituição: mas, aí, residia uma concepção liberal-burguesa, onde se pretendia que ao Estado incumbisse apenas o papel de tutor das liberdades do homem e do cidadão, e à Constituição protegê-las contra o abuso do Poder Público (CARL SCHMITT, em *Teoría de la Constitución*, trad. esp. da Revista de Direito Privado, Madrid, s/data, pp. 146 et passim).

Acontecia, contudo, que a filosofia política dos séculos XVIII e XIX, enquanto encerrasse a idéia do Estado-mínimo, só poderia conceber um

diploma constitucional se elaborado para a preservação dos direitos civis. Daí a ideação do Estado de direito — a flor da ideologia burguesa da centúria anterior — consagradora do programa de separação dos poderes, concebida exatamente para espancar a univocidade dos poderes do Estado, inerente aos regimes do tempo do absolutismo monárquico. E por isso as observações do Prof. ERNST RUDOLF HUBER, autor excelente do *Nationalstaat und Verfassungsstaat* (ed. Kohlhammer, Stuttgart, 1965), quando — apresentando e comentando a teorização do Estado de direito — escreveu ter ela emergido das lutas da burguesia contra o Estado e sido construída no propósito de adargar os direitos inerentes à vida, à liberdade e à propriedade do indivíduo, mediante a restrição dos poderes de intervenção estatal no processo social (ob. cit., p. 267).

Todavia, essa construção ideal de pronto se chocaria com a realidade social e seus imperativos. E isso se verificaria no próprio século XIX, em que os excessos do liberalismo alimentados pelo individualismo jurídico logo se chocariam com as forças iminentes das inquietações sociais, provocadas pelos abusos de poder do capitalismo em desenvolvimento.

Não obstante essas ocorrências e o surgimento contemporâneo de outra construção para o embasamento de nova teoria de Estado, capaz de agasalhar a intervenção deste no campo social — que se encontra expressada até na letra da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949 (arts. 20 e 28) —, mesmo os mais modernos constitucionalistas não discrepam muito da definição prisca de Constituição, como se pode ler em KONRAD HESSE, Professor da Universidade de Freiburg e Juiz da Suprema Corte, precisamente da Alemanha, a qual é o Tribunal Constitucional Federal: “Constituição é a norma jurídica fundamental de uma entidade coletiva. Ela determina os princípios regedores com os quais se molda a unidade política, e as funções do Estado são estabelecidas. Ela regula o processo de solução dos conflitos que surgem no seio da comunidade. Ela ordena a organização e o procedimento de aglutinação da sociedade, e da ação do Estado. Ela define os fundamentos e preceitua a essência das normas jurídicas de ordem pública. Em suma, ela é o preceito fundamental que, a partir de determinados princípios, estabelece o plano estrutural da ordem jurídica de uma sociedade” (em *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 15 ed. Müller, Heidelberg, 1985, p. 10).

6. A Constituição americana de 1787, com os ajustamentos das 10 emendas que lhe foram acrescentadas em 1791, para formar um festejado “Bill of Rights” — a declaração de direitos do povo dos Estados Unidos —, foi modelo de concisão e de rigidez de preceitos, tanto que nos 195 anos seguintes a 1791 receberia apenas mais 16 emendas.

Entretanto, se a iniciativa de fazer Constituição escrita propagar-se-ia da América para outros continentes, a Europa em primeiro lugar, os

diplomas editados subsequentemente seriam bem diferentes do que os inspirou, tanto no concernente aos encerrros de seus preceitos quanto, até, na dimensão de seus textos. No tempo histórico seguinte as Constituições perderam a característica de concisa norma programática para a defesa da liberdade, e se tornaram genuínos códigos políticos ideologizados: assim, principalmente a partir da I Guerra Mundial, começaram a surgir cartas constitucionais cada vez em maior número e em dimensões maiores... porém fadadas a uma mínima duração.

Assim, cabe indagar: por que a Constituição dos Estados Unidos — embora seja *escrita* e classificada de rígida porque a mudança de seus textos é dificultada — conseguiu tal longevidade? — GASTON JÈZE, notável publicista francês da geração anterior à nossa, pretendeu a isso responder, e, a nosso ver, fê-lo de modo convincente:

“Desde 1787 têm sido os seus artigos interpretados pelo Presidente, pelo Congresso, pela Corte Suprema, conforme a sua respectiva força no momento. E, nos dias que atravessamos, pode-se verificar como as soluções que mais certas pareciam perante os textos e a interpretação anterior são derrubadas e substituídas por outras, sob a pressão de novas forças sociais” (in “A Constituição na Crise Política”, estudo publicado em *La Revue Mondiale*, de Paris, e divulgado em tradução no *Jornal do Comércio*, do Rio, ed. de 8-4-1934).

Destarte, temos de reconhecer que a flexibilidade efetiva da Constituição americana, que desfez a pretendida rigidez da norma escrita, só seria possível pela concisão do seu texto. E foi a possibilidade dessa permanente revolução hermenêutica, sem prejuízo ou malgrado a letra do diploma, que acabaria por engendrar aquela aura de *sacralidade* que — do registro do saudoso autor de *Essai sur les Libertés*, RAYMOND ARON — hoje envolve, por parte do povo norte-americano, a sua Lei Maior.

Por que, então, não durou nenhuma das Constituições nacionais que, de enxurrada, se editaram em seguida à moldada em Filadélfia? — Em primeiro lugar, porque (e a observação ainda é de JÈZE), a partir da França da Revolução do século XVIII, os homens tinham uma fé profunda e ingênua na virtude dos textos constitucionais: pretendiam-nos rígidos e os declaravam imutáveis, e — transcrevemos JÈZE — “por isso se sucederam os golpes de Estado. Em dez anos, fez-se enorme consumo de Constituições imutáveis que tudo previam, menos o estado cambiante das forças sociais”.

Aconteceria, no entanto, algo pior, segundo o comentário de MIRKINE-GUETZÉVITCH — que expôs o direito constitucional através do prisma da ciência política, donde o seu “valor realmente notável”, pela qualificação do egrégio VICENTE RÁO — em *As Novas Tendências do Direito Constitu-*

cional (tradução de CÂNDIDO MOTTA FILHO, c/prefácio de RÁO, Cia. Ed. Nacional, 1933):

"Na elaboração das Constituições novas, a ciência jurídica teve um grande papel (...). Os teóricos do direito exerceram sua influência. Em muitos países eles se esforçaram em redigir textos onde doutrinas as mais modernas entrassem em aplicação. Na Alemanha, por exemplo, a Constituição muito deve a H. PREUSS; na Áustria, ao notável teórico do direito público, HANS Kelsen etc. Essa influência, sob o ponto de vista de certas críticas políticas, teve seus lados maus: as construções muito detalhadas, as relações das diversas engrenagens, complicam o mecanismo governamental" (pp. 39/40).

Ora, as Constituições longas e com textos minuciosos... — "Os textos mais rígidos, que formulam regras imperativas, mudam com as circunstâncias. A vida estabelece, cada dia, novos problemas. O texto não foi feito para essas questões. Adaptam-no às necessidades do momento, por uma hábil interpretação. A deformação dos textos constitucionais é, em todos os países, contínua. Deles se tira, mais ou menos, tudo o que se quer. As regras transformam-se conforme as necessidades. Eis aí por que as longas Constituições escritas apresentam inconvenientes. As mais rígidas fórmulas não podem impedir coisa alguma. Nunca um texto deteve uma verdadeira força. Essa força apóia-se nos princípios constitucionais o bastante para que eles cedam" (JÈZE, no trabalho cit.).

7. Ainda estamos vivendo, de fato, não obstante os 50 anos transcorridos desde o estudo de GASTON JÈZE, em plena crise política, com reflexos na ordem constitucional. Aliás seria pertinente dizer-se que hoje duas crises se imbricam de modo desordenado: a *crise do conceito de Constituição* e a *crise do sistema político*, dando-se a esta última expressão a abrangência de formas de governo e regimes políticos.

Essa crise do sistema teve seu início, consabidamente, ainda no século anterior, por força da dureza que o individualismo refletido na ordem econômica punha no tratamento da questão social. E a partir da Europa.

Não foi apenas na Europa, contudo, onde essa questão se exacerbou: é certo que na velha matriz da cultura ocidental, e na França, principalmente, até rebeliões armadas de teor reivindicatório de condições humanas para a ordem econômica eclodiram, em várias oportunidades. A história registra como movimentos dessa ordem a revolução de 1848 — iniciada em Paris e com rastilho explosivo na Áustria, na Hungria, na Polônia e em toda a Europa, enfim — e, ainda, a sangrenta Comuna de Paris, de 1871, para mencionarmos apenas os mais flagrantes.

Mas nos Estados Unidos a insatisfação social também eclodiria, e seria reprimida com violência, como ilustrado no caso da greve de 19 de

maio de 1886, em Chicago, que terminou até com enforcamento de trabalhadores.

Foi na Alemanha, porém, que um novo esquema de organização jurídica do Estado começou a se plasmar, a fim de institucionalizar algo que correspondesse às inquietas reivindicações sociais: e isso aconteceria em 1919, porque a derrota do país em 1918 tornara seu povo mais sensível aos prejuízos do individualismo ou, eventualmente, porque — sendo estação de muda entre a Eurásia e o Ocidente Europeu — os acontecimentos de outubro de 1917, na Rússia, haveriam ali repercutido mais acentuadamente, para fazer eclodir o espírito social em detrimento do egoísmo individualista.

Destarte, quando Preuss e os constituintes de Weimar fizeram a Constituição da novel República alemã — que foi promulgada em 11 de agosto de 1919 — embora não a tivessem arredado, no essencial, dos princípios do Estado de direito burguês, fecundaram-na das idéias sociais que os ideólogos germano-franceses do século XIX haviam difundido. Sem dúvida, pela primeira vez na história do pensamento jurídico, subordinava-se a economia às normas de direito público, como pela primeira vez inseriu-se o controle estatal da economia privada no quadro de uma Constituição política (Constituição de Weimar, artigos 151, 157, 162, 164 e, especialmente, artigo 165).

Ociosos serão desenvolver, aqui, um fato tão sobejamente conhecido quanto o que diz respeito à extraordinária influência da Constituição weimariana sobre quase todas as Constituições, européias ou não, promulgadas logo após a 1ª Guerra Mundial. É que, então, já se formara a idéia de que ao Estado não incumbiria simplesmente proteger as liberdades civis, no espírito do que fora mais caro à ideologia do Estado de direito, sem intervenções acentuadas na ordem pública; agora se passava a pretender o Estado “social”, dotando a entidade de poderes intervencionistas, naqueles termos — segundo HUBER em seu citado *National und Verfassungsstaat*, p. 271 — que, mesmo atingindo a liberdade e a propriedade, fossem de molde a garantir a existência do indivíduo, o pleno emprego e a subsistência da força de trabalho.

Certamente, ainda que os mais expressivos pregoeiros desse Estado social hajam sentido a necessidade de deixar expresso que o intervencionismo do Estado no processo social tenha de ser feito sem excessos — para fugir-se do perigo totalitário do Estado beneficente ou do Estado providência (“Wohlfahrtsstaat” e “Versorgungsstaat”, da nomenclatura alemã que HUBER usou) — o fato é que em muitos casos o intervencionismo exorbitou, até chegar ao ponto de acontecer aquilo que o Prof. HANS NAWLASKY chamou de “alagamento do Estado (Überflutung des Staates)”, por demais realizado através de irresponsável e irreprimível ditadura, estabelecida algures a pretexto de asseguramento dos interesses das

massas (em *Allgemeine Staatslehre*, ed. Benziger, Colônia, 1958, 4º vol., p. 129).

Obviamente esse quadro institucional não poderia deixar de refletir-se numa crise do conceito de Constituição e no sistema político, tanto do mundo ocidental como do mundo asiático.

8. Mas houve nova hecatombe bélica, até pior que a de 1914/1918: agora, entre 1939 e 1945. E dela resultou que a geografia política de todos os continentes seria outra vez profundamente alterada.

Consolidaram-se as instituições soviéticas implantadas em 1917; e ampliou-se o seu raio de influência ideológica, que se estenderia por tratos inumeráveis da Europa, da Ásia, da África e da América.

Manteve-se a devoção pelas Constituições escritas e seu conceito, embora aparentemente tivesse permanecido inalterável — vimo-lo no artigo 5, supra —, viria a padecer grande transformação no seu sentido objetivo.

Com efeito, examinemos o tema pelo enfoque de um dos mais notáveis constitucionalistas de nossos dias, o Prof. MAURICE DUVERGER, da Faculdade de Direito de Paris: para este autor, a Constituição de um país é o conjunto de suas instituições políticas, quaisquer que sejam os documentos que as estabeleçam (Constituições escritas e leis, regulamentos, decretos, usos, costumes, tradições etc.), dentro, aliás, do conceito aristotélico; mas, do ponto de vista formal, a Constituição é, ainda, o texto especial, escrito por um órgão especial segundo procedimentos mais ou menos solenes, que contém essencialmente as instituições políticas do país, embora não todas elas, necessariamente (em *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, ed. castelhana de Ariel, Caracas-Barcelona, 1962, pp. 4,224 et passim).

Contudo algo de muito diferente surgiria — com reflexos no próprio conceito de Constituição — em o pensamento e nas instituições políticas da segunda metade do século XX: enquanto a teoria da Constituição, burguesa, como destacamos, fora elaborada no século XVIII visando à oposição aos governos autocráticos dos monarcas absolutos, por isso assentada numa doutrina de *soberania nacional* — que se queria democrática — em novos regimes, de inspiração soviética, criou-se uma diversa concepção de soberania à qual DUVERGER chamou de “soberania proletária”. Agora, elaborou-se a noção de que o povo é a classe social que, embora mais numerosa, permanece explorada, o *proletariado*: “para que a exploração do homem pelo homem desapareça é preciso que a burguesia ou *classe exploradora* seja eliminada; esta classe exploradora não pode considerar-se realmente como parte do povo ou da nação, visto constituir um elemento parasitário, que deve ser progressivamente suprimido” (outra vez DUVERGER, ob. cit., p. 35).

Aconteceu que muitos regimes políticos, instituídos após a II Guerra Mundial, adotaram tal concepção: dessa forma, se o princípio da *soberania divina ou teocrática*, vigente desde a Idade Média até o século XVIII, viria a ser demolido por pensadores como LOCKE, MONTESQUIEU e ROUSSEAU, que em seu lugar edificaram o princípio da *soberania nacional* — inspirador da Constituição dos Estados Unidos e de todos os diplomas homólogos editados no Ocidente, até nossos dias —, agora muitas Constituições viriam a ser estruturadas com a ideologia da *soberania proletária* (na União Soviética, na China e em vários outros países autoproclamados “socialistas”, em regimes constitucionais de “ditadura do proletariado”).

Entretanto, se o ideal de um diploma da natureza do comentado é perseguido pelo propósito de consolidar um princípio de legitimidade na detenção do Poder, temos de convir, novamente com DUVERGER, que todas essas elucubrações sobre a *soberania* não se apóiam nos eventos ou menos originais, porém isso é tudo. A questão da sua veracidade ou da plano das crenças metafísicas: “As doutrinas sobre a soberania são construções do espírito tendentes a justificar logicamente a obediência ao poder: objetivamente elas podem ser mais ou menos engenhosas, mais ou menos originais, porém isso é tudo. A questão da sua veracidade ou da sua falsidade não se ampara no terreno dos fatos e da observação objetiva, mas no terreno das crenças e da fé, no terreno metafísico propriamente dito. Mediante um ato de fé pode acreditar-se na soberania divina ou na do povo, mas não é possível demonstrar-se a sua veracidade” (DUVERGER, *ob. cit.*, p. 37). Daí, agora, o fenômeno do constitucionalismo soviético, com seu princípio da soberania proletária e sua ditadura do proletariado.

9. Nas considerações sobre o direito constitucional, especialmente no que toca intimamente com a definição de “Constituição”, não é despiendo o estudo da influência que — nesse terreno — contemporaneamente apresenta o direito internacional. Infelizmente, até hoje, esse tema pouquíssima consideração tem recebido de nossos publicistas, ao contrário do que aconteceu na Europa.

É certo que no velho continente a matéria entrou em ordem do dia por força dos tratados que encerraram a Guerra de 1914-1918, e ensejaram o surgimento de novos Estados soberanos, como a Polónia e Lituânia, a Letônia, a Estônia, a Finlândia, a Tchecoslováquia, a Iugoslávia e a Hungria. Esses novos Estados tiveram embasamento jurídico em tratados que os obrigavam ao respeito de normas editadas exteriormente, os quais lhes impunham normas constitucionais de variadas espécies, como algumas pertinentes aos direitos de minorias e outras que impunham certas restrições aos seus poderes soberanos. MIRKINE GUETZÉVITCH, no seu livro antes citado, sobre as novas tendências do direito constitucional, ocupou-se dessa questão, bem focalizando a influência do direito internacional *in casu*.

Todavia, os que melhor aprofundaram esse estudo seriam os juristas alemães do pós-I Guerra Mundial, como indicado na bibliografia apresen-

tada por CARL SCHMITT (em *Teoría de la Constitución*, cit., pp. 79, 418, e outras). Em síntese, o que resultou dos estudos germânicos foi que neles se passou a discernir vários sentidos na palavra "internacional": "a terminologia alemã permite uma clara distinção de *interestatal* e *internacional*:

"Interestatal" significa, em contraste com "internacional", que os Estados, quer dizer, as unidades políticas, encontraram-se situados uns em frente dos outros, fechados para fora com fronteiras firmes, impenetráveis, impermeáveis, conservando em si mesmos a decisão sobre o problema de sua própria existência (isto precisamente é o que significa "soberano": um estranho não decide sobre a existência política). "Internacional", pelo contrário, significa a supressão e abolição das distinções nacionais: uma interpenetração e associação por cima das fronteiras dos Estados" (SCHMITT, p. 418).

Atualiza-se o interesse dessas considerações (que, aliás, são do período anterior à Guerra de 1939/1945) com o surgimento da Organização das Nações Unidas, edificada sobre os escombros da Liga das Nações. E, sobretudo, tem interesse tal colocação jurídica da transcendência do direito internacional quando se aprecia, em face da Constituição de cada país — do nosso em especial —, a eficácia cogente de certos editos da Assembleia Geral da ONU, como a "Declaração Universal dos Direitos do Homem".

Em recente livro sobre o *Direito dos Tratados* (Forense, 1964, nº 66), JOSÉ FRANCISCO REZEK, Professor e Magistrado da Suprema Corte do Brasil, ainda que o fazendo perfunctoriamente, apreciou tal força cogente desses atos ou "declarações": que esse não era o assunto proposto ao seu estudo.

De nossa parte entendemos que, a exemplo do admitido expressamente na Constituição francesa de 1958, por sua natureza certos atos de organismos internacionais, como certos tratados, em determinadas condições, têm a fecundá-los a autoridade, o império, o poder cogente de norma ordinária e, até, de norma constitucional.

10. A crise que vivemos no mundo contemporâneo, e que se reflete nos conceitos de Constituição e nos sistemas políticos ou de governo, não poderia deixar de ter repercussão na forma dos Estados. Aliás, antes mesmo de nossos dias, o problema da organização do Estado foi sempre uma questão crítica, sujeita a percalços e controvérsias: por isso, os gregos jamais conseguiram ultrapassar a fase incipiente do Estado urbano, embora episodicamente se tivessem unido para lutar contra o inimigo persa, e não obstante o legado notável que nos deixaram de suas elucubrações político-filosóficas.

Jamais chegaram a construir um *Estado nacional* de qualquer conformação. Assim, nem a "Amphyctionia" poderá ser considerada sequer um

esboço de organização federativa, pois, como AMARO CAVALCANTI escreveu (em *Regime Federativo e a República Brasileira*, Editora Universidade de Brasília, 1983, p. 28), ela tinha “caráter e fim essencialmente religiosos; o que lhe competia em especial era velar sobre os tesouros imensos do templo de Delfos, a guarda de suas tradições e a defesa de seus oráculos”.

Dessarte, quando as colônias britânicas da América do Norte, adquirida sua independência, pensaram em estruturar uma autoridade central encarregada dos negócios de interesse geral, o primeiro modelo que observaram seria o da Confederação Suíça, apesar de — pelo último quartel do século XVIII — não ter esta chegado à fase federativa, que só teria formação no curso do século XIX.

Mas certo é que, mesmo na sua primeira fase, na forma da chamada “Confederação Antiga”, a Suíça já apresentava um edifício político capaz de gerir cautelosamente uma sociedade plural na raça, na língua e na religião, a partir de uma autoridade central.

Por isso há de ser reconhecido que da Suíça foi donde se irradiou a *Federação*, forma de Estado possibilitador daquele sistema que os americanos tão orgulhosamente desenhariam no seu escudo: “*In pluribus unum*” ... — não fora em vão que MONTESQUIEU — “arquiteto consultor dos elaboradores das Constituições americanas nas décadas de 70 e 80 do século XVIII, pelas palavras de MORISON e COMMAGER (ob. cit., vol. I, p. 229) — fizera a exaltação do federalismo, com especial referência à Suíça, no Livro IX de seu clássico *De l'Esprit des Lois*.

E por esse tempo a federação da Helvécia já estava em pleno aperfeiçoamento, passados quase quinhentos anos dos seus pródromos.

II. Com efeito, um dia, RODOLFO, o fundador da Casa de Habsburgo, foi eleito imperador do “Sagrado Império Romano da Nação Alemã”, destarte passando a governar “a metade da Europa” — como informa o historiador suíço WILLIAM MARTIN (*Histoire de la Suisse*, 5ª ed., Payot-Lausanne, 1963, p. 32) — nela incluída a região conhecida como os *sítios da floresta*, os “Waldsttaeten”, que então compreendia os atuais cantões de Schwytz, Uri, Unterwald e Luzern.

As relações feudais entre os habitantes desses sítios e o imperador variaram, no tempo, entre conflituosas e por vezes boas, tanto que em 1289 o Schwytz socorreu com 1.500 homens a Rodolfo de Habsburgo, diante de Besançon: mercê disso o imperador conferiu-lhe o direito de usar a bandeira imperial, que se tornaria no futuro o símbolo das liberdades da Suíça, com sua cruz branca em campo vermelho.

Todavia, ao que os filhos dos Waldsttaeten mais aspiravam não era a um símbolo portátil, mas a uma autonomia permanente, com o direito, sobretudo, de administrar a própria Justiça, como homens livres. Daí o

histórico Pacto de Grütli, jurado secretamente, à noite de 1º de agosto de 1291, nas margens do lago hoje conhecido como “dos Quatro Cantões”, e logo transformado numa aliança perpétua, assinada e selada publicamente poucos dias depois: daí, também, o título oficial da nação que mais tarde surgiria desse Pacto, a “Eidgenossenschaft”, a “Associação Juramentada”, a “Confederação” Helvética.

É certo que — outro informe de MARTIN que, agora, transcrevemos na íntegra —, “desde o 1º de agosto de 1291 tudo muda e o século que se abre vai ser ocupado por uma luta de vida e de morte, para a independência, contra aqueles que a ameaçavam, quer dizer, contra a Casa de Habsburgo” (p. 36).

Enfim, nesse crepúsculo vespertino do século XIII nascia um tipo de estrutura político-institucional da natureza que a humanidade não havia jamais conhecido, e que — pela circunstância de, através dela, ser possível transformar uma pluralidade de sociedades políticas numa unidade nacional — haveria de se consagrar nos séculos posteriores.

E nos anos subsequentes, nesses séculos posteriores, a federação suíça, embora conservando como o faz até hoje o nome de “confederação” para a sua forma de Estado, tornar-se-ia a mais equilibrada estrutura política para aglutinar num só Estado nações com quatro culturas, quatro línguas, diferentes religiões, quicá diferentes raças (sobre as transformações jurídicas da Confederação Helvética, das suas origens aos nossos dias, ver MANUEL GARCIA-Pelayo, em *Derecho Constitucional Comparado*, ed. Rev. do Ocidente, Madrid, 1964, pp. 521/571).

12. Dos Estados Unidos da América, que se emanciparam do colonialismo quando apenas iniciado o último quartel do século XVIII, suas iniciativas passaram a ser observadas como um modelo por todos os povos que viviam nas dependências ibéricas de nosso continente. Assim, o ideal de independência tornou-se comum na América Latina, como nela se generalizou o ideal da instituição de repúblicas federativas sob regime presidencialista, sobretudo este, que tão bem serviria à vocação caudillesca dos dirigentes militares das lutas pela independência das colônias hispânicas.

Afortunadamente o Brasil, se não esteve isento da contaminação pelo ideal de independência nem de federalismo, ficou à margem da anarquia republicana da Hispano-América, porque inicialmente organizou-se como monarquia unitária.

Todavia, em todo o nosso ciclo histórico subsequente da independência dos Estados Unidos e, pouco depois, da Revolução francesa — ainda antes de 1822 —, a idéia da federação passou a constituir uma quase-obsessão em certos círculos políticos e em certos movimentos políticos:

não foram a ela infensos os companheiros de Tiradentes nem os companheiros de Frei Caneca, em 1817. E muito mais definidos, em relação ao federalismo, viriam a sê-lo os proclamadores da Confederação do Equador como os Farrroupilhas do Sul.

Entretanto, o Império se consolidou e a monarquia recebeu a franca adesão do povo brasileiro; e, com eles, o Brasil tornar-se-ia uma genuína democracia, onde se permitia o debate livre das idéias, até mesmo a pregação republicana.

Destarte, não há que estranhar-se o fato de se haver difundido e preconizado — até mesmo nos arraiais do oficialismo — a implantação do federalismo: País com as dimensões do Brasil, pregava em 1870 TAVARES BASTOS, na sua memorável obra *A Província*, não pode ser governado no unitarismo, que pretende, do centro, legislar para a periferia remota, numa “uniformidade que mata”, que “economiza o progresso”, e se transforma num “leito de Procusto”; na América exótica, escrevia ainda o jovem publicista que tão precocemente viria a desaparecer, não se pode aceitar uma monarquia cujos Estados sejam satrapias silenciosas, pelo que a nossa deveria transformar-se em monarquia federativa.

Durante todo o período da Regência, entre 1831 e 1840, inumeráveis projetos de instauração do federalismo tiveram trânsito: a propósito, é do mesmo autor de *A Província* a informação de que o Ato Adicional de 1834 foi redigido sobre o projeto oferecido pelo Deputado Holanda Cavalcanti — Visconde de Albuquerque, em sessão de 24 de maio de 1832, o qual contribuiu para o projeto de uma Constituição federalizante, elaborada por chefes liberais de Minas e de São Paulo e impressa em Pouso Alegre, no mês de julho desse ano de 1832.

Nessas circunstâncias, seria compreensível que os republicanos tivessem recomendado a forma federativa para o regime preconizado desde seu Congresso de Itu, quando aprovaram o Manifesto Republicano de 3 de dezembro de 1870, o que enfatizariam pouco depois, quando — aos 19 de outubro de 1873, em Campinas — Campos Salles e outros elaboraram um projeto de Constituição para o Estado em que se transformaria a Província de São Paulo. Tão longe esses federalistas levavam seus princípios que, e o depoimento histórico é do próprio Campos Salles, os signatários do documento de Campinas “eram unionistas, mas não duvidaríamos ir até à separação, se houvesse no Governo quem tentasse fundar uma República unitária” (em suas memórias políticas, escritas um ano depois que deixou a Presidência da República, por ele ocupada entre 1898 e 1902: apud *Da Propaganda à Presidência*, ed. Universidade de Brasília, 1983, pp. 17 e 36).

Aliás, sobretudo depois do notável episódio histórico acontecido na Europa, quando em 31 de dezembro de 1870 foi promulgado em Versalhes

— na França derrotada pelos Estados alemães, na guerra ainda em curso —, o tratado para a unificação da Alemanha, no quadro de uma federação presidida pelo rei da Prússia, depois disso a idéia da organização federativa da nação brasileira penetrou até nas mais altas esferas do Governo imperial. Daí o que OLIVEIRA LIMA registraria, quando escreveu: “D. Pedro II pensava, ao que parece, na possibilidade de modificar-se a Constituição imperial para transferir as atribuições do Poder Moderador (...) para um tribunal supremo que garantiria a fiel execução do sistema federal, reunindo poderes políticos aos poderes judiciários”; e, depois de, nesse parágrafo, ter invocado como fonte uma obra de SALVADOR DE MENDONÇA, mais adiante o historiador acrescentava — “A Monarquia, que unificara o país, quase o deixou federalizado” (em *O Império do Brasil* (1821/1889), 3ª ed., Melhoramentos, SP, pp. 386 e 403).

Em face desses precedentes, a Revolução de 15 de novembro de 1889, que demoliu com o trono o sistema unitário da Constituição de 1824, foi perfeitamente coerente com a tendência histórica do País ao editar a sua primeira lei, o “Decreto nº 1”, de 15-11-89, cujo art. 1º dispunha: “Fica proclamada provisoriamente e decretada, como forma de governo da Nação brasileira, a República Federativa” — ao mesmo tempo que erigia as Províncias do anterior sistema imperial à categoria de Estados da Federação dos Estados Unidos do Brasil.

13. É inquestionável que o federalismo brasileiro teve, como o tiveram os movimentos que durante o período histórico anterior o preconizaram, inspiração imediata no regime dos Estados Unidos da América.

No concernente aos problemas jurídicos e políticos surgidos no período republicano, especialmente no que flui entre 1889 e 1930, em decorrência da novel Federação, eles repetiram, de certa forma, os problemas vividos na república do Norte durante o seu primeiro século, sobretudo os que provocaram a Guerra da Secessão de 1861/1865: os Estados-Membros da federação detêm alguma forma de soberania; em que extensão?

O estudo desses problemas que dessemem do regime federativo não é objeto desta conferência, para cuja elaboração nos foram recomendados os contornos. Todavia, uma afirmação pertinente podemos desde já enunciar: em razão de inumeráveis fatores, dentre os quais o desenvolvimento dos meios de transporte de pessoas e de mercadorias, dos meios de comunicação e de difusão de fatos e de idéias, do dinamismo da economia de produção e de intercâmbio, que exigem ou impõem a ampliação dos mercados, e que, todos juntos, fazem necessária a elaboração de um sistema legal uniforme para dilatada área geopolítica, tudo isso vem provocando uma reversão daquela tendência que, ontem, conduziu o governo dos Estados para a conformação federal.

Enquanto, antes, os Estados geograficamente grandes eram atacados pelos movimentos que visavam à sua desintegração política e administra-

tiva, nalguma forma de descentralização, sobretudo na forma de federação, hoje acontece o contrário: existe inelutável tendência para o fortalecimento do Poder central em detrimento das competências e poderes da periferia, isto é, dos Estados federados. E tal acontece mesmo sem alteração nominal ou formal dos pactos federais, pois acontece fática e efetivamente, máxime pela expansão do Welfare State. . . Mas isso é outro assunto, para outra oportunidade.

14. Fato notório que acontece no mundo contemporâneo é o avultamento do intervencionismo do Estado no processo social.

E nos países de grande superfície — o caso do Brasil, por exemplo, como o da Rússia e o dos Estados Unidos — verifica-se que o desenvolvimento, em todos os sentidos e, sobretudo, no concernente à economia, não acontece de modo uniforme. Isso impõe ao Governo central iniciativas que, como os planos russos objetivando estimular o progresso em imensas regiões da Sibéria, e o programa famoso, americano, da “Tennessee Valley Administration”, no caso brasileiro foram objeto de inumeráveis planos que, como os da SUDENE, da SUDAM, SUVALE e vários outros, se propõem ao estabelecimento do equilíbrio no peso de diversificadas regiões do País. Obviamente, tais planos de desenvolvimento, se envolvem objetivos nacionais dignos de consideração, não podem deixar de influir no equilíbrio da Federação, porque, outra vez, fortalecem o Poder central.

O Prof. DALMO DE ABREU DALLARI, num excelente estudo divulgado sob o título “Novos Pólos Administrativos afetando a Federação Brasileira” (in *As Tendências Atuais do Direito Público — Estudos em homenagem ao Prof. Afonso Arinos*, Ed. Forense, 1976, pp. 65/87), teve ensejo de comentar o fato, assim:

“(. . .) muitas vezes os Estados deixaram de acudir as necessidades básicas do povo, por falta de meios. Isso foi, também, uma das causas do agravamento dos desníveis entre os Estados brasileiros, pois aqueles que tinham menos recursos não puderam explorar suas riquezas potenciais, mal podendo atender à simples manutenção da rotina administrativa. Outra consequência grave, da falta de equilíbrio entre despesas e rendas, foi que os Estados passaram a depender financeiramente da União. Essa dependência financeira gerou, imediatamente, a dependência política, atingindo o federalismo no seu ponto nuclear. E a posição de superioridade da União, decorrente das deficiências dos Estados, ficou claramente estabelecida já nos primeiros anos da vida republicana.”

Com efeito, desde a Constituição de 1891, pela via das Cartas subseqüentes, cada vez mais tem sido favorecido o Poder federal, em prejuízo dos Estados-Membros e dos Municípios, que no sistema político brasileiro

são uma terceira esfera de ação estatal. A tal ponto chegou esse fortalecimento do centro em desfavor das entidades políticas periféricas que até a elaboração dos orçamentos dos Estados como a dos Municípios está submetida a normas gerais de edição federal (Emenda Constitucional nº 1/69, art. 8º, XVII, letra c). Em outros muitos tópicos da vigente Constituição, estão enunciados preceitos que acentuam a autoridade do Governo central para a programação do desenvolvimento: no mesmo referido art. 8º, que minudencia o que compete à União, encontra-se o item V, que lhe defere o poder de planejar e promover o desenvolvimento e a segurança nacionais; o item XI, sobre o planejamento nacional de viação; o item XIV, sobre os poderes federais para planejar e executar planos nacionais de saúde, bem como planos regionais de desenvolvimento.

Outro tanto relacionado com o poder de programação do desenvolvimento nacional deferido à União é o caso das Regiões Metropolitanas: pelo art. 164 da Constituição federal, incumbirá ao Poder central editar o seu estatuto jurídico, em função do qual serão organizados os serviços públicos, independentemente da vinculação administrativa da região, mas com subordinação ao fato de sua localização sócio-econômica.

Existe, porém, uma norma constitucional ainda mais severa, para tornar inquestionável o Poder federal de submeter à sua programação todo e qualquer planejamento, o dos Estados como o dos Municípios: é o estabelecido no art. 10, V, letra c, que autoriza a intervenção federal nos Estados que adotarem medidas ou executarem planos econômicos ou financeiros em contrariedade do estabelecido em lei federal.

Conforme observou, ainda, o Prof. DALLARI, resulta disso tudo que os problemas brasileiros de maior relevância são atraídos para a esfera federal. Observa-se, por isso, que os Estados e os Municípios cada vez mais se desinteressam — inclusive porque geralmente lhes faltam recursos — de enfrentar certos problemas locais, quando estariam mais habilitados para tanto se apoiados pelas respectivas comunidades.

Inquestionavelmente tem-se abusado, entre nós, da elaboração de programas a serem executados pela autoridade federal, com nenhuma ou com mínima contribuição supletiva estadual. Contudo, é certo que, muitas vezes — é o caso, por exemplo, dos problemas da Amazônia e do Nordeste —, os problemas têm características que exorbitam muito da área dos Estados, pelo que hão de receber um tratamento regional do qual só a União será capaz, financeira ou politicamente.

O que não será válido pretender-se é que, a título de preservação dos princípios do federalismo, se queiram elidir os programas nacionais de desenvolvimento. Apesar dos defeitos que neles bem se poderão apontar, máxime aqueles de sua execução, importa é aperfeiçoá-los, envolvendo mais profundamente o interesse e a responsabilidade das comunidades locais ou regionais nessa execução.

A Assembléia Constituinte e o seu temário

JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Livre Docente e Doutor em Direito

SUMÁRIO

1. *Assembléia Constituinte: características e temas* 2. *Comissão dos 75, na Itália, designada pela Assembléia Constituinte (1946-1947)* 3. *Processo constituinte espanhol: Cortes presumivelmente "Constituintes"* 4. *A experiência de Portugal* 5. *O Congresso Constituinte de 1916-1917, no México* 6. *O modelo constituinte do Peru* 7. *Brasil: Constituinte exclusiva e Congresso, com poderes constituintes*

1. **Assembléia Constituinte: Características e Temas**

Na elaboração de trabalhos anteriores, em alguns de modo específico, dedicamo-nos à análise da **Teoria Geral do Poder Constituinte** e da natureza desse procedimento de elaboração constitucional, tendo em vista os aspectos do processo constituinte ⁽¹⁾.

Quanto ao interesse que o tema vem despertando, no Brasil, pelo grande número de livros e artigos, poderíamos repetir as palavras de **ROBERTO LUCIFREDI**, em seu livro **L'Assemblea Costituente. Che**

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

Cosa É. Che Cosa Dovrá Fare, quando afirmou: Da Constituinte, hoje, muito se fala e se escreve, referindo-se, naquela oportunidade, à Itália (2).

A formação das Constituições, através de órgãos e procedimentos, generalizou-se em múltiplos documentos que se distinguem pela **titularidade** do poder constituinte e pelas **modalidades** adotadas na decisão constituinte. Por muito tempo a distinção ocorria entre os procedimentos monárquicos (concessão e pacto) ou através de fórmula democrática (por intermédio de Assembléa Constituinte).

Considera GIUSEPPE DE VERGOTTINI que os procedimentos monárquicos apresentam interesse, predominantemente, histórico. O titular do poder constituinte era inicialmente o rei e a assembléa representativa. A "concessão" (octroi), juridicamente unilateral, politicamente era conseqüência de pessoas externas e de negociação, pressupunha a renúncia ou a limitação, por parte do soberano absoluto, de seu poder, com a fixação no texto constitucional de garantias em favor das classes emergentes (Constituições francesa de 1814, Baviera e Baden de 1818, espanhola de 1839, piemontesa de 1848, japonesa de 1898, etíope de 1931, tailandesa de 1974). O "pacto" decorre de uma negociação bilateral entre o soberano e o povo, através de uma assembléa, reconhecendo a esse sujeito a participação no poder constituinte, relacionando o princípio monárquico e a soberania popular (Constituições sueca de 1889, norueguesa de 1814, francesa de 1830, prussiana de 1850, espanhola de 1845 e 1876).

Os procedimentos democráticos, para VERGOTTINI, são aqueles que pressupõem a soberania popular. Esta manifesta-se no plano constituinte, de modo indireto, através das assembléas eleitas, ou diretamente, por intermédio do **referendum**.

A **Convenção** ou **Assembléa Constituinte** é uma assembléa eleita, com o objetivo específico de elaborar uma Constituição. O publicista italiano ressalta que, normalmente, as assembléas constituintes, desde que eleitas, passam a exercer funções de orientação política, de controle e de legislação, enquanto corpos eletivos, representativos das comunidades nacionais, apesar dos intentos iniciais de ficarem resritos apenas à aprovação do texto constitucional. Na Itália, de acordo

(2) DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e Constituinte*. Editora Saraiva, São Paulo, 1985, 3.^a ed.; FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Constituinte. Assembléa, Processo, Poder*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1985; BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e Constituição. A Democracia, O Federalismo. A Crise Contemporânea*. EUPC, Fortaleza, 1986; CARRION, Eduardo. *Constituinte e Constituição em Estado, Partidos e Movimentos Sociais*. Edipaz, Porto Alegre, 1985, pp. 9 e ss; GRAU, Eros Roberto. *A Constituinte e a Constituição que teremos*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1985; SILVA, José Afonso da. É preciso aumentar o poder popular. *Entrevista. Senhor. Política, Economia e Negócios*, n.º 304, 13 de fevereiro, 1986, pp. 3-8.

com o Decreto de 25 de junho de 1944, nº 151, e o Decreto Legislativo de 16 de março de 1946, nº 98, decidiu-se manter com o governo a competência legislativa até a entrada em vigor da nova Constituição. Na França, a Assembléia Constituinte que elaborou a Constituição de 1946 não teve atribuições de controle político e legislativo. No caso de Portugal, intentou-se limitar a função da Assembléia que elaborou a Constituição de 1976, privando-a de atribuições legislativas, de orientação política e de controle. Na prática essas pretensões falharam, desde que todas as Assembléias reivindicaram, após as suas reuniões, a plenitude de poderes, tendo em vista serem representativas do eleitorado.

Na articulação dos modelos democráticos, a doutrina dá destaque ao exemplo vestibular que é o dos Estados norte-americanos a partir de 1776 e da Constituição dos Estados Unidos. Essas experiências ocorrem com os textos constitucionais franceses de 1791, 1848 e 1875. As Constituições que vieram após as duas grandes guerras mundiais seguiram os mesmos caminhos, como ocorreu com a italiana atual e a portuguesa de 1976. As Assembléias que elaboraram as Constituições eram monocamerais. Entretanto, destacam-se como bicamerais as Cortes Constituintes espanholas, de conformidade com lei fundamental de 1976, que adotaram a Constituição de 1978.

A adoção do **referendum constituinte** leva à apreciação do texto votado pela Assembléia, a ratificação, por meio do voto popular. Como exemplos destacamos: a França, ao aprovar as Constituições de 1793, 1795, 1946; exemplo seguido, em 1978, pela Espanha, ao ser submetido o texto constitucional para aprovação popular do que fora decidido pelas Cortes Constituintes. Existiram circunstâncias em que o texto levado ao **referendum** é originário do Executivo, que se submete a votação popular, sem que a Assembléia o examine: Constituição francesa de 1799 e a Constituição de 1958, sendo que nessa última o governo recebeu a investidura prévia, de conformidade com a Lei Constitucional de 3 de junho de 1958 ⁽³⁾.

A doutrina tem procurado, através de uma Teoria do Poder Constituinte, fornecer os elementos fundamentais para a concepção da natureza da Constituinte, origens, processos, formas de eleição e competência. Liga-se, constantemente, a idéia de Constituinte com a de Soberania. O titular é soberano quando tem o direito de criar a Constituição. O poder constituinte da Nação, teoricamente, é **originário**, pelo que não existe uma **norma** ou **fonte** de direito anterior que dê legitimidade a esse poder. Dentro de uma interpretação estrita, o Poder constituinte não é jurídico, apesar de ser preliminar de toda norma jurídica objetiva. Nem sempre ocorre uma ruptura prévia com

(3) VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto Costituzionale Comparato*. CEDAM, Padova, 1981, pp. 80 e ss.

a ordem jurídica anterior, como na Espanha. O poder constituinte que deu origem à Constituição de 1978 e exercita-se dentro dos limites definidos pela Lei da Reforma Política de 1977, aprovada previamente pelas Cortes franquistas, com a participação de um governo nomeado pelo Rei, que foi designado por Franco. Com essas referências, GONZALEZ CASANOVA entende que o caráter teoricamente ilimitado do poder constituinte da Nação soberana é uma ficção ideológica, como outras aceitas pelo direito. O ato, a função e o poder constituintes levam os doutrinadores a formularem uma tipologia dos conceitos do poder constituinte, com destaque de alguns pressupostos: O ato constituinte, através do qual se manifesta uma vontade política com suficiente eficácia, para produzir a unidade do povo, como sociedade civil; o poder constituinte consubstancia-se através da capacidade que tem o povo para traçar, de maneira autônoma e independente, sua organização político-jurídica; a Constituição originária desse poder institui e organiza o Estado, através de um ordenamento jurídico feito para sociedade (4).

Para isso, a Constituição, representativa desse tipo de entendimento, deve conter, da melhor maneira, as possibilidades concretas das aspirações de justiça que surgem nas inquietações de um determinamento da sociedade. LASSALLE disse, como destaca SANCHEZ VIAMONTE, que os problemas constitucionais não são propriamente questões de direito, mas de poder. Em vista dessa compreensão, a verdadeira Constituição de um Estado reside nos fatores reais e efetivos de poder que o rege. As Constituições escritas não têm valor, nem são duradouras, quando não expressam fielmente os fatores de poder, imperantes na realidade social.

Os inúmeros estudos que procuram compreender a natureza da Constituinte não deixam de destacar as dificuldades que ocorrem, quando procuramos saber o que seja Constituinte e o que deverá fazer. ROBERTO LUCIFREDI chega a dizer que, para muitos, a Constituinte é simplesmente uma espécie de divindade ignorada, que deverá dizer, ainda, se mantemos uma monarquia ou se introduziremos uma república. Para certas pessoas é uma espécie de força misteriosa, dotada de poderes mágicos e providenciais, capaz de eliminar todos os males que afligem a sociedade. Para outras, não passa de arma-

(4) CASANOVA, J. A. Gonzalez. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Editorial Vicens-Vivar Universidad, Barcelona, 1983. 2.ª ed., pp. 210 e ss.; VIAMONTE, Carlos Sánchez. *Derecho Constitucional*. Tomo I. *Poder Constituyente*. Editorial Kapeluz & Cia., Buenos Aires, 1945; VANOSSI, Jorge Reinaldo A. *Teoría Constitucional*. I *Teoría Constituyente*. *Poder Constituyente: fundacional; revolucionario; reformador*. Depalma, Buenos Aires, 1975; SÁCHICA, Luis Carlos. *Constitucionalismo Colombiano*, Editorial Temis, Bogotá, 1977, 5.ª ed., pp. 77 e ss.; *Idem Esquema para una Teoría del Poder Constituyente*. Editorial Temis, Bogotá, 1978.

dilha utilizada pela classe que detém o poder, fazendo crer ao povo que é algum instrumento capaz de melhorar a sua situação difícil e aflitiva.

Em sua monografia, LUCIFREDI indaga, preliminarmente, sobre **que coisa é a Constituinte**, para examinar o escopo e o caráter de seu trabalho, indagações que levam à noção do que seja esse mecanismo de institucionalização do processo constitucional. Destaca a crise constitucional italiana e a sua solução, através da Constituinte, bem como aquela fase preparatória ⁽⁵⁾.

Além de reconhecer que nem todos sabem o que é a Constituinte, nem o que deverá fazer, afirma que seria possível a enumeração de diversas opiniões erradas ou incompletas a seu respeito, circunstância que levaria a se escrever longamente, deplorando essa ignorância e a razão da mesma.

Apesar de tudo o que mencionou, LUCIFREDI afirma que a Constituinte é uma coisa séria e deve ter importância capital na vida política e constitucional do Estado. Por isso, todo cidadão deve estar informado, o mais aprofundadamente que for possível, pois a Constituinte deve ser a espinha dorsal da vontade de todo o povo, pelo que deve pressupor a colaboração consciente de todos. Esse trabalho visou demonstrar o mérito da Assembléia Constituinte, pelo que pretendeu ser simples, claro, apesar de ser obra de um homem de ciência, não um homem de partido ⁽⁶⁾.

O primeiro postulado de sua exposição, para o estudo da Constituinte, é explicar a noção de Constituição. Entende como Constituição de um Estado o complexo de normas jurídicas que regulam seu ordenamento fundamental, determinando a posição e as garantias aos cidadãos, os órgãos competentes que exercem o poder de império, a sua formação, a repartição do exercício desse poder e as funções.

Determinando-a, em sentido mais restrito, no moderno Estado constitucional, pelo nome de Constituição designa-se o documento fundamental, que tem a natureza de lei suprema do Estado, contendo as mais importantes normas e princípios que regulam a organização do Estado e as relações entre o Estado e o cidadão; nesse sentido empregam-se, ainda, as expressões Carta Constitucional e Estatuto. A originária função histórica de tais Cartas consagra e garante solenemente os direitos essenciais da liberdade dos cidadãos, como ocorreu com a Magna Carta inglesa, a Declaração americana de direitos de 1774 e Declaração francesa dos direitos do homem e do cidadão, de

(5) LUCIFREDI, Roberto. *L'Assemblea Costituente. Che Cosa È. Che Cosa Dovrà Fare*, Dott. A. Giuffrè — Editore, Milão, 1945.

(6) LUCIFREDI, Roberto. *L'Assemblea Costituente*, ob. cit., pp. 3 e 4.

1789. Desta maneira a luta pela Constituição, na primeira metade do século XIX, foi a consagração da liberdade frente ao Estado absoluto.

Lembra o publicista italiano que tal luta foi o ponto de partida do "Risorgimento", que teve como símbolo o grito de "Viva a Constituição". Referindo-se à formação do Estado italiano, LUCIFREDI menciona o **Statuto fondamentale del Regno** e o **Statuto albertino**. Esse Estatuto pertence à categoria de carta outorgada, concedida pelo soberano. Distingue-se da **Constituição votada**, originária do próprio povo, através de um **corpo legislativo especial**, que tem o nome e função de Assembléia Constituinte. O Estatuto albertino sofreu a influência da Constituição francesa de 1830, da belga de 1831, que por sua vez tiveram inspiração nos princípios constitucionais ingleses. Consta de 84 artigos, precedidos de um preâmbulo, com particular interesse, no qual é qualificado como "lei fundamental, perpétua e irrevogável da monarquia". Foi bem estudada nesse trabalho de LUCIFREDI a questão da regulação do procedimento de futuras modificações de uma Constituição. Entendia-se que a reforma poderia ser através de lei ordinária, não se entendeu oportuno estabelecer procedimento especial, nem órgão especial para elaboração e aprovação da lei de caráter constitucional, o que vem derrotar, em termos técnico-jurídicos, o caráter flexível e não rígido daquela Constituição. O Estatuto albertino era susceptível de ser modificado, daí as inúmeras alterações.

As reformas foram introduzidas no Estatuto, também, pelo regime fascista, com caráter numeroso e profundo. Houve alteração radical da estrutura constitucional criada pelo Estatuto albertino, retirando a liberdade constitucional que ele garantia.

A reforma da Constituição, que para LUCIFREDI, em 1945, era de grande necessidade, precisava ocorrer por Assembléia Constituinte, daí reconhecer a necessidade de compreender o seu significado, bem como a razão que justificava a determinação em convocá-la. A Assembléia Constituinte é um corpo colegial de caráter extraordinário, representativo do povo, que tem como missão criar "ex novo" ou de modificar a Constituição de um Estado. É um órgão legislativo extraordinário, com a finalidade de elaborar e aprovar, não leis ordinárias, mas leis fundamentais do Estado. Destaca LUCIFREDI que Assembléia Constituinte, por excelência, foi a Constituinte de 1789, decorrente da Revolução francesa, à qual se deve a codificação dos princípios dos direitos do homem e do cidadão. Reconhece que não existem numerosos exemplos na história dos Estados, sendo que na Itália nunca havia ocorrido anteriormente.

Sabe-se que o fascismo, como regime legal, desapareceu em 25 de julho de 1943, chegando ao seu término não em decorrência de uma revolução ou outro procedimento violento, mas de forma

perfeitamente legal. O grande conselho do fascismo, órgão constitucional supremo do regime, dirigiu-se à Coroa e não a Mussolini, assinalando a necessidade de sua intervenção para que a vida política do Estado assumisse uma nova direção. Acolhendo o convite, exercendo o poder tal como foi configurado na Constituição, o rei revogou os poderes dados a Mussolini e nomeou um novo "Capo del governo", na pessoa do Marechal Badoglio, propôs a extinção do partido fascista e de suas principais instituições, iniciando a reforma do regime constitucional.

A crise constitucional ali ocorrida provém de novos acontecimentos que levam LUCIFREDI a falar em uma **crise no sistema e crise do sistema**. Vários partidos levantam suas vozes contra a monarquia, pedindo a abdicação do rei, ao lado de idéias que propunham radical renovação das instituições constitucionais, nascidas da direta expressão da vontade popular, desde que o povo retornava a ser o verdadeiro depositário da soberania nacional.

O documento jurídico que teve grande importância na vida constitucional daquele povo foi o decreto de 25 de junho de 1944, nº 151, em cujo artigo 1º instituía-se uma Assembléia Constituinte, que deveria deliberar sobre a nova Constituição do Estado. Pelo Decreto de 5 de junho de 1944, de nº 140, o rei resolveu retirar-se à vida privada, nomeando o Príncipe Umberto como "Luogotenente Generale del Regno", para exercer, em seu lugar, as funções de "Capo dello Stato". LUCIFREDI afirma que essa medida foi considerada como **trégua istituzionale**. A convocação da Constituinte, a solução das questões institucionais, os problemas da determinação da futura organização constitucional e o órgão que exercia o poder soberano passam a ser temas constantes. A preparação e convocação da Assembléia Constituinte, para elaboração da futura Constituição, levou até à propositura de um **Ministério para a Constituinte**, sugerido pelo Vice-Presidente do Conselho, o Ministro Nenni, que teria como função a de organizar e coordenar todo o trabalho de preparação, tornando possível a efetivação das eleições. Prepararam-se, em todas as comunas, as listas eleitorais, ao lado de um projeto de lei eleitoral.

O regime de transição, com sua complexidade e ambigüidades, enfrentava problemas gigantescos da vida nacional. A Assembléia Constituinte, que deveria orientar o futuro da vida política, teve a sua data convocatória definida por parte do governo, com a finalidade de volta ao regime de normalidade democrática. As eleições, para tal, deveriam ocorrer em clima de idoneidade, que assegurasse um clima sereno e de absoluta liberdade, com respeito ao segredo do voto. Elas assegurariam a verdadeira vontade do povo na designação dos deputados à Assembléia Constituinte, representativa de todos os partidos, tendências e aspirações da sociedade italiana, para que pudesse desempenhar as altíssimas funções para as quais fora escolhida.

As discussões sobre como deveria ser eleita a Constituinte, o procedimento de sua formação, a composição do corpo eleitoral, os requisitos de elegibilidade, o sistema eleitoral, o projeto governativo, a proposta de **referendum**, a obrigatoriedade do voto são alguns dos questionamentos arrolados por LUCIFREDI (7).

O Decreto-Lei, de 25 de junho de 1944, instituidor da Assembléia Constituinte, no que diz respeito ao procedimento de sua formação, estabeleceu que seria eleita pelo povo, em sufrágio universal, com voto direto e secreto. Destaca LUCIFREDI três pontos importantes:

- a) a composição do corpo eleitoral;
- b) os requisitos para elegibilidade;
- c) o procedimento técnico da consulta eleitoral.

O primeiro item está na resposta à indagação: quem é eleitor? Investigam-se os requisitos prescritos para a atribuição do direito de voto, ou tecnicamente, a composição do eleitorado ativo. O reconhecimento do direito político ao eleitorado vem ampliando o corpo eleitoral, com a passagem gradual do sistema de **sufrágio restrito** ao sistema de **sufrágio universal**, por intermédio do qual o direito de voto é concedido à generalidade dos cidadãos. Para completar a idéia do sufrágio universal, na Itália, era preciso a concessão do direito de voto às mulheres, o que foi feito pelo Decreto de 1º de fevereiro de 1945, nº 23. Diversas normas eleitorais definiram o eleitorado ativo, sendo que o eleitorado passivo traçou os requisitos para ser membro da Constituinte. O procedimento técnico que seria seguido na eleição foi objeto de inquirições acerca do colégio uninominal ou colégio plurinominal, com escrutínio de lista. Para efeito eleitoral, o território do Estado é dividido em circunscrições eleitorais, denominadas colégio eleitoral. Dois sistemas polarizaram a atenção do debate para preparação da lei eleitoral para a Constituinte. A formação da Assembléia Constituinte gerou amplos debates para que a escolha fosse verdadeiramente representativa, desde que a eleição pretendia não criar, apenas, uma câmara legislativa ordinária. Naquele período de transição houve, naquele governo, uma coligação que realizou o quanto era possível a concórdia entre os italianos, para que a Constituição, que deveria regular toda a vida futura da Itália, viesse assentada na vontade de todo o povo, não apenas nos interesses de uma ideologia de certo partido dominante. O sistema proporcional iria atender a esses reclamos.

O **Ministro para a Constituinte** teve significativa importância para a elaboração da lei eleitoral, com comissão composta de partidos e alguns membros técnicos, em matéria eleitoral. A vida política italiana, conforme mostra LUCIFREDI, levaria a uma composição diversificada da Assembléia Constituinte, refletindo na Constituição. Em

(7) LUCIFREDI, Roberto. *L'Assemblea Costituente*, ob. cit., pp. 19 e ss.

suas ponderações, além do destaque dado ao **referendum**, anota a distinção da institucionalização democrática, sob a forma de democracia direta e democracia representativa.

Qualquer que seja o procedimento técnico adotado pela eleição, o principal é a pureza representativa que deve ter a sociedade, no canal escolhido para a institucionalização de seu processo, que é a Assembléia Constituinte. Essas indagações, acerca do sistema eleitoral, não deixaram de examinar a proposta sobre a obrigatoriedade da função eleitoral, em vista do dilema: direito do voto ou dever de voto, tema que é visto sob a perspectiva jurídica e a política. Sob o entendimento jurídico, não surge qualquer obstáculo que se oponha a configurá-lo como um dever público do cidadão de participar na urna eleitoral, por meio de sua vontade individual, na formação da vontade coletiva, designando os representantes do povo. O ato eleitoral é configurado como um **direito político por excelência**, pelo que a dogmática jurídica ao mesmo tempo que o configura como direito, considera-o um dever, dando-lhe uma categoria conceitual denominada de **função**. Sob o ponto de vista político, convém ressaltar que subsiste um interesse público para que o eleitor vote. A eleição é necessária para o conhecimento da vontade do país, principalmente tendo em vista que uma nova Constituição, que os eleitos devem elaborar, precisa representar as aspirações e as necessidades do povo. Deve ser a genuína e espontânea expressão da maioria dos cidadãos, reveladora de sua maturidade e educação política. O voto obrigatório não implica em grave limite à liberdade individual.

O poder da Constituinte e suas modalidades, a atividade de governo e a atividade legislativa ordinária, durante a Constituinte, merecem reflexão.

Genericamente, a Assembléia Constituinte deve criar uma nova Constituição para o Estado. Os temas referentes aos poderes e modalidades desse exercício são indeterminados. Destaca LUCIFREDI uma questão preliminar e outra de caráter específico da Constituinte. A primeira, tida como uma verdadeira psicose coletiva, seria que o problema dela estaria resolvido com a questão do dilema monarquia ou república. Considera, em seguida, que o mais importante problema que se impunha a atenção era o concernente à limitação ou ilimitação do poder da Constituinte e da modalidade do exercício do mesmo. Com essas explicações prévias, apresenta como primeiro problema a ser formulado: à Assembléia Constituinte compete apenas o poder constituinte, ou nela se concentram os poderes do Estado? No momento em que a Constituinte começa a funcionar, deverá ser considerada como único órgão soberano, legitimamente existente no Estado? Deveremos transferir, direta ou indiretamente, todas as funções estatais à Constituinte ou deveremos limitar esse exercício, apenas, ao de poder constituinte, para redação e aprovação da nova Constituição, restando a outros órgãos constitucionais o exercício das outras funções? É

óbvio que, no que diz respeito à função judiciária ou administração da justiça, continua esta confiada aos tribunais. Convém repetir as conclusões que o autor italiano coloca. As situações diversas propõem soluções desiguais para os problemas. A situação constitucional italiana apresentava particularidades, tendo em vista a crise e os meios adotados para resolvê-la, sem um precedente que pudesse ser invocado. Não é possível destacar, para parâmetro, as soluções adotadas por Assembléias Constituintes decorrentes de revoluções, desvinculadas de qualquer autoridade constituída preexistente. É impossível invocar soluções adotadas por Assembléia Constituinte que deveria dar a primeira Constituição ao Estado. Elemento essencial, ali assinalado, foi a inexistência de órgão legislativo ordinário que pudesse regular a investidura constitucional e o caráter provisório daquele governo, que, por razões justificadas, não poderia ser considerado como representativo do povo, apesar da persistência de um órgão constitucional, a Coroa, exercendo legitimamente a função de "Capo dello Stato", até que viesse nova Constituição. Com a aprovação do decreto institutivo da Constituinte, a Coroa consentiu em encaminhar ao povo a escolha de uma nova estrutura constitucional, sem renunciar ao exercício de seu poder na fase preparatória de uma nova institucionalização. A vontade popular manifestou-se contrária à monarquia. Partindo do exame dos elementos de fato, conclui que, no momento de reunião da Constituinte, os únicos órgãos soberanos legalmente existentes eram a Coroa e a própria Constituinte. Esta restará como único órgão soberano, com a supressão da Coroa. O problema da limitação dos poderes da Constituinte encontra obstáculos na persistência da Coroa. No Estado moderno, compreende LUCIFREDI, o princípio da tripartição de poderes não perde sua eficácia, mesmo no período de transição de um ordenamento constitucional para outro. Essa importância passa a ser maior, pela natureza e tendência de todos os membros de uma Assembléia Constituinte sentirem-se igualmente representativos desse poder, o que tem conduzido até a uma ditadura de Assembléia Constituinte. A Assembléia Constituinte não pode ter ingerência no exercício da função judiciária, bem como no exercício da função de governo. Compreende LUCIFREDI que é oportuno que ela não tivesse as atribuições do exercício da função legislativa ordinária, pois acabaria distanciando-se de sua função natural, caso tivesse que elaborar, discutir e aprovar as leis ordinárias.

Ao expor sua opinião sobre a repartição de competência, LUCIFREDI entende que, após as eleições, o governo deveria ser reformulado, com a demissão de todo o ministério, principalmente se as eleições revelam a existência de novas forças, outros partidos. O novo governo será o verdadeiro **Governo da Constituinte**, ao passo que o anterior seria o **Governo preparatório da Constituinte**. O novo governo deverá ser implantado de conformidade com as forças majoritárias na Assembléia Constituinte. A Constituinte, desde a sua primeira reunião, poderia proclamar a extinção da Coroa. Nesse período é bem

significativa a relação entre Governo e Assembléia, tendo em vista que a Constituinte não houvera deliberado sobre a forma de governo e a regulamentação das relações entre Poder Legislativo e Poder Executivo.

Nesse período, as questões relacionadas à atividade legislativa ordinária e às atribuições da Assembléia Constituinte têm grande relevância, pois competiria à nova Constituição definir a competência do legislador ordinário. Propostas foram feitas para evitar o inconveniente da acumulação, no próprio governo, do Poder Executivo com o Poder Legislativo ordinário, sem que surgisse um entrelaçamento da atividade normal da Assembléia como Poder constituinte. Pensou-se em atribuir a uma comissão criada na própria Constituinte, em corpo colegial restrito, composto no máximo de 50 deputados, desempenhando prevalentemente a função legislativa especial, de maneira restrita àquela que seria a função constituinte. Em caso de discordância em torno de um projeto de lei, a questão poderia ser examinada por toda a Assembléia. A modalidade proposta visou garantir o exercício independente das várias funções soberanas no período de transição entre o "velho" e o "novo" ordenamento (8).

O problema da limitação dos poderes da Constituinte apresenta outro aspecto, destacado por LUCIFREDI: no exercício do Poder constituinte, a Assembléia Constituinte será plenamente, incondicionalmente soberana, ou haverá limitações, que, sobre determinada matéria, vinculam à orientação obrigatória as suas decisões?

Quando a massa eleitoral se pronuncia favoravelmente a profundas reformas sociais, os membros da Assembléia são politicamente vinculados a não elaborarem uma Constituição conservadora. Questiona-se se existem limites de natureza jurídica, cuja violação pode gerar a invalidade jurídica da deliberação adotada pela Assembléia. Entende-se que o Poder constituinte não pode ser concebido, a não ser de forma ilimitada. LUCIFREDI menciona essa tese, chegando a falar que ela é anti-histórica, pois existiram exemplos de Assembléias Constituintes com limitações. Lembra o autor a Assembléia Constituinte que pela primeira vez deveria reunir-se na Itália, conforme deliberação da lei sarda de 11 de julho de 1848, debaixo de uma obrigação: a monarquia constitucional sob a monarquia de Savoia. Lamentou-se na literatura político-jurídica que aquela Assembléia Constituinte não fosse convocada, criticando-se suas limitações. As Assembléias Constituintes da Iugoslávia e Grécia, também, mantiveram o vínculo necessário à forma monárquica. O mesmo ocorreu com a Assembléia Constituinte francesa, onde os poderes são bem limitados, sob vários aspectos, devido ao efeito do projeto elaborado pelo governo de De Gaulle e convalidado pelo referendun da larga

(8) LUCIFREDI, Roberto. *L'Assemblea Costituyente*, ob. cit., p. 69.

maioria dos eleitores. Entende LUCIFREDI que o projeto limitador não é um contraste insanável com o caráter intrínseco de uma Assembléia Constituinte.

O Poder constituinte, o mais alto poder do Estado, através de uma Assembléia Constituinte, exercita a posição de destaque entre os órgãos estatais. Esta Assembléia não é depositária originária de tal poder, mas o tem em virtude de transmissão do povo, titular natural da soberania. De acordo com as conclusões de LUCIFREDI, nenhum obstáculo ao princípio se opõe à possibilidade de que a Assembléia Constituinte pudesse imprimir em seu trabalho uma obrigação anterior. O debate sobre o problema institucional deve ser colocado de maneira tal que nada seria estranho se a vontade do povo se manifestasse por via da Assembléia Constituinte, no que toca à obrigação de redigir uma Constituição monárquica ou republicana, desde que, pelo **referendum**, os eleitores houvessem explicitamente demonstrado a preferência por uma das duas fórmulas. Por via do **referendum**, com interpelação da vontade popular, mereceu exame, tendo em vista a corrente federalista, o dilema Estado unitário ou Estado federal.

A formação de uma Constituinte e a preventiva consulta direta ao corpo eleitoral, sob a forma simples de **referendum**, é tema expressivo nos processos de institucionalização democrática. A consulta popular direta sobre temas essenciais dá mais legitimidade ao processo de democratização. A tese do **referendum** sobre questões institucionais, no que diz respeito a uma **forma de Governo** (república ou monarquia), **forma de Estado** (Unitário ou federal) ou o **sistema de governo** (parlamentar, presidencial ou semipresidencial), não está em conexão direta com um ou outro programa político-social dos partidos, tendo em vista que para um monarquista a reforma social dá a idéia de vanguarda, ao passo que para o republicano, seu terreno seria conservador.

Um programa conservador, em matéria social, que estivesse em contraste com as idéias de uma profunda reforma social, teria repercussão, tendo em vista a composição da Assembléia. O republicano conservador em matéria social, para afirmar a idéia republicana, não dará seu voto à esquerda, pois repudia as idéias sobre a vida econômica que o partido propõe.

O eventual limite ao Poder constituinte da Assembléia só poderá ter uma única fonte, no entendimento de LUCIFREDI: a vontade do povo expressa mediante **referendum**. Exclui a possibilidade de outra fonte, principalmente se fosse a vontade do governo, efetivada por intermédio de um decreto legislativo emanado do mesmo. A limitação do poder da Constituinte pressupõe limite à soberana vontade popular. O governo não pode fazer senão fixar o ponto susceptível de consulta popular direta, via **referendum**, aos eleitores.

No que diz respeito à modalidade do exercício, por parte da Constituinte, do poder que lhe é inerente, não existem normas. Os precedentes históricos e da lógica não apontam esses critérios para a Assembléia Constituinte, não existindo normas jurídicas às quais a Constituinte estaria vinculada. Duas soluções são apontadas: a predeterminação por parte do governo, com certo esquema, que teria que ser apreciado pelo **referendum** de aprovação ou não do povo ou por determinação da própria Assembléia Constituinte que definiria a sua própria autovinculação. A primeira solução parece mais razoável, pela garantia que oferece a uma ditadura da Assembléia. Para isso o governo deveria tomar a iniciativa de elaborar um projeto para a apresentação ao exame, por meio de consulta nacional, através de formulação definitiva, aprovada pelos eleitores. A norma aprovada pelo projeto será a modalidade prescrita para os trabalhos da Constituinte, caso contrário a Constituinte seria livre de regular, com critério próprio, o processo de atuação de seu trabalho. O **referendum** poderia efetuar-se contemporaneamente às eleições. Critica LUCIFREDI a modalidade autoritária sugerida pelo governo, na proposta do Ministro Nenni.

Destaca LUCIFREDI alguns pontos que devem ter segura regulamentação:

- a) a organização interna da Constituinte;
- b) o procedimento de seus trabalhos;
- c) a modalidade de votação;
- d) a relação entre a Constituinte e os outros órgãos estatais (9).

Ressalta o último item, no que diz respeito à repartição de competência, assunto abordado anteriormente nesse trabalho. Quanto aos outros, completa com essas medidas:

- a) a de definição da escolha do Presidente da Assembléia;
- b) repartição da Assembléia em comissões e sua composição;
- c) sua competência;
- d) seu funcionamento;
- e) definição da matéria objeto do regulamento interno da Câmara e aquelas que são específicas da Constituinte;
- f) o problema do **quorum** da votação tem grande significação constitucional, pois ele define o número de votos necessários à validade das decisões da Assembléia. A sim-

(9) LUCIFREDI, Roberto. *L'Assemblea Costituente*, ob. cit., p. 78.

ples maioria relativa, a maioria dos presentes e dos votantes, não é suficiente. Tratando-se da Constituição do Estado, deve-se consagrar a maioria qualificada que deverá ser de 2/3.

Como órgão extraordinário por definição, a Assembléia Constituinte determina sua competência, ao elaborar nova Constituição do Estado. É uma atividade complexa, que defronta diversos problemas. Ao completar, com um quadro panorâmico, os vários problemas que devem ser objeto de discussão, LUCIFREDI lembra das indagações que se referem à formulação dos artigos da Constituição. Considera atividade difícil, do ponto de vista político, como o é, no que se refere ao seu aspecto técnico, desde que a matéria constitucional apresenta complexidade e diversidade, não facilmente condensáveis em fórmulas legislativas precisas. Ressalta, ainda, que a norma não escrita ocupa posição que não pode ser desprezada, hoje, no Estado, como fonte do direito constitucional, sob forma de norma consuetudinária, seja ela considerada como norma de exatidão constitucional. Não pretendeu delinear um esquema preciso da nova Constituição, nem fixar, de modo completo, que argumentos deve enfrentar e decidir a Constituinte. Reconhece LUCIFREDI que não existe linha comum, nas várias Constituições, que defina, com segurança, qual a matéria que deve ter regulamentação em uma Constituição e qual deve ser exclusiva. Em termos técnico-jurídicos, as Constituições atuais têm um conteúdo necessário, resultante de determinado grupo de normas, indispensavelmente determinadas: normas sobre os órgãos constitucionais e sua formação, seus poderes e suas relações.

Sob a denominação de conteúdo eventual, devido à complexidade de normas que a Constituição disciplina, identificamos assuntos que não seriam necessariamente constitucionais, mas decorrem de influências ditadas por situação política, tradição histórica ou orientações particulares dos autores da Constituição, que se inserem na lei fundamental do Estado. Esse conteúdo eventual varia, de maneira profunda, de Constituição para Constituição.

A futura Constituição, do ponto de vista técnico-jurídico, apesar de ser a mais completa possível, não pretenderia, para LUCIFREDI, exaurir todos os problemas jurídico-econômicos, desde que poderiam ser objeto de oportuna operação através da legislação ordinária. Esse entendimento decorre de que, para que aquele Estado pudesse iniciar vida ordinária normal, com proveitoso trabalho de reconstrução, seria indispensável ter uma Constituição estável, duradoura, que se modificasse o menos possível. Para tal fim e como garantia da Constituição, é preciso evitar as constantes alterações. Deve-se excluir da Constituição toda matéria que não seja estritamente constitucional, cuja variedade e mutabilidade gera instabilidade. A Constituição deve ser o padrão de sua própria diretiva, formulada com tal elasticidade que

não permita sua própria instabilidade. Convém evitar colocar na Constituição normas detalhistas.

A técnica jurídica deve ser a base de uma Constituição, mas nunca o único elemento propulsor do texto constitucional, devido aos excessos formais do juspositivismo e do tecnicismo jurídico.

Essas reflexões levam aos questionamentos sobre os principais pontos que devem orientar a Constituição:

- a) a primeira parte da Constituição deve ser dedicada à solene reafirmação do direito à liberdade; pode-se indagar onde está a sede dessa norma de categoria formal ou metajurídica;
- b) o homem e as várias comunidades naturais, às quais pertence, devem ser considerados como centro da vida social e a razão primeira do edifício estatal;
- c) o indivíduo não deve estar a serviço de um Estado onipresente;
- d) em decorrência dos princípios anteriores, como corolário dos mesmos, deve recorrer à enunciação concreta do direito à liberdade do indivíduo, da família, das associações e das comunidades menores.

Deve considerar o cidadão não como uma figura abstrata e isolada, dentro de concepções individualistas, como ocorreu com quase todas as Constituições do século passado. É preciso encará-lo como pessoa, no seu sentido pleno, dentro da validade da vida social, em uma comunidade da qual necessariamente faz parte, com a consagração dos direitos do indivíduo, da família, das associações, dos sindicatos profissionais e os da comunidade em geral. Dentro dessa ideologia constitucional, é de grande realce o direito do cidadão ao autogoverno e a defesa dos interesses locais, que constituem pontos fundamentais para uma autêntica organização democrática.

A liberdade política não exaure os pontos essenciais de uma Constituição. Ao lado das **garantias dos direitos políticos**, surgem as **garantias dos direitos sociais**, indispensáveis a uma Constituição para os novos tempos, assentada em autêntica e real justiça social. O direito social necessita ter uma formulação adequada, que teve o seu modelo a partir da Constituição de Weimar, onde se afirmava que a vida econômica deve ser organizada, de conformidade com os princípios de justiça, para garantir uma existência digna ao homem. A correlação dos direitos sociais com a liberdade deve ser aquela definida pela proclamação da Carta Atlântica. A formulação deveria, para LUCIFREDI, ser tipicamente feita de acordo com os padrões consagrados

pelo povo que iria receber a Constituição, sem desconhecer a importância da vontade decisiva para o progresso, de conformidade com a situação econômica e social daquele Estado. Essas garantias não podem ser meramente negativas. A garantia do trabalho, do gozo dos bens econômicos, deve ter caráter positivo, com a afirmação de um direito de todo cidadão ao trabalho e à satisfação de bens econômicos, de maneira adequada às necessidades suas e de sua família. Essas proclamações não devem estar contidas em simples afirmações de **princípios programáticos**, mas de realizações concretas, realizáveis por uma **democracia econômica**, não menos importante do que uma **democracia política**. Esses princípios devem orientar a futura legislação que trata das relações econômico-sociais. A Assembléia Constituinte observará todas estas questões.

A Constituição contém as mesmas diretivas essenciais à edificação constitucional do Estado: estabelece quais são os órgãos da soberania; a repartição das funções constitucionais e a regulamentação e relação entre eles. A institucionalização da forma de governo, da forma de Estado e do sistema de governo constitui problema preliminar, pela repercussão que pode ter sobre o relacionamento entre os órgãos que compõem o Estado. As relações entre Legislativo, Executivo e Judiciário e as alternativas entre a "república presidencial" e a "república parlamentar" são pressupostos fundamentais para a regulamentação da atividade governamental.

Definidas as formas acima mencionadas, a Constituição fixa as normas reguladoras da atividade legislativa do Estado, com a finalidade de definir, preliminarmente, o problema da "unicameralidade" ou "bicameralidade". Esses dados estão vinculados, também, às maneiras de descentralização política, à legislação em matéria de interesse local, aos processos de organização dos entes descentralizados e suas competências.

No que se refere à atividade legislativa, LUCIFREDI mostra que é indispensável que a Constituição discrimine as diferenças entre **lei constitucional** e **lei ordinária**, sendo que a primeira estabelece um complexo procedimento para sua formação, que dificulta sua modificação. Esta circunstância levanta os dados sobre o caráter **rígido e flexível** da Constituição, com repercussão no critério de diferenciação entre lei constitucional e lei ordinária.

Os critérios de definição da reforma constitucional, com adoção ou não ao recurso do **referendum**, que gera de forma direta a aprovação da vontade popular, conduzem à estabilidade ou não do texto. LUCIFREDI vincula a questão à existência dessa garantia, atribuída, também, a um Tribunal ou Corte Constitucional ou Suprema Corte de Justiça (Suprema Corte di Giustizia), exercendo o controle sobre a constitucionalidade da lei ordinária.

Continuando no exame das particularidades inerentes à atividade legislativa, destaca a introdução na Constituição de algum **instituto de democracia direta, além do referendun, destacando o direito de iniciativa**. No desenvolvimento, ainda, do tema referente à atividade legislativa, destaca as atividades das assembléias, plenários e das comissões legislativas especiais.

No levantamento de assuntos significativos que devem ser regulamentados no seio da Constituinte, salienta o publicista italiano a organização da atividade do governo, particularmente no que se refere às relações entre o Legislativo e o Executivo. Primeiramente, destaca o "capo del potere esecutivo" e os instrumentos de que se deve valer para o exercício de suas atividades. Lembra o regime parlamentar que ocorreu na Itália, principalmente, no período anterior ao fascismo.

A faculdade do Poder Executivo de emitir norma regulamentar vem recebendo críticas constantes, pelo fato de possibilitar a sua hipertrofia. Reconhece-se que deve ser bem restrita. A faculdade de governo em prover "decreto-lei" deve ser verdadeiramente excepcional. As matérias pertinentes a decreto legislativo devem ser disciplinadas, com melhor formulação técnica do mesmo.

A organização da função judiciária é outro tema destacado por LUCIFREDI, na análise da temática pertinente à Constituinte. Dá destaque à garantia plena, absoluta, independência dos juízes, vinculando-os à observância das leis, livres de qualquer ingerência do Poder Executivo, na esfera de sua competência. A importância constitucional desta independência é fundamental à estrutura do sistema democrático. A magistratura deve ter absoluta independência, a nível de garantia constitucional, para definir os direitos dos cidadãos com segurança. O órgão judiciário, como órgão constitucional do Estado, apresenta controvérsias na doutrina. O conceito de órgão constitucional implica posição de absoluta independência e a ausência de qualquer vínculo de subordinação hierárquica. Essa independência da magistratura tem como regra lógica o princípio de garantia da inamovibilidade do juiz, sendo que a promoção dos mesmos deve ocorrer sem a ingerência de órgão governamental.

Quanto ao Ministério Público, definido como representante do Poder Executivo, junto à autoridade judiciária, defende LUCIFREDI o estudo de uma fórmula que eliminasse a dependência em que se encontrava o órgão. A dependência cria obstáculos para a função, pois ao exercitar a ação penal, em que se vê obrigado a promovê-la, deverá ter plena autonomia.

A Constituição, para o publicista italiano, deve traçar os lineamentos constitucionais da organização administrativa, com destaque do princípio da descentralização, desde que a excessiva centralização

gera dificuldades à vida nacional. Entende que a descentralização não deve ser simplesmente **hierárquica**, implica em larga transferência de competência dos órgãos centrais aos órgãos periféricos, compondo uma descentralização **autárquica**, tendente a efetivar a descentralização das funções do Estado e dos entes públicos distintos do Estado, principalmente os entes locais. Apesar das referências que faz ao **federalismo**, com destaque da realidade regional, não propõe a criação do sistema federal. Propugna pela definição das atribuições ao corpo regional, dotado de determinada competência legislativa, em assuntos de interesse exclusivamente regional, sob a forma de certa autonomia regional.

Em seus esclarecimentos sobre os temas essenciais da Constituição, LUCIFREDI destaca que a Constituinte deve ater-se ao assunto, pelo que precisa determinar quais são os **entes locais**, quais órgãos precisam ser definidos; a forma de escolha eleitoral dos mesmos; as atribuições de suas competências; como são os **órgãos governativos locais**; critérios essenciais sobre a organização dos controles.

Suas propostas destacaram as linhas diretivas e os critérios essenciais, pois entende que a regulamentação específica de matéria tão complexa poderá vir na futura lei sobre a administração local, que substituiria a lei comunal e provincial.

A atenção da Assembléia Constituinte não pode deixar o **problema da burocracia**, levando em conta o crescimento da organização estatal, a gestão dos serviços públicos por parte do Estado e dos entes menores, a justiça administrativa, que poderão ser simplificados e agilizados. Nesse tema focaliza a justiça administrativa, necessitada de norma erigida em princípio constitucional; a definição dos recursos administrativos e jurisdicionais contra o ato administrativo ilegítimo, norma que poderá ser eficaz como barreira ao uso pela burocracia de disposições de caráter normativo.

Em sua minuciosa apreciação do conteúdo do texto constitucional, LUCIFREDI, no que se refere à organização do Estado, salienta que a Constituição deverá conter normas disciplinadoras sobre a posição das associações sindicais. Reconhece a importância que o assunto sindical tem para os dias atuais, bem como as particularidades e diversidades inerentes à sua finalidade, de modo que apenas a liberdade de associação não é suficiente para sua definição. A organização sindical, as conquistas do sindicalismo, o poder concedido aos sindicatos para estabelecer e discutir livremente seus interesses são temas substanciais, sendo que suas normas valem como lei do Estado. Essas circunstâncias são suficientes para comprovar que a Constituição deve conter normas que fixem a posição do sindicato frente ao Estado,

com determinação de sua função e competência. Para isso a Constituinte estará frente a múltiplas alternativas:

- a) sindicato livre;
- b) sindicato estatal;
- c) sindicato único;
- d) sindicato plúrimo;
- e) sindicato técnico;
- f) sindicato político (10).

A Constituinte fixará os princípios essenciais a serem seguidos pela legislação sindical.

Outros temas significativos para a Constituinte são os referentes a **matéria religiosa** e **educativa**. Estes assuntos têm reflexo profundo na Constituição, desde que estão vinculados às relações entre o Estado e a Igreja e ao problema das escolas e do ensino, em geral.

Todas as religiões devem ser consentidas, desde que não contrastantes com a ordem pública, necessária à permanência e estabilidade do Estado. A Constituição assegurará a liberdade de culto e o respeito democrático pleno às manifestações religiosas.

Os assuntos referentes às escolas e à educação, em geral, são de relevante significado na Constituição. A Constituinte deve captar a importância da educação em todas as fases da existência humana. Não se pode esquecer a educação cívica, moral e profissional de todo o povo, com a erradicação completa do analfabetismo, com difusão, em profundidade, da cultura, impedindo que o privilégio de nascimento e de posição social dificulte o acesso aos estudos superiores e às oportunidades que a vida apresenta. Conterá a **obrigação à escolaridade** e o direito à **instrução gratuita**, sem limite a qualquer grau ou nível escolar. O Estado dará garantia à complementação dos estudos.

A Constituinte e, posteriormente, o texto que ela elaborar devem afrontar, com segurança e seriedade, as relações entre a escola e o Estado, sem esquecer a escola privada, dando a essa uma disciplina precisa. O tema gera discussões referentes ao ensino privado, à paridade de direito com o ensino público, o **monopólio do Estado** e da escola pública.

A Constituinte, conforme relata LUCIFREDI, trata da organização das Forças Armadas, da posição constitucional dos partidos poli-

(10) LUCIFREDI, Roberto. *L'Assemblea Costituente*, ob. cit., p. 116.

ticos, do problema da previdência, assuntos que têm grande significado para a definição dos pontos essenciais da estrutura estatal.

As Assembléias Constituintes contemporâneas têm dado papel relevante à disciplina das **relações econômicas**, vinculando-as ao direito social e à democracia econômica. A Constituição traça a orientação a ser seguida pela futura legislação, no que se refere às relações econômico-sociais. Procura fixar os traços constitucionais da política social e econômica que a Constituinte, **fiel intérprete da vontade popular**, consagrará, como caminho a ser seguido pelos órgãos legislativos, judiciários e administrativos que a sucedem ⁽¹⁾.

Esse capítulo impulsiona múltiplos levantamentos que definem as relações entre capital e trabalho, ao lado das alternativas entre a economia individualista e a economia coletivista, a iniciativa privada e o socialismo do Estado, a função e os limites da propriedade privada. A reforma do sistema proprietário, a reforma agrária, a reforma industrial, a cogestão, os projetos de nacionalização, a participação dos operários na direção técnica da empresa, o instituto do conselho de gestão, a luta contra o latifúndio são temas inerentes às formulações propostas em uma Constituinte.

O tráfico interno e internacional, a plena liberdade de atividade comercial privada, o monopolismo, exportação e importação, a definição do sistema tributário, os impostos patrimoniais extraordinários e as taxas de sucessão, a tutela do direito e propriedade, o crédito, transporte, cooperativas são levantados por ROBERTO LUCIFREDI, numa demonstração clara do significado e do alcance do temário de uma Constituinte.

Algumas Constituições modernas têm destacado dois aspectos em seus textos: a **Constituição econômica** e os **Tribunais Constitucionais**.

GOMES CANOTILHO utiliza a expressão Constituição dirigente, para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Pela importância que os temas econômicos tiveram na Constituição portuguesa, vários trabalhos vêm destacando as particularidades que os mesmos comportam. SOUZA FRANCO distingue três aspectos fundamentais da Constituição econômica:

- a) Constituição sócio-econômica;
- b) Constituição financeira pública;

(11) LUCIFREDI, Roberto. *L'Assemblea Costituyente*, ob. cit., pp. 122 e 123.

- c) Constituição econômica em sentido estrito para ordenação jurídica dos aspectos principais da atividade econômica ⁽¹²⁾.

A opção pelos Tribunais ou Cortes Constitucionais tem ocupado lugar saliente em várias Constituintes, ao passo que as Constituições procuram consagrar os preceitos inerentes à sua formalização. O Tribunal Constitucional é considerado como uma peça criada pelo constitucionalismo norte-americano e reelaborado por HANS KELSEN. Parte-se do pressuposto de que a Constituição é uma norma jurídica, mas está acima de todas as outras. Como *lex superior* que sente os valores supremos de uma organização, é capaz de exigir prestação de contas pelo seu cumprimento, erigindo-se como parâmetro de validade de todas as demais normas jurídicas do sistema ⁽¹³⁾.

Os temas relacionados por LUCIFREDI, apesar de estarem ligados ao momento constituinte italiano, têm grandes relações com outras Assembléias Constituintes. A noção de Constituinte, a crise constitu-

- (12) MARTINS, Guilherme d'Oliveira. *Lições sobre a Constituição Econômica Portuguesa*. Vol. I, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, Lisboa, 1983-4, p. 11; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. Coimbra Editora, Limitada, 1982; MONCADA, Luís S. Cabral de. *A Problemática Jurídica do Planejamento Econômico*. Coimbra Editora, Limitada, 1985; Asenjo, Oscar de Juan. *La Constitución Económica Española. Iniciativa Económica Pública "versus" Iniciativa Económica Privada en la Constitución Española de 1978*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984; BELSUNCE, García. *Garantías Constitucionales. De las Libertades Económicas. Del Derecho de Propiedad. De la Retroactividad de las Leyes Tributarias*. Depalma, Buenos Aires, 1984.
- (13) TREMPES, Pablo Pérez. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985; ENTERRIA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1985, 3.ª ed.; FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Los Tribunales Constitucionales y los Derechos Humanos*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1980; VERDU, Pablo Lucas. *Estado de Derecho y Justicia Constitucional. Aspectos Históricos, Ideológicos y Normativos-Institucionales de sua Interrelación. Revista de Estudios Políticos*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, n.º 33, maio/junho, 1983, pp. 7 e ss.; CANAS, Vitalino. *Introdução às Decisões de Provimento do Tribunal Constitucional. Os seus efeitos em Particular. Estudos de Direito Público*, n.º 2, Cognitio, Lisboa, 1984; ALMEIDA, José Mário Ferreira de. *A Justiça Constitucional em Portugal. Notas para um estudo. Estudos de Direito Público*, n.º 2, Cognitio, Lisboa, 1985; SILVA, José Afonso da. *Tribunais Constitucionais e Jurisdição Constitucional. Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Número especial sobre temas constitucionais. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.º 60-61, jan./jul., 1985, pp. 495 e ss.; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *O Poder Judiciário na Constituição: Uma Proposta de Reforma. Revista Jurídica Mineira*, ano II, vol. 17, setembro, 1985, pp. 13 e ss.; BARA-CHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Forense, Rio de Janeiro, 1984.

cional, a fase preparatória, a eleição da Constituinte e o procedimento de sua formação, o referendun, seus poderes, a questão da atividade legislativa e do governo durante essa fase, a modalidade de seu exercício, aspectos políticos e econômicos que a influenciam, a organização dos órgãos estatais, disciplina das relações econômicas, são temas comuns aos debates das diversas Constituintes, com algumas particularidades específicas de certas fases da constitucionalização do processo democrático.

Nem todos os regimes políticos contemporâneos utilizam a convocação de Assembléias Constituintes para a reformulação de suas Constituições. Nas alterações ocorridas na URSS e na China o exemplo não foi seguido.

Em 7 de outubro de 1977 o Soviet Supremo, órgão máximo de poder na URSS, aprovou por unanimidade a Constituição atual.

A nova Constituição da China foi adotada em 4 de dezembro de 1982, sendo o quinto documento fundamental, desde o surgimento da República Popular, em 1º de outubro de 1949, e a quarta Constituição, desde a adoção da Carta de 15 de setembro de 1954.

O projeto foi elaborado pela Comissão de revisão da Constituição criada em setembro de 1980, sendo aprovada pela quinta Assembléia Nacional, de 4 de dezembro de 1982, quase por unanimidade.

Com a Constituição de 1982 tem início a fase pós-maoísta, com uma ideologia *sui generis*.

Os chineses, como os soviéticos, consideram a Constituição apenas como um documento que organiza, por certo período, o poder político da classe dominante, que forma a ditadura do proletariado. Os textos de 1954, 1975 e 1978 usavam a expressão "ditadura do proletariado". Com a Constituição de 1982 emprega-se a denominação "ditadura democrática popular". A Constituição é uma espécie de programa ou uma exposição de princípios de ação, com validade temporária. Ela tem 138 artigos, agrupados em quatro capítulos, começando com a definição dos princípios ideológicos, econômicos, sociais e culturais do regime⁽¹⁴⁾.

(14) CAMARGO, Pedro Pablo. *La Nueva Constitución de la URSS. Texto y Comentarios*. Editorial Temis, Bogotá, 1978; LIONS, Monique. Los "Principios Generales" de la Nueva Constitución de la República Popular de China de 4 de Diciembre de 1982: El Posmaoísmo. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Nova Série, ano XVIII, n.º 53, maio/agosto, 1985, pp. 669 e ss.; ALVAREZ, Manoel B. Garcia. Las Formas del Estado Socialista II. Las diferencias chino-soviéticas en los textos constitucionales. *Revista de Estudios Políticos*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Nova Época, n.º 6. 1978, novembro/dezembro, pp. 47 e ss.; idem, I parte, n.º 5. set./out. 1978.

2. A Comissão dos 75, na Itália, designada pela Assembléia Constituinte

Na parte anterior discorreremos sobre vários aspectos ligados à Constituinte italiana, nesse tópico vamos examinar os fatos ligados à elaboração da Constituição.

A Assembléia Constituinte teve a sua primeira reunião em 25 de junho de 1946, sendo que os seus trabalhos prolongaram-se até 31 de janeiro de 1948. Houve prorrogação do mandato constituinte, no início de oito meses, de conformidade com o art. 4. 2, do Decreto Legislativo nº 98, de 1946. Essas alterações ocorreram de conformidade com a Lei Constitucional de 21 de fevereiro de 1947, nº 1, com a Lei Constitucional de 17 de junho de 1947, nº 2, e de acordo com o artigo XVII das disposições transitórias da própria Constituição.

Durante o seu funcionamento, a Assembléia Constituinte exerceu outras atividades constitucionais como:

- a) a designação do chefe provisório do Estado;
- b) o controle político sobre o governo;
- c) a legislação ordinária, em certas matérias.

Os trabalhos preliminares foram desenvolvidos, também, pela Comissão Forti, designada pelo **Ministro para a Constituinte**, que foi Nenni, recolhidas por G. D'Alessio (*Alle origini della Costituzione Italiana, 1979*).

A "Comissão dos 75", designada pela Assembléia Constituinte, iniciou a elaboração do texto constitucional. Ela surgiu de uma articulação interna da própria Assembléia, que lhe confiou a preparação do projeto.

Essa comissão foi presidida por Ruini. Foram feitas três novas subcomissões:

- 1ª) presidida por Tufini — ocupou-se das disposições relativas aos direitos civis e políticos;
- 2ª) presidida por Terrecini — tratou da organização constitucional do Estado;
- 3ª) presidida por Ghidini — incumbiu-se das relações econômicas e sociais.

A Comissão dos 18 coordenou o trabalho dessas três subcomissões sendo que continuou funcionando mesmo após o projeto ser apresenta-

do ao plenário, em 31 de janeiro de 1947, acompanhado do informe de Ruini, de 6 de fevereiro (15).

No período de 4 de março a 22 de dezembro de 1947 o projeto foi discutido, emendado e aprovado pela Assembléia Constituinte. Foi promulgado, de acordo com a disposição transitória XVIII, de 27 de dezembro, pelo chefe de Estado, entrando em vigor em 1º de janeiro de 1948.

Em 22 de setembro de 1945, em decreto lugar-tenencial, estabeleceu a **Consulta Nacional** composta de 440 membros, nomeados pelo governo. A **Consulta Nacional** estabelecia critérios sobre problemas gerais e provisões legislativas, submetendo-as ao governo.

O decreto-lei lugar-tenencial de 25 de junho de 1944 estabeleceu que, após a liberação do território nacional das formas institucionais, seria eleita pelo povo italiano, por sufrágio universal, direto e secreto, uma Assembléia Constituinte para deliberar sobre a nova Constituição do Estado. O decreto não foi claro se devia chegar-se a uma Constituinte que resolvesse o problema institucional sobre a alternativa monarquia ou república, ou se deveria, por via de **referendum**, com manifestação direta do povo, resolver os impasses que surgiam. Nas deliberações da consulta e pelo decreto-lei de 16 de março de 1946, concluiu-se pelo **referendum** popular para solução do problema institucional, fixando-se limites aos poderes da Constituinte.

No mesmo dia do **referendum**, isto é, 2 de junho de 1946, ocorreram as eleições para a Constituinte. A Constituinte ficaram reservadas matéria constitucional, leis eleitorais e aprovação dos tratados internacionais. O governo passou a ser responsável perante a Constituinte.

A estrutura e características da Constituição são as seguintes:

- a) **Princípios fundamentais:** direitos e deveres dos cidadãos (relações cívicas; relações ético-sociais; relações econômicas; relações políticas);
- b) **ordenamento da República.** Direitos e deveres dos cidadãos. Parlamento. Presidente da República, governo, magistratura, religiões, províncias, comunas, garantias constitucionais, Corte Constitucional;
- c) **termina com 18 artigos, sob a denominação "Disposições Transitórias e Finais".**

Examinando-se a temática ou conteúdo da Constituição, percebe-se que é um texto de caráter rígido e racionalizado, com numerosas e analíticas declarações de princípios.

(15) CHELI, *Costituzione e sviluppo delle Istituzioni in Italia*, 1978; DE SIERVO, *Scelte della Costituente e Cultura Giuridica*, 1980; BASSANI, Mario. *ITALIA*, Vittorio. TRAVERSO, Carlos Emilio. *Leggi Fondamentali dell'Ordinamento Costituzionale Italiano*, Cisalpino, 1982.

O caráter rígido da Constituição, a amplitude de seu conteúdo normativo, apesar dos enunciados programáticos, constitui uma das características do texto.

O pluralismo é, também, um dos princípios fundamentais da Constituição italiana, compartilhado por três culturas políticas (liberal, católica e marxista), que determinam o conteúdo da mesma e têm influenciado na sua aplicação. Ele propicia a integração comunitária distinta da *plenamente estatal, consagrando princípios internacionalistas*. O pluralismo institucional defende os grupos e instituições sociais, em cujo âmbito o indivíduo desenvolve a personalidade. Outra base desse entendimento está na inspiração às exigências da autonomia e *descentralização* ⁽¹⁶⁾.

3. Processo constituinte espanhol: Cortes presumivelmente "Constituintes"

Com as eleições gerais de 15 de junho de 1977 ocorreram significativas mudanças na história política da Espanha, com o surgimento de um sistema bipartidário impuro, ocorrendo opções pelas seguintes correntes partidárias: União do Centro Democrático (UCD) e Partido Socialista Obrero Español (PSOE), sendo que a Alianza Popular (AP) e o Partido Comunista da Espanha (PCE) emergiram como *representativos da direita e da esquerda*. Convém destacar, também, grupos extremistas e certos partidos nacionalistas e regionalistas.

As Cortes eleitas em 1977 não tinham o título formal de **Cortes Constituintes**, mas a primeira missão que tiveram foi a da elaboração de uma Constituição que fixasse novas regras para a vida política.

Os Partidos Políticos apresentaram projetos políticos que tiveram significativa influência no desenvolvimento e nas características do processo constituinte da Espanha.

A lei para a reforma política (PÉREZ TREMP, P. *La ley para la reforma política*, 1978) fixou, imediatamente, a tarefa de o governo redigir as normas eleitorais que presidiriam a convocação de eleições gerais para as Cortes.

O respeito à legalidade vigente, com o objetivo de evitar ruptura constituinte, não aceita pelos restos do franquismo no poder, não deve ser esquecido. A legalidade do procedimento vinha imposta pela acei-

(16) PIZZORUSSO, Alessandro. *Lezioni di Diritto Costituzionale*. Il Foro Italiano, Roma, 1984, 3.ª ed.; VIRGA, Pietro. *Diritto Costituzionale*. Giuffrè Editore, Milano, 1979; MARTINES, Temistocle. *Diritto Costituzionale*. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1981, p. 232; MUSSO, Spagma. *Diritto Costituzionale Comparato*. CEDAM, Padua, 1981; FALZONE, V. Palermo, F. Cosen-tino. *La Costituzione della Repubblica Italiana Illustrata con i Lavori Preparatori*. Ed. Oscar Studio Mondadori, 1980.

tação de Juan Carlos de Bourbon, em julho de 1969, com o título de "sucessor" na chefatura do Estado, levando-o, em novembro de 1975, após a morte do general Franco, a jurar fidelidade às leis fundamentais e aos princípios do Movimento Nacional. A não aceitação desse procedimento levaria à ruptura com o regime anterior.

Criou-se uma **lei-ponte**, partindo-se das leis fundamentais franquistas, permitindo-se a reforma essencial das mesmas, com o objetivo de instaurar uma **nova legitimidade**, com o respeito à **legalidade existente**.

A **lei para a reforma política** teve o seu projeto em setembro de 1976, pelo Presidente Suárez, sendo submetida à aprovação do povo espanhol, mediante **referendum nacional**, e aceita pelo Conselho nacional e pelas Cortes franquistas.

Várias críticas foram feitas ao governo Suárez, pois a proposta da coordenação democrática, aceitando a ruptura, pedia a criação de autêntico processo constituinte, com plenas liberdades.

A lei para a reforma política era pequena, compreendia cinco artigos, três disposições transitórias e uma disposição final, visava, de maneira pacífica, passar da **legalidade franquista** para a **legalidade democrática**. Em seu conteúdo buscava-se a legitimidade democrática, com a consagração desses princípios:

- a) adota o princípio da soberania popular (art. 1.1);
- b) declara a supremacia da lei (art. 1.1);
- c) proclama que os direitos fundamentais da pessoa humana são invioláveis, pelo que todos os órgãos do Estado devem obedecê-los (art. 1.1);
- d) restaura o sufrágio universal (art. 2.2 e disposição transitória 1ª);
- e) consagra, implicitamente, o pluralismo político (disposição transitória 1ª).

Essa **lei para a reforma política** não incluiu um preâmbulo que houvesse definido a ruptura com o regime anterior, nem continha cláusula derogatória geral à legalidade vinda do franquismo.

Manteve o sistema bicameral e outras instituições herdadas do regime anterior, preservando os poderes do rei, como chefe de Estado, de conformidade com a Lei Orgânica do Estado, de 1967.

Considerava as Cortes como ordinárias, conservando-lhes o procedimento para legislar. Ao mesmo tempo consagrava o seu caráter constituinte, regulando um procedimento especial para a reforma constitucional. A dualidade é muito criticada por publicistas espanhóis

que não viam precedente de Assembléia Constituinte formada por duas câmaras (J. DE ESTEBAN, Cortes constituyentes o Cortes restituyentes?, em **El País**, 16-11-1976). Exemplo contrário, para **TIERNO GALVÁN**, foi o do Congo (P. PÉREZ TREMPES, La ley para la reforma política, **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense**, nº 54).

O sistema proposto criaria dificuldades para o funcionamento e a duração do processo constituinte.

Com a “lei-ponte”, o governo Suárez convocou eleições, de conformidade com a nova legislação eleitoral, legalizou os partidos políticos, concedeu ampla anistia e deu início ao processo de desmantelamento das instituições franquistas que se opunham ao novo regime.

Para que as Cortes fossem **presumivelmente constituintes**, tornava-se necessário estabelecer uma legislação eleitoral que levasse à elaboração de uma Constituição, da qual fizessem parte as principais tendências da sociedade. Para essa representatividade a lei eleitoral e o procedimento das eleições tinham grande significado. De conformidade com a nova legislação, ocorreram eleições para o Congresso dos Deputados e o Senado.

A **legalidade constituinte da transição** opera-se com as novas Cortes, em 22 de julho de 1977, de conformidade com a **Lei para Reforma Política**, mas os debates acentuavam certos aspectos:

- a) a formação de duas Câmaras;
- b) a ambigüidade do seu papel, que muitos consideravam que devia ser unicamente **reformista e não constituinte**;
- c) as Cortes seriam um órgão de legislação ordinária, com vocação reformista, porém, sobretudo, um “órgão constituinte”, destinado a elaborar uma Constituição.

Essa transição, por via da legalidade, se procedeu com a não beligerância do exército e com a acomodação da classe política franquista. Houve conversões políticas, de bases realistas, em que muitos tomaram perfis democráticos. A **direita civilizada** compreendeu que seus interesses sofreriam menos com o novo processo democrático.

A legalidade do **antigo regime** caminhou para o **processo constituinte**, com a colaboração e a moderação da oposição parlamentar.

O **método constituinte**, desde que se aceitava o caráter constituinte das novas Cortes, partiu da discussão de três opções para a elaboração da Constituição:

- a) a iniciativa de reforma constitucional poderia ser provocada pelo governo, através da apresentação de um projeto

de lei de caráter constitucional, para tramitação parlamentar posterior;

- b) a iniciativa poderia vir do Congresso de Deputados, transmitindo-se à elaboração da Constituição como uma proposição de lei;
- c) em terceiro lugar, invocando-se o artigo 5º da **Ley para la Reforma Política**, seria permitido ao rei, sob o impulso do governo, submeter diretamente ao povo uma opção política nacional de caráter constitucional ou não. Sem passar previamente pelas Cortes, o rei apresentaria a **referendum nacional** um projeto de Constituição elaborado pelo governo, para aceitação ou não pelo povo.

A redação do texto constitucional de 1978 ocupou 16 meses para elaboração e aprovação. No dia 25 de julho de 1977 foi designada a **Comissão de Assuntos Constitucionais e Liberdades Públicas**, composta de 36 membros: 17 do UCD, 13 do PSOE, 2 da Aliança Popular, 2 do Partido Comunista da Espanha, 2 da minoria vasco-catalã, sob a presidência de Emilio Attard, da UCD. Essa comissão nomeou um grupo de sete pessoas (J. P. Pérez Llorca, M. Herrero de Miñón e G. Cisneros da UCD, G. Peces-Barba Martínez do PSOE, J. Solé Tura do PCE, M. Fraga Iribarne da Aliança Popular e M. Roca Junyent, representando a minoria vasco-catalã), encarregados de elaborar o **anteprojeto** para discussão posterior na comissão.

Os trabalhos iniciados em 22 de agosto de 1977 adotaram a cláusula da **confidencialidad**, pelo caráter secreto de suas deliberações. A publicística lembra que a elaboração da Constituição americana de 1787 e a da francesa de 1958 ocorreram em **absoluto segredo**.

Os trabalhos terminaram, em primeira redação, em 17 de novembro de 1977, e quando parecia aguardar o **secretíssimo** documento, a revista **Cuadernos para el Diálogo**, de 22 de novembro de 1977, tem conhecimento do texto e publica-o. Daí surgiram vários críticos ao texto, cuja primeira redação terminou em 23 de dezembro de 1977, com publicação no **Boletín de las Cortes**, em 5 de janeiro de 1978.

No prazo legal de 25 dias foram apresentadas mais de mil emendas ao anteprojeto, examinadas pelo mesmo grupo durante dois meses, com término em 10 de abril. Após um mês, ocorreu a fase de discussão na **Comissão do Congresso**, com alterações do anteprojeto, até 20 de junho.

Aprovado o texto pela comissão, de 4 a 21 de julho, passou a ser debatido no plenário do Congresso, sem modificações substanciais.

De conformidade com o sistema processual previsto pela **Ley para la Reforma Política**, após ter sido aprovado pela Câmara baixa

foi enviado ao Senado. Pensou-se que a disciplina partidária não geraria muitas discrepâncias, entretanto surgiram mais mil emendas, desde que os Senadores desejavam, também, participar da elaboração constitucional. Foi discutido pela Comissão Constitucional (12 membros do UCD, 5 do PSOE, 2 do PSC, 2 da Entesa dos Catalães, 1 do Grupo Misto, 1 da Agrupação Independente, 1 do Grupo Independente e 1 do Grupo de Senadores Bascos, sob a presidência de J. F. de Carvajal).

Essa comissão modificou vários artigos do projeto, no que diz respeito aos **direitos históricos dos territórios forais**, assunto capaz de afetar a soberania do Estado.

O projeto foi discutido no plenário do Senado, onde foi aprovado com algumas modificações.

Como complemento da fase final de **conciliação parlamentar**, devido a discrepâncias entre o texto do Congresso e as modificações do Senado, o projeto foi para a **Comissão Mista**, nos termos da **Ley para la Reforma Política**, com o objetivo de superar as diferenças e fixar um único texto. A comissão foi presidida pelo professor Hernández Gil, presidente das Cortes; participando da mesma F. Alvarez de Miranda, A. Fontán da (UCD) e presidentes do Congresso e do Senado; A. Guerra (PSOE), J. P. Pérez Llorca (UCD), M. Roca (PDC), todos Deputados, e pelos Senadores F. Abril Martorell (UCD), A. Jiménez Blanco (UCD), F. Ramas (PSOE) e José Vida Soria (PSOE).

A comissão procurou unificar os pontos discordantes, melhorou o estilo e a redação do texto, além de ter introduzido modificações, no que excedia a sua função regulamentar. O texto definitivo foi aprovado, em sessões separadas e no dia 31 de outubro, pelas duas Câmaras.

Em 20 de novembro de 1978 teve início a campanha para aprovação da Constituição, mediante **referendum nacional**. A Constituição, aprovada pelo **referendum** de 6 de dezembro, foi sancionada ante as Cortes, pelo Rei, no dia 27 de dezembro, publicada no **Boletín Oficial del Estado**, do dia 29 de dezembro de 1978.

JORGE DE ESTEBAN e LUIZ LÓPEZ GUERRA, em colaboração com JOAQUIM GARCIA MORILLO e PABLO PÉREZ TREMPs, ao apontarem as notas definidoras desse processo constituinte, destacam-no como:

- um processo de larga duração; chegam a dizer da extrema duração do período de elaboração do texto constitucional;
- resultado da política de consenso, acordo generalizado sobre o conteúdo da Constituição;
- existência de uma crença generalizada de que era necessário redigir uma Constituição aceita por todos ou pela maioria das forças políticas;

- uma Constituição claramente partidista, de preeminência ideológica determinada, marginaria imensa maioria do povo;
- razões de ordem prática justificavam a adoção do consenso para a redação do texto fundamental, para superar os pontos conflitivos do texto: forma de governo, questão econômica, modelo econômico, descentralização territorial, forma de eleger o presidente do governo.

No que diz respeito às particularidades temáticas, a publicística espanhola aponta alguns pontos que decorrem daquele processo constituinte:

A) Texto definitivo: caracteres essenciais. Valorização conjunta do texto

— **Constituição pouco original.** Existe uma escassa originalidade. Lembra Duchacek (I. D. DUCHACEK, *Derechos y Libertades en el Mundo Actual*. Instituto Estudios Políticos, Madrid, 1976) que a “**maioria dos países fundadores**” contemporâneos parece haver-se dedicado ao plágio constitucional”.

É correta a afirmação de que, salvo as primeiras Constituições que surgiram no mundo moderno, as demais têm se servido das anteriores.

— **Constituição excessivamente longa.** O texto é considerado minucioso, sendo que alguém entendeu que a qualidade de uma Constituição não aumenta pela circunstância de serem incluídos em seu bojo um maior número de assuntos. Lembram que a Constituição tem 169 artigos, a maior do constitucionalismo espanhol, excetuada a de 1812, que possuía 384 artigos. Convém lembrar que atualmente existem Constituições bem maiores.

— **Constituição imprecisa.** Possui insuficiências técnicas, além de se comprometer com certas ambigüidades. Consagra princípios que se contrapõem. Dá relevo a três ideologias concretas: a liberal, a democrática-cristã e a social democracia.

— **Constituição super-rígida.** O procedimento especial de reforma é considerado como configurador da **super-rigidez**. Entendem que as Constituições estão sujeitas a mudanças acarretadas pelas ideologias e pela própria tecnologia.

— **Constituição adequada.** Como não ocorreu com as outras Constituições espanholas, anteriores à de 1978, é um texto aparentemente adequado à sociedade para a qual foi feita.

— **Constituição potencialmente transformadora.** Permite a alternância no poder das forças que se contrapõem. Possibilita a transfor-

mação da sociedade espanhola, pelo emprego de ideologias radicalmente progressistas.

— **Constituição inacabada.** Apesar de ser considerado um texto extenso, não termina o processo constituinte em definitiva configuração do Estado.

B) Sua posição no constitucionalismo espanhol

É considerada como a 9ª Constituição, desde que o Estatuto Real de 1834 e as Leis Fundamentais do franquismo possam ser aceitos como verdadeiras Constituições. Existiram os textos de 1812, 1834, 1837, 1845, 1869, 1876, 1931 e 1938-67, além das Constituições que não chegaram a ser vigentes, como as de 1808 e 1856 e outras que permaneceram como projetos, as de 1852 e 1873, além de três reformas parciais e vários anteprojetos.

A influência das Constituições anteriores é apontada em diversas fases como:

a) estrutura de denominações. A estrutura organizativa da Constituição de 1978 segue, até certo ponto, o modelo clássico das anteriores Constituições espanholas: preâmbulo, disposições preliminares, direitos e liberdades, da Coroa, das Cortes gerais, do governo e da administração, das relações entre o governo e as Cortes, do Poder Judiciário. economia e fazenda, da organização territorial do Estado, do Tribunal Constitucional, da reforma, disposições adicionais, transitórias, uma derogatória e uma final.

Certas matérias não foram contempladas na maioria das Constituições anteriores, como as que se referem à organização territorial e ao Tribunal Constitucional, consagrado na de 1931. O capítulo referente à reforma constitucional não era determinado nas Constituições de 1837, 1845 e 1876. No que diz respeito às relações entre governo e Cortes foi uma inovação da atual Constituição. Convém lembrar o destaque dado, atualmente, às "autonomias regionais".

No que diz respeito ao conteúdo dos artigos, as Constituições anteriores da Espanha tiveram visível influência na atual, no que diz respeito ao fundo e à forma de redação. Pelo que a publicística destaca:

- influência das Constituições monárquicas;
- influência da Constituição de 1931;
- influência das leis fundamentais do franquismo.

C) Influências do Direito Constitucional Comparado.

— **Influência alemã.** A Lei Fundamental de Bonn, de 1949, teve grande repercussão entre os constituintes espanhóis, destacando-se:

- 1) a idéia do Estado social e democrático de direito;
- 2) a idéia da **eficácia** e da **estabilidade governamental**;

- 3) o fundamento parlamentar do governo, com o objetivo de determinar a estabilidade e a eficácia governamentais.

— **Influência portuguesa.** A Constituição portuguesa de 1976 teve grande papel entre os constituintes espanhóis, devido o seu caráter eminentemente progressista, além de ser a Constituição mais recente e moderna dos Estados europeus.

— **Influência italiana**

- 1) orientação progressista;
- 2) Estado regional;
- 3) âmbito judicial: conselho geral do Poder Judiciário e a instituição do Tribunal Constitucional.

— **Influência das monarquias nórdicas**

- 1) orientação da Coroa;
- 2) a figura do **defensor do povo** e sua relação com o **Ombudsman**, de origem nórdica.

— **Influência francesa**

- 1) adoção, em princípio, da concepção francesa do domínio reservado ao regulamento, com vista a um Executivo forte;
- 2) concepção arbitral do rei, no art. 56, decorre do modelo do art. 5º da Constituição francesa.
- 3) as leis orgânicas, concebidas como uma categoria normativa superior à lei ordinária, destinada a desenvolver aspectos essenciais da Constituição.

— **Influência dos textos internacionais**

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, os Pactos das Nações Unidas de 1966, a Convenção europeia dos direitos humanos e seus adicionais tiveram influência direta em alguns artigos da Constituição.

D) Valores e princípios essenciais do texto de 1978

- 1) O preâmbulo define os valores que impregnam a Constituição. O texto não pretendeu consagrar uma perspectiva limitada pelo direito constitucional, situa-se em horizonte mais amplo, próprio da filosofia do direito. Propugna pelos valores superiores da liberdade, da justiça, da igualdade e do pluralismo político.
- 2) Não pretendeu permanecer unicamente dentro da perspectiva limitada do direito constitucional. Os valores vão além do âmbito constitucional.

- 3) Valores de caráter **preconstitucional**.
- 4) Estado democrático.
- 5) Estado de direito.
- 6) Estado Social.
- 7) Monarquia parlamentar.
- 8) Estado autonomista (17).

E) A Constituição econômica espanhola

A análise dos programas econômicos, os anais da Constituinte, as propostas dos quatro grandes partidos espanhóis, são necessários para chegarmos a entender a Constituição de 1978, pelo que OSCAR DE JUAN ASENJO aponta as seguintes perspectivas:

- a União do Centro Democrático ante a Constituição econômica;
- os socialistas e a Constituição econômica;
- os comunistas e a Constituição econômica;
- o modelo de Constituição econômica e a Aliança Popular;
- a Constituição econômica proposta por outros grupos parlamentares e extraparlamentares (18).

Apesar de não possuir formalmente o título de **Cortes Constituyentes**, o Parlamento que surgiu das eleições gerais de 1977, através de todos os partidos ali representados, pressionou o governo para ativar o processo constitucional.

Com os trabalhos da primeira fase e a publicação do Anteprojeto de Constituição, no **Boletín Oficial de las Cortes**, de 5 de janeiro de 1978, conhecia-se a matriz dos elementos básicos da Constituição econômica.

(17) ESTEBAN, Jorge de. GUERRA, Luis López. Com a colaboração de Joaquín García Morillo e Pablo Pérez Tremps. **El Régimen Constitucional Español**. Labor Universitaria Manuales. Editorial Labor, Barcelona, 1984, 3.ª reimpressão, 2 vols.; VERDÚ, Pablo Lucas. Singularidad del Proceso Constituyente Español. *Revista de Estudios Políticos*, janeiro de 1978; VARELA, S. La Constitución española en el marco del Derecho Constitucional Comparado, em *Lecturas sobre la Constitución Española*, Tomo I. UNED, Madrid, 1978. MORODO, R. Proceso Constituyente y Nueva Constitución: anotaciones al Preámbulo Constitucional. **Boletín Informativo del Departamento de Derecho Político**, Otoño, 1978; Obra Coletiva. *El Control Parlamentario del Gobierno en las Democracias Pluralistas (el proceso Constitucional español)*, Terceras Jornadas Internacionales de Ciencia Política y Derecho Constitucional. Edición de Manuel Ramírez. Editorial Labor, S.A., Barcelona, 1978.

(18) ASENJO, Oscar de Juan. *La Constitución Económica Española*, ob. cit., pp. 17 e ss.; VALLE SÁNCHEZ, V. *Reflexiones sobre los aspectos económicos en el anteprojeto de Constitución*, 1978; PIERA, G. *Constitución y modelo económico em Dirección y Progreso*, maio/junho, 1978, n.º 39; PERONA, J. L. *Opciones económicas de la Constitución*, 1978.

A Constituição espanhola de 1978, designada como **Constituição do consenso**, abriu possibilidade para que fossem abertas as portas para os "programas econômicos" dos partidos. A esquerda socialista e os comunistas elogiaram a possibilidade de abertura e transformações sócio-econômicas postuladas pelo socialismo democrático.

Certos intérpretes têm negado que seja uma Constituição econômica autêntica, mas vêem um choque de modelos econômicos antagônicos. A ambivalência é anotada por vários comentadores. G. PIERA disse que o **anteproyecto de la Constitución** não consagrou nenhum modelo econômico social, nem exclui qualquer um deles. Examinando as **interpretações alternativas** sobre a Constituição econômica, destaca OSCAR DE JUAN ASENJO:

- constitucionalização de um sistema capitalista tradicional;
- constitucionalização de um sistema econômico de transição ao socialismo;
- constitucionalização de uma economia social de mercado.

OSCAR DE JUAN ASENJO afirma que a Constituição de 1978 não passará à história do direito constitucional econômico como um exemplo de ordem e precisão. Não acha que devemos ficar cotejando-a com um **modelo idealizado de Constituição econômica**, mas é conveniente examiná-la dentro da realidade política e econômica da Espanha, em 1978, pelo que conclui:

- 1) a política de **consenso-transição** era a única possível para se chegar a uma Constituição de todos e para todos;
- 2) o fruto dessa política foi positivo à medida que permitiu redigir, em espaço de tempo que considera relativamente breve, uma Constituição que suscitou a adesão dos grupos políticos mais representativos;
- 3) as irregularidades da forma e a ambigüidade no conteúdo econômico da Constituição não é obstáculo insuperável para proclamar a existência de uma verdadeira **ordenação econômica constitucional** (19).

No destaque dos temas essenciais da Constituição econômica destaca OSCAR DE JUAN ASENJO:

- 1) a atividade econômica e os princípios diretores da iniciativa pública;
- 2) o Estado social e Democrático de direito, marco político das relações: **setor público e setor privado**;

(19) ASENJO, Oscar de Juan. *La Constitución Económica Española*, ob. cit., p. 67.

- 3) o princípio da compatibilidade entre a **iniciativa econômica pública** e a **iniciativa econômica privada**;
- 4) liberdade e justiça: os direitos fundamentais da pessoa humana e o interesse geral;
- 5) a igualdade;
- 6) pluralismo e democracia econômica;
- 7) ordenação da atividade econômica;
- 8) satisfação das necessidades sociais;
- 9) o trabalhador e os sindicatos de trabalhadores;
- 10) o consumidor e a organização de consumidores:
 - a) os poderes públicos garantirão a defesa dos consumidores e usuários, protegendo, mediante procedimentos eficazes, a segurança, a saúde e os legítimos interesses econômicos dos mesmos.
 - b) os poderes públicos promoverão a informação e educação dos consumidores e usuários, fomentando suas organizações, ouvindo-as nas questões que possam afetá-las de conformidade com o que a lei estabelece;
- 11) direção do processo econômico geral;
- 12) intervenção pública na economia;
- 13) política macroeconômica, política econômica de alcance geral com estes objetivos:
 - desenvolvimento econômico
 - pleno emprego
 - estabilidade econômica
 - redistribuição de renda e de riqueza
 - reformas estruturais
 - eficácia jurídica dos direitos sociais.

GREGÓRIO PECES-BARBA, responsável pelo Grupo Parlamentar Socialista, com conhecimento prático do processo constituinte e a interpretação do ponto de vista dos socialistas e como professor de Filosofia do Direito, ressalta o interesse despertado pela *Constituição*

entre a doutrina científica, refletida pela publicação de uma infinidade de livros, artigos e comentários⁽²⁰⁾.

Para PECES-BARBA é importante, com os dados fornecidos pela **Teoria do Direito**, indagar o conceito de direito que se depreende da Constituição. Reconhece que a Constituição espanhola, como muitos querem, não consagra o conceito de direito liberal clássico. Partindo da história política e da filosofia do direito e do Estado, esclarece que é muito difícil sustentar que o moderno constitucionalismo, a partir de 1848, e principalmente a partir do século XX, seja um produto do pensamento liberal. Ressalta três grandes conquistas do constitucionalismo que ocorreram, apesar do pensamento liberal, com sua oposição formal e lutas do movimento operário e do socialismo democrático: direito de associação, o sufrágio universal e os direitos econômicos, sociais e culturais.

Destaca, também, ao lado da enumeração mencionada, a luta pelos direitos de solidariedade, os novos direitos fundamentais:

- ao meio ambiente (a não-contaminação, o ar limpo, a água limpa);
- direito dos consumidores.

Com novas considerações. PECES-BARBA indaga se a Constituição espanhola de 1978 leva a um conceito misto, com grande influência do socialismo democrático, ao destacar, de seu conteúdo, aspectos que não considera de um ordenamento jurídico liberal:

- a) a possibilidade de participação dos cidadãos com superação do caráter excludente e exclusivo da democracia parlamentar ou democracia representativa (artigos 6, 9-2, 20-3, 23, 27-7, 48, 51, 87-3, 92, 105, 125, 129 e 140);
- b) a iniciativa econômica pública, através de ação direta dos poderes públicos (art. 128-2 — iniciativa pública na atividade econômica);
- c) planificação da atividade econômica geral para atender às necessidades coletivas, equilibrando e harmonizando o desenvolvimento regional e setorial, com estímulos ao crescimento da renda e sua mais justa distribuição;
- d) subordinação de toda riqueza do país ao interesse geral, com limitação do direito de propriedade como direito não

(20) AGUIAR, Luís. *Bibliografía Sistemática sobre la Constitución Española de 1978*. Número Monográfico. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, n.º 2, 1980; GARCIA, Cotarelo e Linde. *Índice Analítico de la Constitución Española de 1978*. Editora Nacional, Madrid, 1979; *Constitución Española. Trabajos Parlamentarios*. Publicação em 4 vols. das Cortes Generales (Serviço de Estudios y Publicaciones), organizada por F. Sainz Moreno, com os textos dos debates do processo constituinte.

igualitário; através dessa limitação chega-se à sua desconstitucionalização e remissão à lei ordinária (art. 33-2);

e) a função promocional do direito, através de ação positiva do Estado. É dever dos poderes públicos promoverem as condições para que a liberdade e a igualdade do indivíduo e dos grupos em que estão sejam reais e efetivas. É necessária a remoção dos obstáculos que impedem ou dificultam a participação de todos os cidadãos na vida política, econômica, cultural e social.

f) devem ser realizadas funções positivas para assegurar os fins propostos para o exercício dos direitos econômicos, sociais e culturais, por parte dos cidadãos (BOBBIO. *La Funzione Promozionale del Diritto em Dalla Struttura alla Funzione*, Edizioni di Comunità, Milão, 1977⁽²¹⁾).

A bibliografia espanhola vem destacando aspectos fundamentais do seu constitucionalismo, fornecendo elementos essenciais para a compreensão da evolução dos regimes políticos contemporâneos, bem como as novas tendências do constitucionalismo social. JUAN FERRANDO BADIA ressaltava as novas tendências metodológicas ali consagradas com o intuito de se chegar a uma compreensão global da sistemática empregada pelos regimes políticos contemporâneos. Apesar de reconhecer que muitos problemas da vida política têm relação com a Constituição, nem todas as questões podem ser resolvidas apenas pela análise do texto constitucional. Entende que nenhuma Constituição configura plenamente a vida política, daí não haver uma coincidência completa entre a ordem constitucional e o regime político⁽²²⁾.

(21) PECES-BARBA, Gregorio. *La Constitución Española de 1978. Un Estudio de Derecho y Política*. Con la Colaboración de Luis Prieto Sanchis, Fernando Torres Editor, S.A., Valencia, 1984.

(22) BADIA, Juan Ferrando (Coordenador). Conde, E. Alvarez. Sgado, F. Fernandez. Cotarelo, J. Garcia. Hernandez, J. C. Gonzalez, Rivero, C. Nuñez. Lopez, M. Pastor, Ferriz, R. Sanchez. *Regímenes Políticos Actuales*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid 1985; BADIA, Juan Ferrando. *El Régimen de Franco. Un Enfoque Político-Jurídico*. Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1984; *idem*. *Democracia Frente a Autocracia. Había una Democracia Económica, Social y Política*. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1980; *idem*, *Estudios de Ciencia Política*. Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1982, 2.^a ed.; CONDE, Enrique Alvarez. *El Régimen Político Español*. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1983; AGESTA, Luis Sánchez. *El Sistema Político de la Constitución Española de 1978. Ensayo de un Sistema*. (Diez Lecciones sobre la Constitución de 1978). Editora Nacional, Madrid, 1980; CEDON, Bar. Montero Royo, Perez. Schneider. Tura, Solé. Musso, Spagna. Garcia, Alonso. Aparicio, Carcajo. Villalon, Cruz. De Carreras. Herreia, Garcia. Jover. Garrido, Lopez. Guerra, Lopez. Murillo, Lucas. Marcet. Molas. Viver. *El Gobierno. En la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía*, Difuntación de Barcelona, Biblioteca Prat de la Riba — 3, 1985.

4. A experiência de Portugal

Na evolução do constitucionalismo português, são destacadas várias Constituições, sendo que em seu elenco os autores não colocam as **Leis Fundamentais do Reino**, admitidas pela doutrina do absolutismo, consideradas como superiores à própria vontade do rei, que, de conformidade com MARCELLO CAETANO, poderiam ser tomadas como o início das Constituições escritas. Constavam das **Actas das Cortes de Lamego** (1641) e das normas produzidas pelas Cortes de 1674, com disposições concernentes à instituição da Coroa, regências e tutorias na menoridade dos reis. Essas disposições nada fixavam sobre os direitos e deveres recíprocos do rei e dos súditos. Contavam-se em determinar a forma monárquica de governo e a ordem de sucessão da Coroa. Não podiam ser modificadas, a não ser por um acordo entre o rei e os representantes dos estamentos reunidos em Cortes.

A Constituição de 1822 é considerada a primeira do Estado português. Como grande parte das Constituições liberais do século XIX, consagrou os princípios da Revolução francesa, com influência da Constituição espanhola de 1812. Posteriormente vieram as Constituições de 1826, 1833, 1911, 1933, 1976 e a revisão de 1982. Convém mencionar, também, o Ato adicional de 5 de julho de 1852, o Ato adicional de 24 de julho de 1885, o Ato adicional de 3 de abril de 1896 e a proposta de reforma constitucional de 14 de março de 1900. Como as Constituições francesas de 1791 e 1793, o texto de 1822 consagrou em seu primeiro título os direitos e deveres dos portugueses, garantindo os direitos de liberdade, segurança, propriedade e igualdade perante a lei.

Em 19 de junho de 1911, reuniu-se, pela primeira vez, uma **Assembleia Nacional Constituinte**, que elaborou a Constituição de 1911, consagrando a república como forma de governo, com o seguinte preâmbulo: A Assembleia Nacional Constituinte, havendo sancionado por unanimidade, em sua sessão de 19 de outubro de 1911, a revolução de 5 de outubro de 1910, e afirmando sua confiança inquebrantável nos superiores destinos da pátria, dentro de um regime liberal e de justiça, estatui, decreta e promulga, em nome da nação, a seguinte Constituição política da república portuguesa⁽²³⁾.

(23) SOUZA, Marnoco e. *Direito Político. Poderes do Estado, Sua Organização Segundo a Ciência Política e o Direito Constitucional Português*. França Amado — Editor, Coimbra, 1910, pp. 387 e ss.; CAETANO, Marcello. *História Breve das Constituições Portuguesas*. Editorial Verbo, Lisboa, 1968, 2.ª ed.; idem, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional. Direito Constitucional Português*. Tomo II, Revista e Ampliada por Miguel Galvão Teles, Coimbra Editora, Ltda., Lisboa, 1972, 6.ª ed.; HERNÁNDEZ, Juan Carlos González. El Régimen Político Português, em *Régimens Políticos Actuales*, ob. cit., pp. 432 e ss.

No dia 28 de maio de 1926, o exército, sob o comando do General Gomes da Costa, inaugura em Portugal uma ditadura militar que vai até abril de 1933. O chefe do Estado foi destituído, dissolvido o Congresso da República, sendo que os poderes que eram exercidos pelo Parlamento e Ministérios foram concentrados nas mãos de um governo que legislava por decretos com força de lei. Em 1928 foram realizadas eleições diretas para presidente da República, subindo ao poder o General Antonio Oscar de Fragoso Carmona. Na fase de ditadura abandonou-se o sistema de governo presidencialista, para seguir um presidencialismo bicéfalo. A Constituição de 1911 cessou de ter vigência, mas a revogação completa ocorreu com a Constituição de 1933.

A Constituição de 1933 surgiu de um projeto de Antonio de Oliveira Salazar, apresentado ao Conselho de Política Nacional, em 11 de maio de 1932 e publicado no dia 28 do mesmo mês. Foi aprovado definitivamente, em 1933, através de plebiscito nacional, no qual o voto era obrigatório e a abstenção era considerada como voto favorável. Ao tratar da elaboração e das fontes da Constituição de 1933, relata MARCELLO CAETANO:

“Entretanto,urgia dar forma ao novo regime, que devia sair da ditadura. O Decreto, com força de lei, nº 20.643, de 22 de dezembro de 1931, criou um **Conselho Político Nacional**, presidido pelo Presidente da República e composto do Presidente do Ministério, do Ministro do Interior, do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, do Procurador-Geral da República e de onze homens públicos nomeados pelo Chefe do Estado, e entre cujas atribuições figurava a de dar parecer sobre os projetos de Constituição política.

O Conselho reuniu-se pela primeira vez em 5 de maio de 1932, iniciando a discussão de um projeto apresentado pelo Ministro das Finanças, Dr. Oliveira Salazar, sobre o qual emitiu parecer na sessão de 11 de maio.

Em 28 de maio de 1932 o governo fez publicar em toda a imprensa diária o projeto da Constituição política da República portuguesa, precedido de relatório explicativo, de escasso valor interpretativo. Neste relatório, se diz que “foi elaborado o novo Estatuto constitucional com largo espírito de assimilação, que não conheceu barreiras nem de escola filosófica, nem de partido, nem de conferências revolucionárias. É, como se verá, um documento aberto, em que entrou tudo o que a experiência definiu como superiormente

útil e aproveitável para a vida da Nação, os frutos de quantas tendências políticas ou econômicas têm influído beneficamente na orgânica do Estado. Conservou-se, inclusivamente, quase na íntegra, tudo o que se pôde aproveitar da Constituição de 1911, sem perder a oportunidade de resolver as dúvidas a que certas disposições tinham dado lugar". Assim, autores e comentadores do projeto afirmavam ostensivamente o **ecletismo** e o **empirismo** dele.

As fontes do projeto são: a) a experiência da Ditadura Militar traduzida parcialmente em leis, como a da dupla Presidência da República e do Conselho e da tendência presidencialista e da faculdade legislativa do governo; b) a Carta Constitucional da Monarquia e a Constituição de 1911, com as lições extraídas da sua prática; c) o direito constitucional germânico especialmente da Constituição da República Federal Alemã, votada em Weimar em 1919; d) os programas anteriormente apresentados pelos governos da Ditadura, com o compromisso da formação de um regime corporativo" (24).

Essa Constituição passou por diversas alterações, como a ratificação parlamentar (1935-1938), embora tivesse previamente sido aprovada em plebiscito; revisão constitucional de 1945, revisão constitucional de 1951, revisão constitucional de 1959, revisão constitucional de 1971.

Estabelecia um Estado unitário, com um sistema de órgãos governativos para todo o Estado português, dividindo-se em duas partes: as garantias fundamentais dos cidadãos e a organização política. A forma política daquele regime era considerada como de República Corporativa. A Câmara Corporativa era uma espécie de órgão consultivo da Assembléia Nacional, sendo que posteriormente passou a sê-lo, também, do governo.

O sistema é do tipo conservador-autoritário, de modelo ditatorial. Sob a forma de governo nominalmente democrática, instaurou-se um regime autoritário.

Com o desaparecimento de Salazar, sem mudanças substanciais na estrutura daquele regime, aparece Marcello Caetano.

O regime autoritário desencadearia o movimento das forças armadas, com o objetivo de construção de um Estado democrático.

(24) CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, Tomo II. Direito Constitucional. Português, ob. cit., pp. 492-494; MACHETE, Rui Chancelle de. *MIRANDA Jorge. Constituição Política e Diplomas Complementares*. Livraria Almedina, 1969; MIRANDA, Jorge. *Anteriores Constituições Portuguesas*. Lisboa, 1975.

O processo revolucionário surge da sublevação militar radical de 25 de abril de 1974, designado como Movimento das Forças Armadas ⁽²⁵⁾.

A primeira Lei Constitucional da Junta, Lei nº 1/74, de 25 de abril, cumprindo o Programa do Movimento das Forças Armadas (Programa do MFA), destituiu o Presidente da República e os membros do Governo, dissolveu a Assembléia Nacional e o Conselho de Estado, ocasião em que os poderes atribuídos aos órgãos mencionados passavam a ser exercidos pela Junta de Salvação Nacional: "No caso da revolução de 25 de abril de 1974, se a nova idéia do direito se revelou claramente nas proclamações e nos primeiros atos concretos do MFA vitorioso (a libertação dos presos políticos, o regresso dos exilados, o desaparecimento da censura, o feriado de 1º de maio, etc.), ela veio a ter formal consagração num documento sem precedentes no direito público português: no Programa divulgado na madrugada seguinte, explicitamente referido na lei pela qual foram declarados destituídos os titulares dos órgãos políticos do regime deposto (a Lei nº 1/74, de 25 de abril) e depois publicado no Diário do governo em anexo à lei que definiu a estrutura provisória do poder (a Lei nº 3/74, de 14 de maio).

"O Programa do Movimento das Forças Armadas não foi, portanto, um mero texto político; foi também, desde o início, um texto carregado de sentido jurídico, pois, com o êxito da ação revolucionária, transformou-se de ato interno do Movimento em ato constitucional do Estado. Ele compreende "medidas imediatas", relativas à substituição dos órgãos do poder e à restauração das liberdades cívicas, e "medidas a curto prazo", correspondentes às grandes linhas da política do País até à feitura da nova Constituição. E a sua função não era outra senão uma função constituinte, de criação ou de recriação do ordenamento ou da decisão política fundamental. Por isso naturalmente dispunha que o Governo provisório governaria por decretos-leis que obedeceriam obrigatoriamente ao seu espírito" ⁽²⁶⁾.

A Lei nº 2/74, de 14 de maio, da Junta, declarou a extinção da Assembléia Nacional e da Câmara Corporativa.

A Lei Constitucional de nº 3/74, também de 14 de maio, definiu a organização constitucional provisória, onde dizia no art. 1º:

"1. A Constituição Política de 1933 mantém-se transitoriamente em vigor naquilo que não contrariar os princípios expressos no Programa do Movimento das Forças Armadas, cujo texto autêntico se acha transcrito em anexo a esta lei e dela faz parte integrante.

(25) MIRANDA, Jorge. *A Constituição de 1976. Formação. Estrutura. Princípios Fundamentais*. Livraria Petrony, Lisboa, 1978; idem. *A Revolução de 25 de Abril e o Direito Constitucional*. Lisboa, 1975.

(26) MIRANDA, Jorge. *A Constituição de 1976*, ob. cit., pp. 42 e 43.

2. Entender-se-á de igual modo revogada a Constituição Política de 1933 em tudo aquilo que for contrariado por disposição da Lei Constitucional nº 1/74, de 25 de abril, Lei Constitucional nº 2/74, de 14 de maio, da presente lei ou de futura lei constitucional promulgada no exercício dos poderes assumidos em consequência daquele Movimento e ao abrigo do preceituado neste diploma.

3. As disposições da Constituição de 1933 serão interpretadas na parte em que subsistirem, e as lacunas da mesma serão integradas, de acordo com os referidos princípios expressos no Programa do Movimento das Forças Armadas."

De conformidade com essa Lei, a Assembléa Constituinte tinha suas funções restritas à elaboração e aprovação da Constituição, não lhe outorgando poderes legislativos ordinários, poderes constitucionais transitórios, sendo eleita por sufrágio universal, direto e secreto, nos termos da lei eleitoral.

JORGE MIRANDA destaca três circunstâncias que assinalaram o processo que levou à Constituição:

- a) o conflito de projetos da revolução, que se centrava em saber quem tinha mais legitimidade, se a Assembléa Constituinte ou o Conselho da revolução;
- b) a existência da "Plataforma de Acordo Constitucional", celebrada fora da Assembléa Constituinte, para fixar alguns pontos significativos da futura Constituição;
- c) o pluralismo partidário, em que cada um dos seis partidos assentados na Assembléa Constituinte tinha seu projeto de Constituição (27).

O Estatuto da Assembléa Constituinte definiu algumas de suas características essenciais:

"1. A Assembléa Constituinte caberá elaborar e aprovar a nova Constituição Política.

2. A Assembléa Constituinte deverá aprovar a Constituição no prazo de noventa dias, contados a partir da data da verificação dos poderes dos seus membros, podendo esse prazo ser prorrogado por igual período pelo Presidente da República, ouvido o Conselho de Estado.

3. A Assembléa Constituinte dissolve-se automaticamente uma vez aprovada a Constituição ou decorrido que

(27) MIRANDA, Jorge. *A Constituição de 1946*, ob. cit., p. 14.

seja o prazo referido no número anterior, devendo, neste segundo caso, ser eleita a nova Assembléia Constituinte no prazo de sessenta dias” (28).

No trabalho, em dois volumes sobre os diversos aspectos que conduziram à Constituição, JORGE MIRANDA começa por analisar o fundamento do Poder Constituinte, com destaque dos documentos internacionais, Proclamações e Programas do Movimento das Forças Armadas, Estatuto da Assembléia Constituinte, eleição da Assembléia Constituinte (com o Relatório da Comissão de elaboração do projeto de Lei Eleitoral para a Assembléia Constituinte), lista dos demais diplomas legais sobre a eleição da Assembléia Constituinte, organização e funcionamento da Assembléia Constituinte (resolução relativa à Comissão nacional instaladora da Assembléia Constituinte), formação da vontade constituinte (plataforma de Acordo Constitucional) onde está consignado:

“Tendo em conta que as próximas eleições se destinam unicamente à designação de uma Assembléia Constituinte, cuja missão exclusiva será elaborar e aprovar a Constituição, as eventuais alterações à composição do Governo Provisório, até à eleição da Assembléia Legislativa e a conseqüente formação do Governo, competirão somente à iniciativa do Presidente da República, ouvidos o Primeiro Ministro e o Conselho da Revolução” (29).

Destaca JORGE MIRANDA os **Projetos de Constituição e Propostas de Sistematização** dos partidos, procedimento que nos proporciona a compreensão da temática predominante na constitucionalização do Estado português:

A) Projeto de Constituição do Partido do Centro Democrático Social (CDS):

Preâmbulo

Parte I — Dos princípios fundamentais:

Título I — Da estrutura do Estado

Título II — Dos direitos, liberdades e garantias

Título III — Dos partidos políticos e outros grupos sociais

Título IV — Das forças armadas e da polícia

Parte II — Da vida econômica, social e cultural:

Título I — Da vida econômica

(28) MIRANDA, Jorge. **Fontes e Trabalhos Preparatórios da Constituição**. Coleção Estudos Portugueses, 1978, 1.º vol., p. 34.

(29) MIRANDA Jorge. **Fontes e Trabalhos Preparatórios da Constituição**, I vol. ob. cit., p. 197.

Título II — Da vida social
Título III — Da vida cultural
Parte III — Dos Órgãos de Soberania:
Título I — Do Presidente da República
Título II — Da Assembléia do MFA e do Conselho da
Revolução
Título III — Da Assembléia Legislativa
Título IV — Do Governo
Título V — Dos tribunais
Parte IV — Da defesa e revisão da Constituição:
Título I — Da defesa da Constituição
Título II — Da revisão constitucional
Disposições transitórias

**B) Projeto de Constituição do Movimento Democrático
Português (MDP — CDE)**

Preâmbulo

Capítulo I — Princípios fundamentais do Estado

Capítulo II — Bases económicas e sociais

Capítulo III — Direitos, liberdades e garantias dos cidadãos

Capítulo IV — Órgãos de soberania

Capítulo V — Administração local e poder popular

Capítulo VI — Legalidade e justiça democráticas

Normas transitórias e disposições finais

**C) Projeto de Constituição do Partido Comunista Português
(PCP)**

Preâmbulo

Título I — Princípios fundamentais

artigo 1º (Estado democrático revolucionário)

artigo 2º (forma do Estado, território, cidadania, símbolos)

artigo 3º (regime político, económico e social)

artigo 4º (base social)

artigo 5º (base política)

- artigo 6º (base econômica)
- artigo 7º (funções políticas do Estado)
- artigo 8º (funções econômicas e sociais)
- artigo 9º (relações internacionais)
- artigo 10º (relação com os novos Estados independentes)
- artigo 11º (política de independência nacional)

Título II — Organização econômica

- artigo 12º (propriedade dos meios de produção)
- artigo 13º (iniciativa econômica)
- artigo 14º (planificação da economia)
- artigo 15º (controle público da economia privada)
- artigo 16º (reforma agrária)
- artigo 17º (atividade econômica por parte dos estrangeiros)
- artigo 18º (comércio externo)
- artigo 19º (comércio interno)
- artigo 20º (cooperativas)
- artigo 21º (gestão das empresas)
- artigo 22º (indenizações)
- artigo 23º (atividades antieconômicas)

Título III — Direitos, liberdades, garantias e deveres fundamentais

Capítulo I — Princípios gerais

- artigo 24º (enumeração)
- artigo 25º (igualdade)
- artigo 26º (igualdade de direitos da mulher)
- artigo 27º (direitos dos portugueses no estrangeiro)
- artigo 28º (âmbito dos direitos e liberdades fundamentais)
- artigo 29º (limites dos direitos e liberdades fundamentais)

Capítulo II — Direitos e liberdades pessoais

- artigo 30º (direito à vida)
- artigo 31º (integridade moral e física)
- artigo 32º (liberdade pessoal)

artigo 33º (vida privada)

artigo 34º (família)

Capítulo III — Direitos, liberdades e deveres econômico-sociais

artigo 35º (direito ao trabalho)

artigo 36º (sindicatos)

artigo 37º (comissões de trabalhadores)

artigo 38º (direito à greve)

artigo 39º (direito à saúde)

artigo 40º (direito à habitação)

artigo 41º (segurança social)

artigo 42º (direito ao repouso)

artigo 43º (educação e cultura)

artigo 44º (direitos dos jovens)

artigo 45º (propriedade e herança)

artigo 46º (escolha de profissão)

Capítulo IV — Direitos, liberdades e deveres cívicos e políticos

artigo 47º (direito de associação)

artigo 48º (direitos políticos)

artigo 49º (liberdade de expressão e direito à informação)

artigo 50º (criação artística e investigação científica)

artigo 51º (direito de reunião)

artigo 52º (liberdade religiosa)

artigo 53º (liberdade de deslocação)

artigo 54º (defesa da pátria e serviço militar)

artigo 55º (dever de pagar impostos)

artigo 56º (serviços cívicos)

artigo 57º (deveres cívicos)

artigo 58º (direito do asilo)

Capítulo V — Tutela dos direitos e liberdades fundamentais

artigo 59º (reclamação, resistência, recurso)

artigo 60º (indenizações)

Título IV — Estrutura e organização do Estado

Capítulo I — Órgãos de soberania

artigo 61º (organização do poder político)

artigo 62º (órgão de soberania)

Capítulo II — Presidente da República

artigo 63º (chefe do Estado)

artigo 64º (eleição)

artigo 65º (requisitos de elegibilidade)

artigo 66º (duração do mandato e vagatura do cargo)

artigo 67º (posse e juramento do Presidente eleito)

artigo 68º (ausência do país)

artigo 69º (responsabilidade)

artigo 70º (funções do Presidente da República)

artigo 71º (referenda)

Capítulo III — Conselho da Revolução

artigo 72º (composição)

artigo 73º (funções)

artigo 74º (funcionamento)

Capítulo IV — Assembléa do Movimento das Forças Armadas

artigo 75º (composição)

artigo 76º (funções)

artigo 77º (funcionamento)

Capítulo V — Câmara dos Deputados

artigo 78º (definição)

artigo 79º (composição, eleição e duração)

artigo 80º (direitos e regalias dos Deputados)

artigo 81º (perda do mandato)

artigo 82º (preenchimento de vagas)

artigo 83º (sessões e reuniões)

artigo 84º (votações e deliberações)

artigo 85º (competência interna)

artigo 86º (competência externa)

Capítulo VI — Governo

artigo 87º (definição)

artigo 88º (composição e formação)

artigo 89º (funções)

artigo 90º (Conselho de Ministros)

artigo 91º (responsabilidade política do Primeiro Ministro e do Governo)

Capítulo VII — Tribunais

artigo 92º (justiça)

artigo 93º (tribunais)

artigo 94º (tribunal revolucionário)

artigo 95º (participação popular na justiça)

artigo 96º (ministério público)

Capítulo VIII — Administração local e regional

artigo 97º (estrutura e organização)

artigo 98º (estruturas populares unitárias de base)

Capítulo IX — Formação das leis

artigo 99º (competência legislativa)

artigo 100º (competência do Conselho da Revolução)

artigo 101º (competência da Câmara dos Deputados)

artigo 102º (competência do governo)

artigo 103º (iniciativa legislativa)

artigo 104º (discussão pública)

artigo 105º (promulgação, referenda e publicação)

artigo 106º (inconstitucionalidade das leis)

artigo 107º (recepção do direito internacional)

Capítulo X — Eleições e sistema eleitoral

artigo 108º (liberdade eleitoral)

artigo 109º (responsabilidade dos representantes eleitorais)

artigo 110º (sistema eleitoral)

artigo 111º (capacidade eleitoral)

artigo 112º (candidaturas)

artigo 113º (representação proporcional)

Capítulo XI — Aparelho administrativo do Estado

artigo 114º (reestruturação)

artigo 115º (responsabilidade dos funcionários e do Estado)

artigo 116º (ação popular) (as organizações populares e os cidadãos têm o direito de acusar os funcionários ou agentes do Estado e demais pessoas coletivas de direito público por crimes de corrupção ou peculato)

Capítulo XII — Forças armadas

artigo 117º (funções)

artigo 118º (organização)

Título V — Disposições finais e transitórias

artigo 119º (entrada em vigor da Constituição)

artigo 120º (revisão da Constituição)

Aditamento

projeto relativo a regiões autônomas

artigo 1º (autonomia regional)

D) Projeto de Constituição do Partido Socialista (PS)

Preâmbulo

Título I — Disposições gerais

Título II — Direitos, liberdades e garantias fundamentais do cidadão

Título III — Direitos e deveres econômico-sociais

Capítulo I — Direito e organização de trabalho

Capítulo II — Socialização e propriedade

Capítulo III — Cultura e ensino

Capítulo IV — Segurança social e saúde

Capítulo V — Habitação e meio ambiente

Título IV — Da organização econômica

Capítulo I — Princípios gerais

Capítulo II — Propriedade

Capítulo III — Do plano

Capítulo IV — Reforma agrária
Capítulo V — Circuitos de distribuição e comércio externo
Título V — **Órgãos de Soberania**
Capítulo I — Do Presidente da República
Capítulo II — Do Conselho da Revolução
Capítulo III — Do governo
Capítulo IV — Da Assembléia do MFA
Capítulo V — Da Assembléia Legislativa Popular
Capítulo VI — Dos tribunais
Título VI — **Madeira e Açores**
Título VII — **Comunidades locais**
Capítulo I — Definição e atribuições
Capítulo II — Órgãos das comunidades locais
Capítulo III — Associações de moradores
Título VIII — **Disposições finais e transitórias**

E) Projeto de Constituição do Partido Popular Democrático (PPD)

Preâmbulo

Princípios fundamentais

Parte I — **Dos direitos e deveres fundamentais da pessoa**

Título I — Princípios gerais

Título II — Dos direitos e deveres pessoais

Título III — Dos direitos e deveres sociais

Título IV — Dos direitos e deveres políticos

Parte II — **Dos princípios fundamentais da organização econômica**

Título I — Da propriedade dos meios de produção

Título II — Da estrutura da empresa

Título III — Do plano

Título IV — Da organização territorial da economia

Título V — Do sistema tributário

Parte III — Da organização da República

Título I — Do Presidente da República

Título II — Do Conselho da Revolução

Título III — Da Assembléia do Movimento das Forças Armadas

Título IV — Da Câmara dos Deputados

Título V — Do Governo

Título VI — Dos tribunais

Título VII — Da administração pública

Título VIII — Das forças armadas

Disposições finais e transitórias

F) Projeto de Constituição da União Democrática Popular (UDP)

Introdução

1 — Preâmbulo

2 — Princípios gerais

3 — Direitos e deveres dos cidadãos

4 — Política interna

5 — Política externa

O parecer da **Comissão de Sistematização da Constituição**, com o objetivo de proceder à apreciação dos **Projetos de Constituição** e das **Propostas de Sistematização**, sugeriu o seguinte esquema geral:

“I) O articulado será antecedido de um preâmbulo e abrirá com um grupo de disposições integradas numa rubrica de “Princípios fundamentais”;

II) Haverá três grandes partes, subdivididas, quando for o caso disso, em títulos correspondentes ao desenvolvimento das matérias nelas globalmente contidas.

III) À parte terceira seguir-se-ão as “Disposições finais e transitórias”⁽³⁰⁾.

A mesma Comissão foi de parecer que o texto constitucional deveria ter o seguinte desenvolvimento sistemático:

“A) “Preâmbulo, que deverá versar matéria respeitante aos antecedentes e enquadramentos históricos da Constitui-

(30) MIRANDA, Jorge. *Fontes e Trabalhos Preparatórios da Constituição*. II volume, ob. cit., p. 515.

ção, bem como à sua justificação, e aos seus grandes objetivos.

B) Rubrica de “Princípios fundamentais” que, no seu conjunto, irão definir e caracterizar o Estado Português, referenciando ainda a sua posição na comunidade internacional.

C) Parte primeira, subordinada ao tema “Direitos e deveres fundamentais”, subdividida em:

Título I — Princípios gerais;

Título II — Direitos, liberdades e garantias;

Título III — Direitos e deveres económicos, sociais e culturais.

D) Parte segunda, referida ao tema “Organização económica” e que versará, entre outros, a matéria concernente à propriedade, meios de produção e iniciativa económica, à planificação e outras formas de intervenção do Estado na economia, à estrutura da empresa e ao sistema tributário.

E) Parte terceira, referida ao tema “Organização do poder político”, subdividida em:

Título I — Princípios gerais

Título II — Presidente da República

Título III — Conselho da Revolução

Título IV — Assembléa do MFA

Título V — Assembléa Legislativa Popular ou Câmara dos Deputados

Título VI — Governo

Título VII — Tribunais

Título VIII — Poder local

Título LX — Administração pública

Título X — Forças armadas

F) Rubrica de “Disposições finais e transitórias”, onde se articulará a matéria referente à entrada em vigor, vigência e revisão da Constituição”⁽³¹⁾.

Salienta JORGE MIRANDA que a Assembléa Constituinte é um “órgão de soberania por excelência”, pois é de sua competência fazer a Constituição. Não a considera como órgão soberano único, “ao qual o povo venha a delegar todo o exercício de sua soberania”. Não a

(31) MIRANDA, Jorge. *Fontes e Trabalhos Preparatórios da Constituição*, vol. II, ob. cit., pp. 515 e 516; idem. *A Próxima Assembléa Constituinte*. Edições Brotéria, Lisboa, 1974.

define como uma espécie de Convenção, no sentido francês, nem se assemelha com as Cortes Gerais Extraordinárias e Constituintes do século XIX, tendo os poderes limitados sob dois prismas, material e temporalmente:

- a) A atividade da Assembléa estava confinada, em seu aspecto material, à elaboração da Constituição, sem receber qualquer outro tipo de poder; não tinha competência legislativa, nem poder constituinte no período de transição. Poder constituinte esgota-se com a Constituição definitiva e não com a Constituição revolucionária;
- b) A limitação de ordem temporal tem como objetivo evitar a concentração ou abuso de poder pela Assembléa Constituinte, visa a eficácia e celeridade do trabalho. Deveria aprovar a Constituição no prazo de noventa dias⁽³²⁾.
- c) Como se destinava apenas a elaborar e aprovar a Constituição, importava em cumprir suas atividades em certo prazo.

Dedicando-se à análise da estrutura e conteúdo da Constituição portuguesa, JORGE MIRANDA afirma que ela não é apenas um somatório de normas, mas um complexo de princípios. Existe uma multiplicidade e variabilidade de normas e preceitos. A Assembléa Constituinte deu precedência aos direitos fundamentais (parte I), relativamente à organização econômica (parte II) e dá precedência aos direitos, liberdades e garantias (título II da parte I) relativamente aos direitos econômicos, sociais e culturais (título III)⁽³³⁾.

Ressalta JORGE MIRANDA, em sua análise da formação, estrutura e princípios fundamentais da Constituição, que a distribuição de matérias constantes do texto constitucional votado, essencialmente, corresponde ao aprovado pelo parecer da Comissão. Por ocasião da elaboração do texto, a sistematização originária enriqueceu-se com novos elementos, como os diversos títulos da organização econômica e das regiões autônomas, em virtude das alterações ocorridas de conformidade com a celebração da 2ª Plataforma de Acordo Constitucional e pela Comissão de Redação.

(32) MIRANDA, Jorge. *Constituição e Democracia*. Livraria Petronio, Lisboa, 1976, p. 58.

(33) MIRANDA, Jorge. *A Constituição de 1976*, ob. cit., p. 161; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, V. *Constituição da República Portuguesa anotada*, Coimbra, 1978; SOUSA, Rebelo de L. *Direito Constitucional, I. Introdução à Teoria da Constituição*. Braga, 1979; MIRANDA, Jorge. *Um Projeto de Constituição*. Braga, 1975; DUVERGER, Maurice. Apresentação Francesa do texto da Constituição Portuguesa de 1976, *Notes et Etudes Documentaires*, n.ºs 4387-4388, La documentation française, Paris, 2 de junho de 1977; HERNÁNDEZ, Juan Carlos Gonzalez. *El Régimen Político Portugués*, em *Regímenes Políticos Actuales*, ob. cit., pp. 432 e ss.

A Constituição portuguesa é bem extensa, mas é clara, consagra de maneira detalhada os direitos e deveres fundamentais:

Princípios gerais (Tit. I, arts. 12 a 23)

Direitos e Deveres Fundamentais	}	Direitos, liberdades e garantias (Tit. II; arts. 24 a 58)	} Direitos, liberdades e garantias pessoais (Cap. I) Direitos, liberdades e garantias de participação política (Cap. II)
		Direitos e deveres econômicos, sociais e culturais (Tit. III, arts. 59 a 79)	} Direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores (Cap. III) Direitos e deveres econômicos (Cap. I) Direitos e deveres sociais (Cap. II) Direitos e deveres culturais (Cap. III).

Examinando os princípios político-jurídicos constitucionalmente conformadores, GOMES CANOTILHO ressalta a “decisão” socialista da Constituição portuguesa: “O problema da extensão da idéia de democracia foi “decidido” na Constituição portuguesa de 1976 através da opção socialista. Para esta opção (que, de certo, não se identifica com qualquer posição ou doutrina em particular) contribuíram vários fatores, todos eles expressos ou implícitos nas considerações anteriores sobre a gênese da democracia social e econômica: a) a democracia social e econômica como indissociável do problema da reconversão da estrutura dos meios de produção num sentido socialista; b) a democracia social como uma “questão de trabalho” intimamente ligada às classes trabalhadoras (cf. arts. 51 e 55); c) a democracia social econômica com base no princípio socialista, como forma de reação e contraposição a relações de produção capitalistas (cf. arts. 91º e 96º), que, entre nós, se alicerçaram freqüentemente em sistemas políticos autoritários e fascistas (cf. Preâmbulo); d) a democracia social e econômica assente na apropriação coletiva dos principais meios de produção como forma de garantia da efetivação de direitos sociais, econômicos e culturais (art. 50º); e) a democracia social e econômica, alicerçada no princípio socialista, como forma de garantia da abolição da exploração e opressão do homem pelo homem (cf. sobretudo art. 99/c) (34).

(34) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, vol. II, Livraria Almedina, Coimbra, 1981, p. 174.

A Constituição portuguesa é das mais ricas em sugestões para o exame de múltiplos aspectos do conteúdo e da temática dos textos constitucionais. Vamos destacar alguns deles, para que não ocorra o alongamento desse trabalho.

JORGE MIRANDA, em detida análise da estrutura constitucional do Estado, conclui que Portugal é hoje um Estado unitário regional, apesar de não ocorrer uma constatação expressa no texto constitucional. Os elementos configuradores do Estado regional foram reforçados pela revisão de 1982: "As regiões autônomas, como entidades político-administrativas que são, gozam de largos poderes, ainda que condicionados pela integridade da soberania do Estado (arts. 3º, nº 1, 227º, nº 3 e 232º) (35).

A Constituição portuguesa de 1976 fornece aspectos essenciais para a averiguação de temas como:

- inércia legiferante;
- omissões inconstitucionais;
- problemática da força normativa da Constituição;
- não cumprimento da Constituição.

Convém ressaltar, também, a caracterização de imposições, fins e tarefas das normas e princípios constitucionais. As omissões juridicamente relevantes merecem destaque: "Pode haver inconstitucionalidade por omissão de atos políticos ou de governo. Entre outras hipóteses, pense-se na não marcação do dia das eleições do Presidente da República e dos Deputados (art. 136º, alínea **b**, da Constituição), na não designação de titulares de cargos constitucionais (arts. 136º, alíneas **f**, **h**, **l**, **m**, **n** e **p**, e 166º, alíneas **g** e **h**, na não promulgação de leis da Assembléia da República quando devida (arts. 137º, alínea **b**, e 139º, nºs 2 e 3), na falta de referenda ministerial igualmente quando devida (art. 143º), etc. Tão variadas se configuram estas hipóteses que se compreende terem de ser diversos os efeitos jurídicos que lhes hão de corresponder — desde a responsabilidade política à responsabilidade criminal dos titulares dos cargos (porque algumas situam-se no limite da ruptura institucional ou do golpe de Estado) e raramente — o que torna o problema mais agudo — se prevê suprimimento por órgãos diferentes" (36).

Com o crescimento de princípios e normas econômicas, que regem juridicamente a organização e o funcionamento da ordem econômica,

(35) MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo III. Estrutura Constitucional do Estado, Coimbra Editora, Ltda., 1983, pp. 228 e 229.

(36) MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. Introdução à Teoria da Constituição. Coimbra Editora, Ltda., 1983, 2.ª ed., pp. 394 e 395; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição, Dirigentes e Vinculação do Legislador*, ob. cit., pp. 352 e 353.

ganha curso a caracterização de Constituição Econômica, que merece, atualmente, múltiplos trabalhos, nos quais são destacados temas como:

- 1 — Constituição Política, Constituição Social e Constituição Econômica;
- 2 — Conteúdo da Constituição Econômica;
- 3 — Regime econômico;
- 4 — Sociedade sem classes: socialização dos meios de produção e da riqueza (art. 9º d); a apropriação coletiva dos principais meios de produção e da riqueza (arts. 80º e 290º); transformação das estruturas econômico-sociais (art. 9º, d); abolição da “exploração e opressão do homem pelo homem” (art. 9º, c) ;
- 5 — Classes trabalhadoras: “a República Portuguesa é um Estado democrático... que tem por objetivo assegurar a transição para o socialismo mediante a criação de condições para o exercício democrático do poder das classes trabalhadoras”.

GUILHERME d'OLIVEIRA MARTINS enumera os seguintes princípios na Constituição de 1976:

- a) subordinação do poder econômico ao poder político democrático;
- b) coexistência dos diversos setores de propriedade, público, privado e cooperativo;
- c) apropriação coletiva dos principais meios de produção e solos, bem como os recursos naturais;
- d) planificação democrática da economia;
- e) desenvolvimento da propriedade social;
- f) intervenção democrática dos trabalhadores” (37).

JORGE MIRANDA, na apresentação do quadro constitucional em que foi elaborada a Constituição de 1976, destaca que como outras Constituições do século XX, como a de Weimar e a recente Constituição espanhola, o texto português sofreu diversas influências, com orientações ora em equilíbrio, ora em tensão, e salienta: “A complexidade constitucional revela-se na parte I (sobre direitos fundamentais) na correlação de direitos, liberdades e garantias e direitos econômicos, sociais e culturais; na parte II (sobre organização econômica); na inserção de três setores de propriedade de meios de produção —

(37) MARTINS, Guilherme d'Oliveira. *Lições sobre a Constituição Econômica Portuguesa*, vol. I, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, Lisboa, 1983/4, p. 65; MONCADA, Luis S. Cabral de. *A Problemática Jurídica do Planeamento Económico*, ob. cit.

público, cooperativo e privado — e de mecanismos de mercado e plano; na parte III (sobre organização do poder político), na conjugação do Estado unitário e autonomias regionais e locais, de democracia representativa e democracia participativa e de vários órgãos de poder; enfim, na parte IV (sobre garantia e revisão da Constituição), na articulação entre fiscalização jurídica e fiscalização política, entre fiscalização jurisdicional difusa e fiscalização concentrada e entre fiscalização concreta e fiscalização abstrata” (38).

Esse trabalho destaca as particularidades do **sistema de governo**, considerado como produto de forças diversas, contraditórias na origem. Ao caracterizar o sistema de governo de 1976, aponta “preocupações derivadas da experiência histórica portuguesa”, “razões de índole tática e conjuntural” e, além dessas premissas, aspectos da versão original da Constituição, através de regras constitucionais que revelam aquele modelo, para chegar ao seguinte entendimento:

“— Nem de sistema de governo parlamentar clássico (dado o estatuto do Presidente da República);

— Nem de sistema de governo presidencial clássico (porque o Governo é órgão autônomo e responsável perante o Parlamento e este pode ser dissolvido pelo Presidente da República);

— Nem de sistema de governo presidencial *sui generis*, de tipo **gaulista** (pois, por um lado, o Presidente da República não preside por sua iniciativa ao Conselho de Ministros, não pode assumir poderes extraordinários em situações de necessidade e não pode provocar referendas, e por outro lado, a Constituição francesa de 1958 só prevê responsabilidade do Governo perante o Parlamento);

— Nem de sistema de governo representativo simples de Chanceler como o da Constituição de 1933 (porque a ação do Presidente da República está coordenada com a do Conselho da Revolução, a Assembléia da República tem uma forte posição constitucional e o Primeiro Ministro não é comparável ao antigo Presidente do Conselho)” (39).

O publicista JORGE MIRANDA, que se tem esmerado no estudo das instituições políticas e constitucionais, tanto de Portugal, como em reflexões no direito comparado, que anteriormente já havia feito considerações sobre o **Chefe do Estado** e o **Presidente da República**, além de focar a posição constitucional do **Primeiro Ministro** e o **Presidente do Governo**, ao longo das Constituições liberais, ou sobre o **Conselho de Estado**, conclui que a qualificação mais adequada é a de “**sistema de governo semipresidencial**”. Reconhece que o sistema

(38) MIRANDA, Jorge. O Sistema Semipresidencial Português entre 1976 e 1979, Separata da Revista da Faculdade de Direito, ano XXV, pp. 193 e 194.

(39) MIRANDA, Jorge. O Sistema Semipresidencial Português entre 1976 e 1979, ob. cit., pp. 197 e 198.

de governo português de 1976 apresenta particularidades, apesar das comparações que têm sido feitas com a Alemanha de Weimar, a Áustria, Irlanda, Islândia e Grécia: "A diferença fundamental entre os sistemas parlamentares e presidenciais, de um lado, e os semipresidenciais, de outro lado, consiste na existência, naqueles, de dois órgãos políticos, autônomos e ativos e, neste, de três. Em sistema parlamentar, são um Parlamento e um Governo, em independência por integração; em sistema presidencial, um Presidente e um Parlamento em independência por coordenação (Loewenstein); em sistema semipresidencial, um Presidente, um Parlamento e um Governo"⁽⁴⁰⁾.

O sistema de governo português, antes e depois da revisão constitucional, recebe diversos tratamentos e exposições que procuram configurá-lo como "semipresidencial" ou "regime misto parlamentar — presidencial português" (GOMES CANOTILHO)⁽⁴¹⁾.

MARCELO REBELO DE SOUSA, sobre o tema, relata:

"A revisão constitucional de 1982 introduziu algumas alterações significativas no texto da Lei Fundamental entrada em vigor em 25 de abril de 1976. Um dos domínios em que tais alterações alcançaram maior expressão, chegando a provocar larga controvérsia doutrinária e política, foi o do sistema de governo.

Não que se tratasse de matéria pacífica antes mesmo do processo de revisão entretanto verificado. Pelo contrário, poderia mesmo afirmar-se que desde 1976 se multiplicaram as teses acerca da qualificação do sistema de governo vigente em Portugal"⁽⁴²⁾.

Os estudos sobre o sistema de governo, que normalmente implicam nas relações entre Executivo e Legislativo, desenvolvem vários temas correlatos como ratificação de decretos-leis, estado de exceção, sistema partidário e outros assuntos⁽⁴³⁾.

(40) MIRANDA, Jorge. O Sistema Semipresidencial Português entre 1976 e 1978. *ob. cit.*, p. 200; *idem.* A Posição Constitucional do Primeiro-Ministro, extraído do n.º 33 (abril/maio/junho de 1985) da *Revista Democracia e Liberdade*. Instituto Democracia e Liberdade. Lisboa; *idem.* Chefe do Estado. Atlântida Editora, S.A.R.L. Coimbra, 1970; *idem.* Conselho de Estado. Coimbra, 1970; *idem.* Decreto. Coimbra, 1974.

(41) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Livraria Almedina, Coimbra, 1983, 3.ª ed., 1.º vol., p. 588.

(42) SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O Sistema de Governo Português antes e depois da Revisão Constitucional*. Cognitio, Lisboa, 1984, p. 11; MORAIS, Isaltino A.; ALMEIDA, José Mário Ferreira de; PINTO, Ricardo Leite. *O Sistema de Governo Semipresidencial (O Caso Português)*. Editorial Notícias, Lisboa, 1984.

(43) SIMÃO, Jorge. Da Ratificação dos Decretos-Leis. *Cognitio. Estudos de Direito Público*, n.º 4, Lisboa, 1984; MORAIS, Carlos Blanco de. O Estado de Exceção. *Estudos de Direito Público*, n.º 6, Cognitio, Lisboa, 1984; NADAIS, António Alberto G. A. Gonçalves. *Estudos de Direito Público*, n.º 5, Cognitio, Lisboa, 1984; LOPES, Pedro Santana; BARROSO, José Durão. *Sistema de Governo e Sistema Partidário*. Livraria Bertrand, 1980.

Merece destaque o **Tribunal Constitucional**, cujos antecedentes próximos decorrem da Constituição da República Portuguesa que consagrava o sistema de fiscalização da constitucionalidade, baseado no papel designado pelo Conselho da Revolução, coadjuvado pela Comissão Constitucional, traçada pela Segunda Plataforma de Acordo Constitucional, consagrada entre o MFA e os partidos políticos, em fevereiro de 1976. O Tribunal Constitucional renova o sistema dos modelos **austriaco, federal-alemão, italiano e espanhol**, chegando-se à seguinte solução: "Em face dos dados expostos, desde já se pode verificar que a criação do Tribunal Constitucional foi objeto de atenção da doutrina e dos principais protagonistas político-parlamentares. A solução final, encontrada no processo de revisão constitucional e que se contém no art. 284º da Constituição e no art. 12º da Lei n.º 28/82, é substancialmente diferente das propostas apresentadas e a que acabamos de fazer referência:

— ao contrário das várias soluções preconizadas, o Tribunal Constitucional tem uma composição que decorre, direta ou indiretamente, de uma única fonte de designação, a Assembléia da República;

— na composição do Tribunal estabelece-se uma quota mínima de magistrados de carreira (obrigatoriamente três dos dez designados pela Assembléia da República e os três ulteriormente cooptados), só podendo ser juizes do Tribunal juristas;

— os juizes, cujo mandato é de seis anos (art. 248º, nº 3, da Constituição), elegem de entre os seus membros o Presidente do Tribunal (art. 284º, nº 4), que tem assento no Conselho de Estado (art. 195º, alínea c da Constituição)⁽⁴⁴⁾.

Dentre as diversas inovações do constitucionalismo de Portugal, torna-se obrigatório o destaque ao **Provedor de Justiça**. A instituição está prevista na Constituição da República (art. 24º, nº 3), funcionando

(44) NADAIS, Antonio; VITORINO, Antonio; CANAS, Vitalino. *Lei Sobre Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (Introdução e Normas Complementares)*. AAFDL, Lisboa, 1984, pp. 15 e 16; MIRANDA, Jorge. Sobre a previsível criação de um Tribunal Constitucional. Separata n.º 15, *Revista Democracia e Liberdade*, junho, 1980; idem, *Um Projeto de Revisão Constitucional*. Coimbra Editora, 1980; CANAS, Vitalino. *Introdução às Decisões de Provimento do Tribunal Constitucional*. Os seus efeitos em particular. *Estudos de Direito Público*, n.º 2, Cognition, Lisboa, 1984; ALMEIDA, José Mário Ferreira de. *A Justiça Constitucional em Portugal. Notas para um Estudo, Estudos de Direito Público*, n.º 9, Lisboa, Cognition, 1985; MIRANDA, Jorge. *Contributo para Uma Teoria da Inconstitucionalidade*. Lisboa, 1968; FIX-IAMUNDIO, Héctor. *Ley sobre la Organización, Funciones y Procedimiento del Tribunal Constitucional Portugués*, Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. UNAM, Nova Série, ano XVIII, número 52, janeiro/abril, 1985, pp. 145 e ss.

de conformidade com o Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei n.º 81/77, de 22 de novembro. Criado na ordem jurídica portuguesa, como um órgão público independente. Os vários estudos que saíram em Portugal mencionaram a sua ligação com o **Ombudsman**, originário da Suécia, de conformidade com a Constituição promulgada em 1809. Outros países, com o tempo, seguiram aquele exemplo: Finlândia, Dinamarca, Noruega, Suíça, França, Reino Unido e Espanha. Foi recomendado, em 22 de janeiro de 1975, pela Assembléia Parlamentar do Conselho da Europa.

É considerado como defensor do povo, junto do Poder, visando assegurar a justiça e a legalidade da Administração Pública, por meios informais e expeditos. Exerce controle sobre a Administração Pública, com a finalidade de garantir as liberdades fundamentais, estabelecidas em favor dos cidadãos. Recebe reclamações acerca de atos ou atitudes de elementos ou serviços da Administração Pública, incluindo autarquias locais, serviços e empresas públicas, pessoas coletivas de direito público. O Provedor de Justiça não tem poder decisório, não pode modificar ou anular atos administrativos, mas apenas **recomendar** a sua modificação ou anulação. Age por iniciativa própria, efetuando averiguações que cheguem ao seu conhecimento. A reclamação pode ser feita, também, ao agente do Ministério Público da Comarca de residência do interessado, que encaminhará ao Provedor de Justiça, através da Procuradoria-Geral da República (45).

A Reforma Constitucional de 1982, que operou modificações no texto de 1976, tem grande significado na evolução constitucional de Portugal. ISALTINO MORAIS, JOSÉ MARIO F. DE ALMEIDA e RICARDO L. LEITE PINTO, em Comentários ao texto constitucional, destacam, através de remissões, alterações e fontes, as alterações ocorridas no texto de 1976, pelas quais podemos perceber o seu alcance e repercussão. Os princípios fundamentais obtiveram atualizações, suprimindo as referências ao processo revolucionário, à transição ao socialismo e ao papel das forças armadas. As alterações foram feitas, também, na parte referente aos direitos e deveres fundamentais. As variações da organização econômica são suaves. Foram feitas modificações na organização do poder político, outras reformas foram feitas no que se refere à

(45) CORREIA, Fernando Alves. *Do Ombudsman ao Provedor de Justiça*. Coimbra, 1976; *Provedor de Justiça*, Secretaria de Estado da Comunicação Social, Direção-Geral da Divulgação, Lisboa, 1978; *A ineficácia dos meios tradicionais de controle da atividade administrativa e o aparecimento da figura do Ombudsman como defensor dos direitos e garantias individuais*, Lisboa, dezembro, 1980; *Relatório do Provedor de Justiça à Assembléia da República*, 1978, Secretaria de Estado da Comunicação Social — Direção-Geral de Divulgação; idem, 1977; idem, 1979; idem, 1980; *Serviço de Provedor de Justiça*: idem, 1981; idem, 1982; idem, 1983; idem, 1984.

Assembléia da República, ao Governo, às Forças Armadas, Tribunal Constitucional, garantia e revisão da Constituição (46).

5. O Congresso Constituinte de 1916-1917, no México

Considera-se que os primórdios da obra constitucionalista da Revolução mexicana começam com a Constituição de 1857. Vários documentos e fatos antecedem ao processo revolucionário (programa do Partido Liberal de 1906, o Plano de San Luis de 1910, o Plano Político Social de março de 1911). O Plano de Texcoco (1911), o de Ayala (1911), o de Santa Rosa (1912) inspiravam reformas políticas, sociais e econômicas. Modificações políticas, proteção aos trabalhadores, abolição de monopólios, reforma agrária, restituição de terras usurpadas, expropriação dos latifúndios, medidas de fomento ao setor rural, eram temas permanentemente discutidos. Democracia, direitos do homem, divisão de poderes, sistema representativo, regime federal propiciam a transformação da ordem econômica e social.

A preocupação em convocar um Congresso Constituinte, com objetivo de consagrar as idéias da Revolução, veio com o movimento constitucionalista liderado por Carranza. O governador de Coahuila proclamou a ruptura com a ordem constitucional vigente. Destaca-se aí o Plano de Guadalupe, que, conforme MIGUEL DE LA MADRID HURTADO, não era um documento ideológico, antes técnico, mas que deu nascimento ao movimento constitucionalista, com a preocupação de estabelecer uma ordem constitucional legítima. Esse plano não deu destaque às inquietações econômico-sociais da Revolução. Para Carranza formular um programa de reformas sociais poderia criar obstáculos para o êxito político e militar imediato, alarmando as resistências. O chefe do exército constitucionalista, em seu pronunciamento na primeira reunião da Convenção Revolucionária, de 3 de outubro de 1914, destacou que eram necessárias reformas que não ficassem com preocupações apenas políticas. Temas como o problema agrário, escolas, salário real, limitação da jornada de trabalho, descanso semanal, acidentes de trabalho e várias medidas necessárias à melhoria da situação da classe operária. Desenvolvia a equidade tributária, reforma bancária, com a criação do Banco de Estado. Entretanto, Carranza definiu formalmente o movimento constitucionalista, consagrando a reforma social. As reformas eram consideradas

(46) MORAIS, Isaltino; ALMEIDA, José Mário F. de; PINTO, Ricardo L. Leite. *Constituição. República Portuguesa. Anotada e Comentada*. Rei dos Livros, Lisboa, 1973; MIRANDA, Jorge; CARVALHO, M. Vilhena de. *Constituição da República Portuguesa. Depois da Primeira Revisão*. Verificação do texto e notas de Jorge Miranda e M. Vilhena de Carvalho. Editor Rei dos Livros, Lisboa, 1982; PINTO, F. Sousa. *Constituição da República Portuguesa. Anotada*. Livraria Almedina, Coimbra, 1982; CUNHA, Maria Manuela Morais; REGO, Viterbo do Rosário. *Constituição da República Portuguesa. A Lei e o Espírito de uma Lei Fundamental*. Publicações Dom Quixote, Lisboa, 1983.

indispensáveis para a consagração da igualdade entre os mexicanos. Foram anunciadas leis agrárias, favorecedoras da pequena propriedade, dissolvendo os latifúndios, com devolução aos nativos de suas terras. Leis fiscais procuraram fixar um sistema equitativo de impostos; normas para melhoria dos trabalhadores; liberdade municipal como instituição constitucional; reorganização do exército; reforma eleitoral; independência do Poder Judiciário; revisão das leis cíveis; reforma dos Códigos; revisão das leis referentes à exploração de minas, petróleo, águas, bosques e os demais recursos naturais; destruição dos monopólios. As propostas de Carranza visavam um efetivo gozo dos direitos e a igualdade perante a lei.

As **Adiciones al Plan de Guadalupe** e o ato político de Carranza forneceram os dados ideológicos e institucionais da Revolução mexicana, com o recolhimento das tendências dos grupos revolucionários, objetivando-se a sistematização de um regime jurídico que garantisse as reivindicações populares, impulsionadoras da luta armada.

Carranza criou uma Seção de Legislação Social que preparou vários projetos legais, destacando-se, ainda, a Lei do Município Livre, a Lei do Divórcio, a Lei Agrária, de 6 de janeiro de 1915, a Operária, na mesma data, as reformas do Código Civil.

A convocatória do Congresso Constituinte, com Venustino Carranza, inicia-se no dia 14 de setembro de 1916, quando foi promulgado o decreto de reforma do **Plano de Guadalupe**, que tinha como propósito convocar a reunião do Congresso Constituinte. O Chefe do governo constitucionalista atingiu a liderança dos vários grupos revolucionários. Nas considerações desse decreto mostrava a necessidade do exame das reformas políticas convenientes à nova Constituição, pelo que surgia a necessidade da convocação de um Congresso Constituinte, expressão da vontade nacional. Para Carranza, as reformas estabelecidas na Constituição de 1857 não podiam impedir a manifestação da vontade soberana do povo, que deveria exercer a **faculdade constituinte** através de outros procedimentos.

A Constituição de 1857, em seu artigo 127, estabelecia o procedimento de sua própria reforma, por meio de um órgão revisor da Constituição, integrado por poderes constituídos. É princípio essencial da teoria constitucional democrática e da própria realidade política, que o Poder constituinte do povo não pode ser limitado por disposições jurídico-positivas, mesmo que sejam de nível constitucional.

O decreto transferiu ao encarregado do Executivo da nação poder para convocar eleições para um Congresso Constituinte. Os requisitos estipulados pelo decreto para ser Deputado à Assembléia Constituinte foram os mesmos exigidos pela Constituição de 1857. Esse decreto estabeleceu que o Primeiro Chefe do Exército Constitucionalista e

encarregado do Poder Executivo apresentaria ao Congresso Constituinte um projeto de Constituição reformada, para que fosse discutido, aprovado ou modificado. Os trabalhos desse Congresso, na discussão e aprovação do projeto de reformas constitucionais, deveria ter a duração de dois meses.

A convocação do Congresso Constituinte foi preparada por intensa propaganda, justificando a necessidade do Ato convocatório, preparando a opinião pública para exame dos projetos constitucionais. Após ter conseguido unir as correntes divergentes, Carranza formalizou sua **idéia constituinte** com esse decreto. Em 19 de setembro de 1916, surgiu a convocatória das eleições para o Congresso Constituinte, sendo sua primeira reunião na cidade de Querétaro, no dia 19 de dezembro de 1916. As eleições realizam-se no dia 22 de outubro, de conformidade com a lei eleitoral expedida no dia 19 de setembro. O Congresso Constituinte qualificou e definiu as eleições de seus membros. O Decreto Convocatório regulou, detalhadamente, as reuniões do Congresso Constituinte.

As eleições ocorreram em 218 dos 246 distritos eleitorais. No dia 20 de novembro tiveram início as sessões preparatórias do Congresso, sendo eleito presidente Manuel Amaya. Posteriormente, foi eleita a Mesa Diretora do Congresso.

Carranza, em 19 de dezembro de 1916, ao dar início aos trabalhos do Congresso, apresentou seu projeto de reformas da Constituição. Nesse discurso configurou o caráter das reformas que propunha, criticando a Constituição de 1857: “os legisladores de 1857 se conformaram com a proclamação de princípios gerais, sem procurar levar em conta as necessidades do povo mexicano; de modo que o código político tinha, em geral, o aspecto de fórmulas abstratas, que, apesar de condensar conclusões científicas, de grande valor especulativo, eram dotadas de pouca ou nenhuma utilidade positiva”.

Mostrou que os direitos individuais consagrados pela Constituição de 1857, apesar da declaração de que estavam assentados nas instituições sociais, foram desrespeitados sistematicamente pelos governos. As **leis do juízo de amparo**, que deveriam proteger os direitos consagrados constitucionalmente, não tiveram a eficácia almejada. Os princípios básicos da Constituição de 1857 não passaram de belas esperanças e expectativas.

Denunciou a falta de eficácia de princípios essenciais da Constituição, como: o da soberania nacional, o da divisão dos poderes, o centralismo dos poderes estatais, a abdicação de competência por parte do Legislativo, a federação:

“Soberania popular, gobierno representativo, derechos del hombre, división de poderes, sistema federal, principios

todos ellos del régimen constitucional de 1857, eram para Carranza ficciones políticas. Sin embargo, el proyecto de reformas que presentó a la consideración de la Asamblea de Querétaro, se movió dentro de aquellos postulados. Ni siquiera la experiencia reconocida por el mismo acerca de la vigencia, o, mejor dicho, la falta de vigencia de los preceptos de la Constitución liberal fue motivo suficiente para que los ideales constitucionalistas del pueblo mexicano, que venia tratandose de imponer desde 1824, fueran rechazados. Y es que en la conciencia del mexicano los dogmas políticos del liberalismo han sido, desde la Independencia, la guía para la construcción de la realidad política del país" (47).

Para MIGUEL DE LA MADRID HURTADO as reformas propostas pretendiam reafirmar a estrutura essencial da Constituição de 1857, com modificação de sua regulamentação e eficácia concretas. Destacava-se, ainda, nos novos projetos:

- a) proteção da liberdade humana;
- b) finalidade essencial das Constituições;
- c) reforma do capítulo das garantias, nos artigos referentes ao "juicio de amparo";
- d) bases da organização do Ministério Público;
- e) maior independência do Poder Judiciário.

O **Projeto Carrancista** propôs reformas para fortalecer a vigência das leis modificadoras, consultada à Assembléia a necessidade de submeter os estrangeiros, de maneira integral, à submissão às leis mexicanas, na aquisição dos bens de raiz.

Discutiu-se, naquela época, a conveniência de ampliar o poder eleitoral a todos os cidadãos, sem atender a qualquer grau de instrução. Pensava Carranza que não deveriam impor qualquer restrição ao sufrágio, por considerá-la inoportuna e não política quando ocorria uma Revolução, assentada nas massas populares.

O projeto constitucional dedicou especial atenção à instituição do Municipio livre, bem como à organização e relações entre os Poderes Legislativo e Executivo, daí os críticos à Constituição de 1857. Carranza propôs a ratificação das reformas feitas na etapa pré-constitucional.

Afirma-se que as reformas propostas por Carranza, em seu projeto, situam-se dentro das previsões da Constituição de 1857. Consagravam-se as decisões políticas fundamentais do constitucionalismo mexicano, apenas retocando-as. Havia o propósito de fortalecer e

(47) HURTADO, Miguel de la Madrid. *Estudios de Derecho Constitucional*. UNAM — Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1977, pp. 37 e 38.

realizar os postulados da Constituição anterior, desde que o movimento revolucionário a acatava.

A Constituinte, considerada como o órgão que expressava a vontade soberana do povo, não desprezou os postulados do texto anterior.

Nas discussões do Congresso Constituinte de Querétaro havia diversas correntes ideológicas. Naquela convenção, os assuntos referentes à educação, religião e Estado foram objeto de diversas polêmicas.

Certos autores falam em Projeto de Constituição reformada, quando tratam da liberdade de ensino. Na problemática levantada pelo art. 3º do Projeto, estabeleceu-se a completa liberdade de ensino e o laicismo: haverá plena liberdade de ensino; porém será laica quando se tratar dos estabelecimentos oficiais de educação, sendo gratuito o ensino primário, superior e elementar, realizados nos respectivos estabelecimentos.

A Comissão de Constituição apresentou à Assembléia uma emenda que condenou o texto proposto por Carranza, com a finalidade de eliminar completamente a intervenção do clero no ensino. A corrente moderada da Constituinte aceitou os termos do Projeto de Carranza. A Comissão de Constituição retirou seu projeto original do artigo 3º, como havia sido redigido, que não foi de agrado dos moderados.

Consagrou-se a liberdade religiosa: todo homem pode professar a crença religiosa que mais lhe agrada, praticar cerimônias, devoções ou atos do respectivo culto, nos templos e em seus domicílios, sempre que não constitua delito ou falta apenada pela lei. Com isso, a Comissão clareou o projeto, respondendo aos artigos da **Ley Orgánica de las Adiciones** e Reformas Constitucionais de 1873.

No referente às relações entre o Estado e a Igreja, o artigo apresentado pela Comissão seguiu de perto o projeto carrancista, com modificações substanciais.

O Congresso Constituinte que promulgou a Constituição mexicana de 1857 discutiu os problemas sociais, mas não apresentou conclusões definitivas. Já os Constituintes de Querétaro, pela primeira vez, deram destaque a pormenores do **Direito do Trabalho**, desde que antes haviam apenas discutido princípios gerais, como o da justa retribuição do trabalhador.

A Constituição de 1917, ao consagrar os direitos sociais, realizou uma profunda revolução no constitucionalismo clássico. Outras Constituições consagraram normas constitucionais, com a finalidade de determinar princípios gerais do direito do trabalho: Espanha (1931), Estônia, Finlândia, Grécia, Lituânia, Polônia, Turquia, Alemanha (1919), Iugoslávia, Bolívia, Costa Rica, Chile, República Dominicana, Guatemala, Honduras, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Brasil e Cuba.

A declaração constitucional dos **Direitos Sociais**, através de sua incorporação ao texto da Lei Maior, foi um dos pontos essenciais da

Assembléa Constituinte de Querétaro. Através dela, a Revolução mexicana remodelou a teoria constitucional da doutrina dos direitos do homem, com novo entendimento sobre os fins do Estado, dando início ao constitucionalismo social, como instrumento protetor da liberdade e da dignidade da pessoa humana. Foi um dos pontos altos do Congresso Constituinte, por isso Carranza, em seu discurso à Assembléa, afirmava que o Congresso teria a faculdade de legislar sobre "trabalho", com a finalidade de defender os trabalhadores. Com o artigo 123, surge o título constitucional denominado: **Del Trabajo y la Previsión Social**. Esse artigo da Constituição mexicana de 1917 expressou os anseios da Assembléa, elevando os direitos trabalhistas à categoria constitucional. Com isso, afirma MIGUEL DE LA MADRID HURTADO, o Constituinte de Querétaro revolucionou a teoria constitucional clássica, revisando a teoria dos direitos do homem e as idéias vigentes acerca do Estado. A Constituição localizou, ao lado das garantias clássicas dos direitos do indivíduo, as relações de trabalho. Ultrapassou o liberalismo econômico, como suporte do princípio da igualdade jurídica. A defesa dos direitos não termina na garantia da liberdade, em uma justiça meramente formal, mas na garantia de condições materiais que tornem possível o exercício da liberdade e de uma justiça concreta e efetiva. O poder público, para efetiva garantia dos direitos sociais, não pode ser abstencionista, com o objetivo de proteger apenas os direitos individuais, torna necessária a obrigação de atuar o Estado, para gerar a equidade das relações trabalhistas. Aos Estados são impostos os deveres de fazer, não podem ser um poder político neutro, passivo perante os problemas econômicos e sociais. O Estado é um partícipe da vida social e econômica⁽⁴⁸⁾.

A Declaração dos direitos sociais, contidos no artigo 123, está catalogada nas garantias da classe trabalhadora: garantias tutelares do trabalhador individual, sem distinção de sexo, idade ou nacionalidade; regras diretas da prestação de serviços; garantias tutelares do trabalho das mulheres e dos menores; garantias tutelares do trabalhador sindicalizado; garantias tutelares sobre jurisdição trabalhista; garantias relacionadas com a previdência social; garantias sobre integração do trabalhador na empresa.

A reforma agrária é outro tema que teve destaque na Constituição. A distribuição da propriedade agrária, no princípio do século XX,

(48) HORN, Hans-Rudolf. Reflexiones sobre el Constitucionalismo Social, en *Obra Coletiva. Evolución de la Organización Política-Constitucional en América Latina (1950-1975)*. Coordenação de: Gerardo Gil-Valdivia e Jorge Chaves Tapia. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1978, pp. 151 e ss.; VICTOR, Alba. *Las Ideas Sociales Contemporáneas en México*. México, 1980; FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Introducción al Estudio del Derecho Procesal Social*, en *Estudios en memoria de Carlos Vlada*, Madrid, 1985; LA CUEVA, Mario de. *Teoría de la Constitución*. Prólogo de Jorge Carpizo. Editorial Porrúa, S.A., México, 1982, pp. 104 e ss.; idem, *La Idea del Estado*. Universidad Nacional Autónoma de México. Coordinación de Humanidades. México, 1975.

não havia saído da etapa feudal. O latifúndio era a forma típica do regime de propriedade da terra. Essa situação foi um dos fatores do movimento revolucionário mexicano. Os grupos revolucionários, na etapa pré-constitucional, tomaram providências para institucionalizar a reforma agrária. A Lei Agrária, de 24 de maio de 1915, previa o fim dos grandes latifúndios e a formação e fomento da pequena propriedade. Convém salientar, também, a Lei Agrária, de 6 de janeiro de 1915, lei básica de toda a nova constituição agrária no México.

Ao apresentar seu projeto constitucional à Assembléia, Carranza assinalou a faculdade constitucional de expropriação por utilidade pública, consagrada no artigo 27 do Projeto de Constituição; pretendeu-se a repartição de terras para fomentar a pequena propriedade. A redação do projeto, em seu artigo 27, sofreu críticas, pelo que não atendia às premências econômicas e sociais da Revolução.

O artigo 27 consagrou uma nova teoria constitucional mexicana, como instrumento reformador das estruturas sociais e econômicas. As medidas concretas para efetuar a reforma agrária partem de nova concepção do direito de propriedade, condicionado ao interesse geral. Deu novas responsabilidades ao Estado no campo econômico e social. O poder público deveria criar nova estrutura agrária, com a criação de nova ordem econômica. Regulamentou os bens do subsolo, reservando-os à propriedade nacional, limitando o acesso dos particulares aos mesmos, a não ser por concessão do Estado.

O Congresso Constituinte de 1916-1917, através das decisões da Assembléia de Querétaro, contribuiu para que a Constituição de 1917 tivesse importantes inovações. O Congresso Constituinte de 1916-1917 teve base e apoio popular. A Assembléia de Querétaro diferenciava-se do Congresso Constituinte de 1856, produto de uma aristocracia intelectual. Os Constituintes de 1916-1917 fizeram trabalho mais ligado às inquietações populares. Daí que a Constituição aderiu à vontade popular, procurando representá-la e defini-la em termos constitucionais. É considerada como um esquema programático de integração política e social.

Vários estudos têm apreciado outros aspectos do constitucionalismo mexicano, suas últimas modificações, as particularidades de seu federalismo e as tendências do sistema presidencial ⁽⁴⁹⁾.

(49) CARPIZO, Jorge. *Federalismo en Latinoamérica*. UNAM — Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1973; idem, *La reforma política mexicana de 1977*, en *Estudios Constitucionales*, México, 1980; idem, *El Presidencialismo Mexicano*, México, 1979, 2.ª ed.; GONZÁLEZ Casanova, Pablo. *La Democracia en México*, México, 1969, 2.ª ed.; VALADES, Diego. "Problemas de la reforma constitucional en el sistema mexicano", em volume coletivo, *Cambios Constitucionales*, México, 1977; idem, *La Constitución reformada*, en *Derechos del Pueblo Mexicano*, México através de sus Constituciones, México, 1979, Tomo XII, 2.ª ed.; TRUEBA URBINA, Alberto. *La Primera Constitución Política-*

Continua na página seguinte

6. O modelo constituinte do Peru

As Assembléias Constituintes recebem influências múltiplas, por ocasião de elaboração do texto constitucional. Algumas delas de ordem fática, outras de conteúdo ideológico ou teórico. As crises econômicas não deixam de ter, também, repercussões acentuadas, ao lado de diversas orientações e solicitações que podem transformar o texto em uma espécie de cartilha de promessas.

DOMINGO GARCIA BELAÜNDE, em observações sobre o clima constituinte da nova Constituição peruana, salientou que, no referente ao aspecto ideológico, os Constituintes sofreram influências do constitucionalismo europeu do pós-guerra. Eles conheceram essas idéias, não nos tratados, nem na exegese doutrinária, mas na leitura rápida dos próprios textos. Procuraram conhecer as Constituições da Alemanha, de 1949; a italiana, de 1947, e o projeto espanhol de 1977, não, ainda, a Constituição sancionada em 1978.

No período dos debates constituintes, os direitos humanos estiveram na ordem do dia. Os pactos internacionais das Nações Unidas — direitos civis e políticos; direitos econômicos, sociais e culturais —, o Pacto de San José de Costa Rica foram constitucionalizados.

Outras Constituições latino-americanas, acrescenta DOMINGO GARCIA BELAÜNDE, foram revistas, como a mexicana, de 1917, e a venezuelana, de 1961. Podem-se anotar repercussões das Constituições da Argentina e da França.

Diferentemente de Congressos Constituintes anteriores, não houve projeto oficial, nem extra-oficial de Constituição. A Assembléia não teve assessores, apesar de ter ouvido diversos setores e personalidades. Não contou com assessores que orientassem a revisão de sua obra. GARCIA BELAÜNDE destaca a colaboração remetida pelo professor Albert P. Blansstein, que não foi aceita, apesar de o mencionado professor ser o editor da mais completa coleção de Constituições do mundo, em 14 volumes.

Continuação da página anterior

Social del Mundo, México, 1971; Idem, *Derecho Social Mexicano*, México, 1978; MENDIETA Y NUÑEZ, Lucio. *Derecho Social*, México, 1980, 3.ª ed.; CAMPILLO SAINZ, José. *Los Derechos de la Persona Humana. Los Derechos Sociales*, México, 1962; REYES NEVARES, Salvador. Apunte histórico sobre los derechos sociales, na obra *Los Derechos Sociales del Pueblo Mexicano*, México, 1979, tomo I; FIX-ZAMUDIO, Héctor. Introducción al estudio procesal comparativo de la protección interna de los derechos humanos, no livro coletivo, *Veinte Años de Evolución de los Derechos Humanos*, México, 1974; Idem, *Veinticinco Años de Evolución de la Justicia Constitucional, 1940-1965*. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1968; idem, *Los Tribunales Constitucionales y los Derechos Humanos*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1980; Idem, *Obra Colectiva* (Colaboradores: CARPIZO, FIX-ZAMUDIO, GRANT, LIMÓN ROJAS, PEREZ CARRILLO, QUIROGA, LAVIE, TAMOYO Y SALMORÁN). *La Interpretación Constitucional*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1976.

Após a instalação da Assembléia, foram criadas Comissões especiais, encarregadas de redigir os anteprojetos de cada um dos títulos que iriam compor a futura Constituição. Após elaborados, os títulos parciais foram encaminhados à Comissão Principal da Constituição, encarregada de coordenar e polir as diversas redações, chegando-se, finalmente, ao projeto publicado em 2 de abril de 1979. No mesmo mês teve início o debate constitucional, até junho de 1979, sendo em seguida aprovado⁽⁵⁰⁾.

A nova Constituição Política do Peru, sancionada e promulgada pela Assembléia Constituinte, no dia 12 de julho de 1979, comparada com o texto da Constituição Política da República do Peru, de 1933, sofreu modificações técnicas e de conteúdo, de índole bem substancial.

O Preâmbulo da Constituição do Peru salienta uma série de proclamações que visam: a primazia da pessoa humana; a família; o trabalho; a justiça. Pretende promover a criação de uma sociedade justa, livre e culta, sem explorados, nem exploradores.

Desejando fundar um Estado democrático, baseado na vontade popular, através de instituições estáveis e legítimas, almeja ressaltar a dignidade do trabalho, a superação do subdesenvolvimento e da justiça.

Importante, ainda, no Preâmbulo, é a necessidade de impulsionar a integração dos povos latino-americanos.

O texto constitucional, em seu Título I, proclama os **Direitos e deveres fundamentais da pessoa**, considerando-a como o fim supremo da sociedade e do Estado. O Capítulo II destaca a **Família**, dizendo que o Estado protege o matrimônio e a família, como sociedade natural e instituição fundamental da Nação, sendo que as formas do matrimônio e as causas da separação e dissolução são reguladas em lei. O Capítulo III dedica-se à **segurança social, saúde e bem-estar**, sendo que o Capítulo IV enumera a **educação, a ciência e a cultura** (o direito à educação e à cultura é inerente à pessoa humana, art. 21º).

O **Trabalho** merece um Capítulo específico, o de número V: o Estado reconhece o trabalho como fonte principal da riqueza. O trabalho é um direito e um dever social. Compete ao Estado promover as condições econômicas e sociais que eliminem a pobreza e assegurem por igual a todos os habitantes da República a oportunidade de uma ocupação útil e que os proteja contra o desemprego e o subemprego, em qualquer de suas manifestações (art. 42º).

A função pública foi consignada no Capítulo VI, de conformidade com a técnica constitucional utilizada pelo texto peruano.

(50) BELAÜNDE, Domingo García. La Nueva Constitución Peruana. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Nova série, ano XIV, n.º 40, janeiro/abril, 1981, pp. 269 e ss.; CARPIZO, Jorge. *La Constitución Mexicana de 1917*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1980.

O Capítulo VII é dedicado aos direitos políticos, sendo que em seguida estão definidos os "deveres".

A definição do Estado foi consagrada no Título II, do Estado e da Nação, com outros temas: da nacionalidade (Capítulo II); do território (Capítulo III); da integração: o Peru promove a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, com a finalidade de formar uma comunidade latino-americana de nações (Capítulo IV, art. 100º); os tratados (Capítulo V).

O Título III foi consagrado à determinação do regime econômico, cujos princípios gerais definem que: o regime econômico da República fundamenta-se em princípios de justiça social, orientados para a dignificação do trabalho, como fonte principal de riqueza e como meio de realização da pessoa humana.

É tratado nessa parte da Constituição o seguinte temário: recursos naturais; propriedade; empresa; fazenda pública; moeda e banco; regime agrário: as comunidades camponesas e nativas.

A estrutura do Estado, no que diz respeito aos seus órgãos, é definida no Título IV, com as seguintes subdivisões: Poder Legislativo (Capítulo I); a função legislativa (Capítulo II); a formação e promulgação das leis (Capítulo III). A lei orçamentária mereceu um Capítulo especial: A **Ley de Presupuesto**. O Poder Executivo foi consignado no Capítulo V, consagrando o sistema de governo presidencial: o Presidente da República é o Chefe de Estado e personifica a nação. O Conselho de Ministros definido no Capítulo VI, art. 218º, passa a ter funções importantes, em colaboração com a Presidência. As relações entre o Presidente do Conselho de Ministros e o Poder Legislativo desfiguram um pouco o sistema presidencialista clássico, pelo que poderíamos denominá-lo de "semipresidencial".

O Capítulo VII configura as características do "regime de exceção".

No que diz respeito ao Poder Judiciário (Capítulo IX) e Conselho Nacional da Magistratura (Capítulo X), a Constituição é bem minuciosa (arts. 232º a 249º). O Ministério Público é considerado autônomo (art. 250º).

Merece destaque o Capítulo dedicado à descentralização, Governos locais e regionais: as municipalidades são órgãos de Governo local. Têm autonomia econômica e administrativa em assuntos de sua competência (Capítulo XII, art. 252).

O Estado garante a segurança da Nação, mediante a defesa nacional (Capítulo XIII, art. 269º).

Cria a Constituição um contencioso eleitoral (Jurado Nacional de Elecciones) ao qual compete o exame dos processos eleitorais, conhecer as matérias relativas ao exercício do direito de sufrágio, validade ou nulidade das eleições, proclamação dos eleitos, expedição de diplomas e os demais procedimentos eleitorais.

Os Títulos V e VI tratam de dois temas substanciais para o constitucionalismo e a defesa dos direitos consagrados constitucionalmente: garantias constitucionais e reforma da Constituição. Convém destacar a criação do **Tribunal de Garantias Constitucionais**, órgão dedicado ao controle da Constituição. Tem jurisdição em todo o território da República, examinando: inconstitucionalidade (ação de inconstitucionalidade), "habeas corpus", "ação de amparo", esgotadas as vias judiciárias (art. 298º) (51).

Destacam-se, ainda, dois Títulos: disposição final (Título VII) e disposições gerais e transitórias (Título VIII).

A Constituição vigente do Peru contém 307 artigos, estando rica de conteúdos bem diversificados e abrangentes. As Disposições gerais e transitórias apresentam 18 indicações que refletem a constitucionalização desse processo democrático.

A enumeração e a diversidade de conteúdo do texto constitucional peruano leva-nos a reflexões sobre o conteúdo de um texto constitucional. Deve ser ele **analítico** ou **sintético**? Argumentos favoráveis a um ou outro posicionamento são lembrados. Deve a Constituição contentar-se, em alguns poucos artigos, em definir os pontos essenciais de um determinado regime ou discriminar, de modo minucioso, todos os temas ligados à diversidade da vida política, econômica e social? Alguns lembram Constituições clássicas, e mesmo modernas, cujos textos ultrapassam, muito pouco, de uma centena de artigos, outras menos (a Constituição francesa de 1958 tem 92 artigos, incluindo as disposições transitórias). A questão não está, apenas, em todo o texto ser breve ou longo, mas na definição adequada e real dos grandes temas que implicam em uma correspondência entre a Constituição e a realidade social (52).

7. Brasil: Constituinte exclusiva e Congresso, com poderes constituintes

Com o processo de democratização do Brasil, vários temas passaram a ser debatidos, sendo que não se pode negar a prioridade dada à

(51) FIX-ZAMUDIO, Héctor. Dos Leyes Orgánicas de Tribunales Constitucionales Latinoamericanos: Chile y Peru, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, n.º 51, setembro/dezembro, 1984, pp. 943 e ss.; idem. *Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1974.

(52) VANOSSI, Jorge Reinaldo. Etapas y Transformaciones del Constitucionalismo Social (Los problemas del Estado social de derecho), *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*. Buenos Aires, año XXIV, n.º 2, 1982; QUIROGA LAVIÉ, Humberto. Bases para una nueva constituyente, *Foro Hondureño, Revista del Colegio de Abogados de Honduras*, año XLIII, n.º 27 e 28, janeiro/abril, 1980; *La Constitution Française. A Constituição da França*. Edição bilingue: Francês-português, adotada pelo referendun de 28 de setembro de 1958, promulgada em 4 de outubro de 1958, edição atualizada em 23 de novembro de 1983, serviços de publicações em língua portuguesa, da Embaixada da França.

Assembléa Constituinte. Não apenas a sua caracterização como legítima, livre, soberana, autônoma, exclusiva ou apartidária, mas outros aspectos de sua configuração doutrinária.

Nessa fase preparatória em que são examinadas as questões denominadas de pré-condições para a Constituinte, ou movimento pró-constituinte, as preocupações são diversificadas.

Essa preparação para a Constituinte é considerada como prioritária. Muitos dos levantamentos, até certo ponto, são contraditórios. Ao mesmo tempo que propõem uma Assembléa Constituinte Nacional exclusiva, independente dos Poderes constituídos, passam a reclamar dos mesmos certo tipo de orientação. Nem sempre a questão é examinada em profundidade, contenta-se em conceber um Poder Constituinte, que não seja subordinado aos Poderes constituídos, para que estes não possam limitá-lo ou constrangê-lo.

Algumas providências são tomadas, como o direito do voto do analfabeto, as eleições diretas para Presidente, a reformulação de normas atinentes à criação de partidos políticos, o restabelecimento da autonomia das Capitais e de certos Municípios, com as eleições diretas, de conformidade com a Emenda Constitucional nº 25, de 15 de maio de 1985, alterando dispositivos da Constituição federal e estabelecendo normas constitucionais de caráter transitório.

A ausência de análise mais profunda, no que diz respeito à natureza do processo constituinte, conduz a uma aceitação de que os atuais Poderes são legítimos, desde que preparem a Nação para a Assembléa Nacional Constituinte. Entende-se, dessa maneira, que a nova ordem constitucional terá legitimidade para elaborar a Constituição, de conformidade com a Constituinte a ser convocada.

As definições em torno de uma Assembléa Nacional Constituinte (livre, soberana, autônoma), em geral, não aceitam a transformação do futuro Congresso Nacional em Constituinte. Ao mesmo tempo, remetem para o órgão constituinte a fixação do mandato presidencial, a opção pelo sistema de governo (parlamentar, presidencial, semipresidencial ou misto), inclusive a autoria de qualquer anteprojeto preliminar e orientador, sobretudo de Comissão proveniente do Executivo.

Nessa fase preparatória à constituinte, salienta-se a necessidade de reformulação da legislação autoritária e da legislação eleitoral e partidária, que possa macular a vontade popular, impedindo a autenticidade do processo eleitoral. Essa pretensão de purificação das instituições políticas, viciadas pelo sistema autoritário, conduz à condenação das leis de segurança nacional, de imprensa e de greve. Ao mesmo tempo, fazem propostas sobre anistia, questões trabalhistas, organização sindical, disciplinação da política salarial.

PAULO BONAVIDES, discutindo a questão do Congresso Nacional como Assembléia Nacional Constituinte, afirma:

“O Congresso Nacional, dotado de poderes constituintes plenos, não nos parece todavia a solução mais aconselhável para afastar as dificuldades da crise e debelar ou romper o bloqueio de legitimidade com que se defronta o País, há mais de vinte anos”. Em seguida, acrescenta: “Com o Congresso Nacional transformado em Assembléia Nacional Constituinte, teremos a assembléia mais poderosa e concentradora de poderes de toda a história constitucional do País” (**Comissão de Constituição e Justiça — Simpósio sobre Temas Constitucionais — 12-9-85**).

Em sua precisa análise, perante a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, PAULO BONAVIDES assim retoma o problema:

“Que poderes acumularia o Congresso Nacional? Em primeiro lugar, aquele que tem sido de rejeição clássica, inconciliável com a natureza representativa dos sistemas políticos, ou seja, exercitória, a um tempo, a função constituinte e a função legislativa ordinária. Mas iria além, como não foram assembléias semelhantes em país que percorre os caminhos da liberdade democrática: acumularia, em verdade, quatro funções ou poderes: o poder de fazer a Constituição nova, o poder de reformar a velha Constituição, o poder de fazer a legislação ordinária e, finalmente, quando refluísse ao caráter de poder constituído, o poder ou competência que também lhe compete, por uma de suas Casas, de superintender a paz e harmonia do sistema federativo no exercício de atribuições constitucionais vigentes.”

A restauração da legitimidade, da ordem democrática no Brasil, esbarra com a descrença nas instituições vigentes, na falta de credibilidade nos órgãos do poder. Mesmo assim, o caminho da Constituinte, apesar de seus entraves, é considerado o mais puro para essa operação saneadora, para chegarmos a uma ordem legal justa, aberta e legítima. Essa nova ordem não deverá ser apenas uma democracia formal, nos termos de uma democracia política clássica, mas uma democracia econômica, social e participativa.

A perspectiva de uma Constituinte exclusiva e plena, com todas as conseqüências e abalos institucionais, não deveria perder a sua originalidade, que passa a ser enfraquecida, através de normas prévias vigentes para limitá-la e autorizá-la. Em termos mais completos, a Constituinte retiraria a legitimidade de si própria, considerando-se como ato originário praticado por poder político de fato; daí vai a

distância que a qualifica e distingue dos procedimentos de reforma ou emenda, nem sempre muito criativos.

Dentro dos dilemas propostos para a convocação de uma Constituinte exclusiva ou a aceitação de um Congresso Constituinte, várias têm sido as reflexões sobre a instalação da Constituinte. Tem-se feito até uma revisão sobre as sucessivas convocações de Assembléia Constituinte ou Congressos Constituintes no Brasil, ocasião em que são apontados vícios e falta de autenticidade representativa. Salienta-se a posição do Executivo em procedimentos anteriores (1822, 1889, 1933, 1945, 1967), sendo que a maioria pretende destacar apenas três oportunidades que elaboraram as Constituições de 1891, 1934 e 1946, sem deixar de apontar as discussões que se travam sobre a qualificação constituinte plena das mesmas.

Com essas perplexidades de uma formulação ou reformulação da vida constitucional do Estado brasileiro, sem esquecer a necessidade de restaurar a própria sociedade, vive-se a expectativa de elaboração de uma nova Constituição, que possa excluir o germe autoritário.

Lembrando as Constituintes anteriores, o debate nacional atenta sobre diversas possibilidades que surgem da convocação de uma Constituinte, no que diz respeito à acumulação da função constituinte específica, com a função legislativa ordinária. Nos exemplos anteriores, ao ser eleita a Constituinte, ela passava a exercer, também, as funções inerentes ao Congresso, as respectivas atribuições decorrentes do sistema bicameral.

A experiência constituinte anterior sofre várias críticas, sendo que muitas delas são lançadas, também, ao atual processo constituinte, que não será aberto e pleno, mas dominado por certos grupos oligárquicos. Essa ausência de representatividade da sociedade brasileira contaminará, fatalmente, o texto a ser elaborado, ocasionando grande decepção para o povo.

Ressente-se da ausência popular no debate constituinte, apesar do entendimento de várias camadas de que ele é um dos principais temas da discussão política dos dias de hoje. As dúvidas quanto à forma de convocação, os critérios para uma composição, o alcance de suas deliberações, com o objetivo de configurar uma legitimidade autêntica, contribuem para os posicionamentos céticos. Mesmo assim, pretende-se que a Assembléia seja o condão de amplas transformações sócio-econômicas, que possam gerar melhores padrões de justiça: "Em que medida existem condições para a legitimação de uma ordem democrática no Brasil contemporâneo? A resposta a esta indagação, objetivo deste trabalho, à primeira vista, parece desanimadora. À medida que o País vem vivendo uma ampla crise estrutural, da qual se destacam a falta de credibilidade do regime, a fragmentação

de seu aparelho burocrático, a desorganização de seus procedimentos administrativos, a anomia de sua ordem constitucional e a desmoralização de sua autoridade, a legitimação do poder está a exigir um novo pacto, um novo contrato, uma nova Carta Magna. Esta, por sua vez, somente será possível a partir da convocação de uma Assembléia Constituinte, cuja grande tarefa é a de fornecer o enquadramento formal das bases nacionais de convivência política emergentes do atual processo de redemocratização” (53).

PAULO BONAVIDES destacou, no período que precedeu a institucionalização de um Congresso Constituinte, que:

“Deve convocar-se a Constituinte como órgão de soberania e não como órgão de representação, conforme acontecerá se o futuro Congresso Nacional, da legislatura de 86, exercer a função constituinte. Uma Constituinte legítima totaliza o poder político da coletividade nacional numa ocasião histórica em que se faz mister definir os fundamentos institucionais da organização jurídica de um povo. Fruto das deliberações daquele órgão, essa organização aparecerá formalmente fixada em documento que será a ata do novo pacto político.

Limitando poderes, estabelecendo competências e declarando direitos, toda Constituição, segundo o sentido em que a tomamos, é, em primeiro lugar, um sistema de valores. Serve de base ao Estado social, que ela provê de um denso teor democrático. A Constituinte e a Constituição significam passos fundamentais no processo de legitimação do poder em cada sociedade democrática.

Nesse momento em que se fere o debate sobre a Constituinte, há pelo menos no País uma consciência já formada em grande parte do povo de que a futura Constituição não deve ser o artefato de elites privilegiadas nem de uma classe política desmembrada da vontade popular” (54).

A convocação de uma Assembléia Constituinte, como instrumento de derrocada da “ordem constituída”, reordenadora das instituições políticas, jurídicas, econômicas e sociais, em certa fase, gerou maiores expectativas. Recomendou-se nítida separação entre os órgãos e

(53) FARIA, José Eduardo. *A Crise Constitucional e a Restauração da Legitimidade*. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1983, p. 11; RUSSOMANO, Rosah. Poder Constituinte e Assembléia Constituinte. *Revista do IARGS*. Porto Alegre, janeiro, 1983.

(54) BONAVIDES, Paulo. Constituinte Aberta. A Revolução sem armas. *Jornal do Brasil*, Caderno Especial, 9 de junho de 1985, p. 1; CUNHA, Fernando Whitaker da. A Limitação do Poder Constituinte. *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, n.º 81, janeiro/março, 1984, pp. 153 e ss.

os métodos de decisão, através de uma Assembléia especial, que seria eleita expressamente para os trabalhos constituintes.

A Assembléia Nacional Constituinte é reconhecida como uma necessidade, mas não podemos deixar de apontar que ocorreram distorções que não foram corrigidas. Prendeu-se uma Constituinte que seria a via onde toda a sociedade civil, através de seus legítimos representantes, deveria encontrar, de conformidade com a heterogenia de interesses, a convergência para o ensejo de um pacto social autêntico.

Essas reflexões denunciam a falta de representatividade constituinte do Congresso Nacional, com poderes constituintes. A futura Constituição, elaborada por esse Congresso, poderá, dentro de pouco tempo, ser questionada em sua legitimidade e sua autenticidade: "Antes de tudo, é preciso lembrar que o atual Congresso Nacional, que seria encarregado das reformas, tem precária representatividade. A par dos Senadores indiretos, os "biônicos" escolhidos pelo General Ernesto Geisel e não pelo povo, existe um grande número de Senadores e Deputados que só obteve um mandato valendo-se do uso da máquina administrativa, da corrupção econômica e de outros artifícios dessa espécie, propiciados pelo sistema eleitoral e partidário.

Além disso, é preciso considerar que o caráter antidemocrático está em toda a Constituição vigente e não apenas em alguns dispositivos. Considera-se também que a Constituição consagra um sistema político, econômico e social injusto, que precisa ser alterado em profundidade, não bastando alguns remendos. É exatamente por isso que os próprios líderes dos movimentos pelas eleições diretas reconhecem que essa conquista, embora podendo representar um progresso, será insuficiente, pois *poderá significar apenas a substituição de uma peça da máquina de produzir injustiças, que é o atual sistema constitucional brasileiro*" (55).

A fórmula consagrada, em que o próprio Congresso eleito em 1986 fará as vezes de Assembléia Nacional Constituinte, em 1987, tem sido objeto de inúmeros reparos de ordem doutrinária, de prática democrática e autenticidade constitucional.

Em certos debates, foram levantados questionamentos que poderiam melhorar a fase do processo constituinte, teses que defendiam a *participação dos avulsos, proposta que facultasse candidatos, sem vinculação partidária, disputarem eleições, ou a adoção do referen-*

(55) DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Hora e Vez da Constituinte*, *Jornal do Advogado*, Órgão Oficial da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, ano XI, n.º 111, junho, 1984, p. 18; *idem*, *A Constituição como Meio para uma Ordem Social Justa*; ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1985; *idem*, *Constituição: Conheça e Participe*, Promoção da OAB/MG, subseção de Ipatinga.

dum, poderiam diminuir os efeitos que decorrem do fato de Constituinte e Congresso confundirem-se em organismo único.

É permanente a preocupação em se conciliar, mesmo na sistemática adotada, o relacionamento entre Constituinte e participação popular, para que sejam superadas as impropriedades que ocorrem nas distinções entre Assembléia Nacional Constituinte ou Convenção Constituinte.

Mesmo que as evidências revelem a posição do Governo, e dos grupos que o apóiam, para um Congresso Constituinte, a doutrina vem expondo as precariedades de tal entendimento: "Entre muitos fatores que levam à preferência, é realçado o fato de o Parlamento ser organismo de produção legislativa, cujos participantes são políticos com vocação parlamentar e que pretendem continuar sua carreira pública, os quais, quando revestidos da condição de Constituintes, tendem a legislar sobre a Lei Maior, como se de legislação ordinária ou cotidiana se tratasse. Até porque exercem, simultaneamente, as duas funções, não podendo dedicar atenção exclusiva àquelas de Constituinte.

Acresce-se outro aspecto, o de que estão vinculados às estruturas partidárias preexistentes, projetando muito mais a concepção de partidos, muitas vezes sem qualquer conotação ideológica.

A Assembléia Constituinte, ao contrário, nasce de convocação para a qual se candidatam aspirantes, que pretendem trabalhar, objetivando a produção da Carta Maior e encerrando sua participação com a promulgação da lei suprema. O casuismo, portanto, passa a ser elemento de menor relevância, mormente se a Assembléia for convocada, a par do Parlamento, evitando-se que mandatos possam ser cumulados, com o que os parlamentares de carreira passam a dela não participar".

A constitucionalização tomou caminhos diferentes, desde que o Governo conduziu o processo. A Mensagem, que recebeu o número 330, do Presidente da República, propôs a convocação da Assembléia Nacional Constituinte, prevendo a investidura de poder constituinte pleno nos Deputados Federais e Senadores, escolhidos pelo sufrágio direto do povo. A proposta, em seu expressar, afirma que se limita a estabelecer critérios das sessões de instalação e a eleição do presidente da Assembléia Nacional Constituinte, indicando que ela funcione na sede do Congresso Nacional, como corpo único, sem a divisão própria do sistema bicameral⁽⁵⁶⁾.

(56) MARTINS, Ives Gandra da Silva. Reflexões sobre o constitucionalismo brasileiro, *Convívium*, ano XXIII, vol. 27, n.º 6, novembro/dezembro, 1984, p. 437; MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. Constituintes e Constituições do Brasil, *Advogado*, publicação do IARGS — Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, ano II, n.º 6, abril/junho, 1985, número especial: Constituinte, pp. 9 e ss.

O bicameralismo, entretanto, funcionará nos trabalhos da Legisla- tura, enquanto o poder constituído é de conformidade com as nor- mas constitucionais em vigor. Determina a duração da 1ª Sessão Legislativa da 48ª Legislatura, para promulgação da nova Constitui- ção, com **quorum** da maioria absoluta, para estabelecer a adoção do projeto e das respectivas emendas. Expressa, ainda, que a Assembléa Nacional Constituinte será a fiadora do novo pacto nacional.

Assim, em 28 de junho de 1985, foi enviada a proposta de Emenda Constitucional, no sentido de ser convocada uma Assembléa Nacional Constituinte, por intermédio do Executivo, com a possibili- dade do surgimento do 4º Congresso Constituinte (1891, 1933, 1946), nos seguintes termos:

“Art. 1º — Os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, sem prejuízo de suas atribuições consti- tucionais, reunir-se-ão unicameralmente em Assembléa Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 31 de janeiro de 1987, na sede do Congresso Nacional.

Art. 2º — O Presidente do Supremo Tribunal Federal instalará a Assembléa Nacional Constituinte e dirigirá a sessão de eleição do seu presidente.

Art. 3º — O projeto de Constituição será promulgado no curso da primeira Sessão Legislativa da 48ª Legislatura, depois de aprovado, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos membros da Assembléa Nacional Constituinte.”

Várias são as particularidades que afetam a natureza do processo constituinte, quando o próprio Executivo afirma que está “em plena vigência uma ordem jurídica e suas instituições políticas e civis, cujo império se estenderá até o momento em que for promulgada a nova Constituição”.

Dando seqüência ao processo “constituinte” armado pelo Exe- cutivo, surge o Decreto nº 91.450, instituindo a “Comissão Provisória de Estudos Constitucionais”, composta de 50 membros, com a fina- lidade de “desenvolver pesquisas e estudos fundamentais, no interesse da nação brasileira, para futura colaboração aos trabalhos da Assem- bléa Nacional Constituinte”.

Várias foram as críticas feitas ao Alto convocatório da Constitu- inte e à Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, tendo em vista a orientação tipicamente governamental e conciliatória com as instituições anteriores.

Em substancioso parecer, como Relátor da Comissão Mista do Congresso Nacional, o Deputado Flávio Bierrenbach propôs substitu-

tivo à proposta de Emenda à Constituição nº 43, de 1985 — CN, que convoca a Assembléia Nacional Constituinte.

Foram apresentadas 13 emendas ao ato convocatório (dos Deputados Marcelo Linhares, Djalma Bom, Floriceno Paixão, Nelson Marchezan, Pedro Colin, Gérson Peres, Manoel Costa Junior, Hermes Zanetti, Leur Lomanto, Jorge Veguel, Domingos Leonelli, Nadir Rosseti, Sérgio Luiz e do Senador Itamar Franco).

A Emenda Constitucional teve a participação dos poderes constituidos, originou-se do Presidente da República, que teve a iniciativa de propô-la, sendo que o Congresso Nacional discutiu e votou a Emenda. Foram feitas alterações substanciais por parte das correntes políticas que compõem o Congresso Nacional, que pretenderam influenciar o processo convocatório.

Das treze emendas apresentadas à Comissão Mista do Congresso Nacional, por ocasião da análise da proposta presidencial de convocação da Assembléia Constituinte Nacional, nem todas pretendiam os mesmos critérios de modificação. Quatro substitutivos pretenderam fazer alterações de maior substância, ao passo que as restantes nove emendas introduziram alterações na proposta oficial.

Mais uma vez, alguns substitutivos tentaram criar a Constituinte exclusiva, com a finalidade específica de elaborar e votar a nova Constituição (Emendas nºs 2, 3, 4 e 11).

O substitutivo à proposta de Emenda da Presidência da República, de autoria do Deputado Nelson Marchezan, dizia: "Fica convocada a Assembléia Nacional Constituinte, livre, soberana e exclusiva, que será eleita, em todo o território nacional, no dia 1º de junho de 1986 (art. 1º)".

O Deputado Floriceno Paixão, baseado em Projeto do Movimento Gaúcho da Constituinte, apresentou outro substitutivo, onde dizia no art. 1º: "É convocada a Assembléia Nacional Constituinte, livre, soberana e exclusiva, que será eleita em todo o território nacional, no dia 26-5-86".

Já outras emendas trouxeram a debate a aceitação das candidaturas avulsas ou extrapartidárias (nºs 3 e 7).

A idéia de consulta popular ou **referendum** não foi esquecida no que diz respeito à duração do mandato do Presidente da República, à organização do Poder Legislativo, ao sistema parlamentar ou sistema presidencial de governo (Emenda nº 1); **referendum** da Constituição (Emenda nº 3); plebiscito acerca das questões que conseguissem voto favorável de um terço dos membros da Assembléia Constituinte (Emenda nº 8); aprovação ou não aceitação do sistema parlamentar de governo (Emenda nº 9).

O Deputado Flávio Bierrenbach, relator da Comissão Mista, com seu substitutivo à Proposta de Emenda nº 43, de 1985, sugeriu: con-

sulta prévia plebiscitária (art. 1º), com o objetivo de esclarecer a natureza do Poder Constituinte, se seria exclusivo ou não (arts. 2º e 3º); o referendun popular, para disposições rejeitadas pela Assembléia Constituinte (art. 6º, parágrafo único); foro criminal para julgamento dos Constituintes (art. 8º, § 3º); casos de inelegibilidade à Assembléia Nacional Constituinte (art. 9º); funcionamento de comissão representativa para exercer as atribuições ordinárias do Congresso (art. 10); revogar os arts. 154, 155, 158, 159 e 181 da atual Constituição, referentes ao abuso do direito individual e político, medidas de emergência, estado de emergência, o conselho constitucional, exclusão de apreciação judiciária para atos do comando supremo da revolução (art. 11); revogar a atribuição do Procurador-Geral da República, para suspender o exercício do mandato parlamentar, até decisão final do Supremo Tribunal, em crimes contra a segurança nacional, nos termos dos arts. 32, § 5º, e 119, I, letra j, da Constituição emendada de 1969, modificado pela Emenda Constitucional nº 25, de 15 de maio de 1985, para declarar que, no caso do § 5º do art. 32, "a perda ou suspensão será automática e declarada pela Câmara respectiva", sem eliminar a controvertida competência do Procurador-Geral da República, nos termos do substitutivo do Deputado Flávio Bierrenbach (art. 12); alterar redação dos arts. 81, inciso XVI, e 156 da Constituição (arts. 13 e 14); o deferimento às Câmaras municipais da promoção de reuniões semanais para receber sugestões dirigidas à Assembléia Nacional Constituinte (art. 15, §§ 1º e 2º); conceder anistia ampla, geral e irrestrita, nas condições estabelecidas, de maneira minuciosa, pelo substitutivo (art. 16, §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º); aplicar à eleição para a Assembléia Constituinte e às consultas plebiscitárias a legislação eleitoral e as instruções do Tribunal Superior Eleitoral (art. 17); fixar a dissolução da Assembléia Constituinte, a não ser que o texto estabecesse de maneira contrária.

Não se pode negar a propriedade e a validade desse substitutivo que, no entanto, foi rejeitado. Teria condições de melhor legitimar o processo constituinte brasileiro, além de sanar várias dúvidas.

O novo Relator, Deputado Walmor Giavarina, teve o seu substitutivo aprovado. Estabeleceu pequena modificação, para retirar a ressalva do exercício das atribuições constitucionais dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado, que o substitutivo originariamente mantinha (art. 19). Foi o substitutivo menos amplo que o do Deputado Flávio Bierrenbach, com apenas cinco artigos: configurou como livre e soberana a Assembléia Nacional Constituinte, qualificação que deveria ser desse órgão supremo do poder; fixou a data de 1º de fevereiro de 1987 para a reunião unicameral na sede do Congresso (art. 1º); aceitou o presidente do Supremo Tribunal Federal na direção da sessão de instalação da Assembléia Constituinte (art. 2º); afirmou que a Constituição será promulgada, depois da aprovação do texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos membros da

Assembléa Constituinte (art. 3º); aceitou uma limitação relevante ao processo deliberativo da Assembléa, pois, sendo livre e soberana, poderá rever a matéria, para regular, de maneira diversa, a tramitação e o **quorum** de aprovação.

O substitutivo não faz referência ao órgão de promulgação, que deverá coincidir com a Mesa da Assembléa Constituinte, como ocorreu nas Constituições brasileiras anteriores.

A Emenda Constitucional de nº 26, também, foi omissa na definição do órgão que promulgará o novo texto constitucional.

De conformidade, ainda, com o substitutivo aceito, concedeu-se anistia a todos os servidores públicos civis da administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares, com normas reguladoras da anistia (art. 4º, §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 7º e 8º). Deu nova redação à alínea c, § 1º, do art. 151 da Constituição, para disciplinar os casos e os prazos de inelegibilidade dos titulares efetivos ou interinos de cargo ou função (art. 5º).

O substitutivo da Comissão Mista foi aprovado por dois terços dos votos dos membros de cada uma das Casas do Legislativo, em dois turnos de votação, apurados em sessão conjunta.

Após a tramitação, as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal promulgaram, nos termos do artigo 49 da Constituição federal, a Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, convocando a Assembléa Nacional Constituinte:

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

Muitas são as críticas surgidas em torno do processo convocatório. A Assembléa Constituinte só será legítima se representar, de maneira autêntica, toda a sociedade brasileira, sem que qualquer de seus segmentos esteja ausente de sua composição. A Assembléa Constituinte, como afirma ANTONIO PAULO CACHAPUZ DE MEDEIROS, “é órgão de representação do povo soberano e não órgão de representação soberana do povo. Por conseguinte, a Constituição, preparada e redigida pelos representantes populares, reunidos em Assembléa Constituinte, deve ser ratificada expressamente pelo povo — titular do Poder Constituinte — por meio de **referendum**”.

Essas e outras deficiências, ainda, são objeto de permanentes críticas, apesar da proximidade de uma Assembléa Nacional Constituinte. Estaria suficientemente formalizada a participação do povo ou será mais uma frustração na evolução do nosso constitucionalismo.

Não se pode negar a importância de uma Assembléa Constituinte, mas para tal é necessário estar a mesma revestida de legitimidade.

Objetivando o ordenamento jurídico-político fundamental do Estado, daí a ocorrência de poderes extraordinários e decisórios, o ambiente constituinte deve ser revisto em sua plenitude, mesmo que se aceitem limitações extraconstitucionais, decorrentes do costume constitucional, de fatores sociológicos, religiosos, éticos, políticos e até jurídicos, se possível admiti-los.

A Assembléia Constituinte define o perfil institucional do Estado, ao estabelecer a forma de governo, a forma de Estado e o sistema de governo (presidencial, parlamentar, conselho, semipresidencial); organização, competência e os órgãos que exercem os poderes estatais; enumeração dos direitos e garantias individuais; direitos sociais; ordem econômica.

A convocação da Constituinte foi ordenada e fixada pelos órgãos estatais constituídos, nos termos limitativos da Constituição em vigor. O próprio mecanismo de emenda à Constituição demonstra essa orientação, como não se poderia seguir outro caminho, pela ausência de fato revolucionário.

Admitindo-se como superada qualquer discussão sobre a reformulação dos mecanismos utilizados para a convocação da Constituinte, aceitando-a com suas imperfeições políticas e técnicas, torna-se necessário refletir sobre o texto da futura Constituição. Várias são as propostas sobre o tipo de Constituição que irá ser elaborada, bem como as suas características essenciais. Muitos dos temas clássicos, a todo o momento, são mencionados como de relevância excepcional.

Frente a essa evidência de um Congresso que fará, bem ou mal, as vezes de uma Assembléia Nacional Constituinte, em 1987, convém passarmos para o exame das propostas constitucionais e o seu conteúdo ideológico. O constitucionalismo brasileiro sofreu, como ocorre com os outros, diversas influências internas e externas.

O sistema presidencial americano, o federalismo, a separação de poderes, o liberalismo econômico, o sistema judiciário, o controle de constitucionalidade das leis, já aparecem na Constituição de 1891.

A revolução de 1930, o movimento constitucionalista de São Paulo, em 1932, são fatos importantes que definem o fim da Primeira República, com alterações significativas no processo constitucional. O constitucionalismo social, a ordem econômica e social, os avanços consignados na Constituição mexicana de 1917 e na de Weimar, em 1919, conduziram a significativas alterações nas instituições constitucionais que passam a refletir as modificações que surgiam no constitucionalismo europeu, da Primeira Grande Guerra Mundial. Novas perspectivas despontaram no horizonte constitucional: "A técnica do socialismo enriqueceu a construção constitucional dos nossos dias: o direito ao trabalho, o direito à instrução e à educação iguais e gratuitas, o direito das famílias numerosas à proteção e ao cuidado do Estado, o direito aos meios de existência (não se confunda com o direito ao trabalho).

“Junto a esta obra criadora do direito socialista, surge a obra limitativa, corregedora, que reduz ao que devem ser certos direitos constitucionais. Obra de pouco mais de um decênio, existe, no direito positivo das nações renovadas, o novo conceito de propriedade. Nas doutrinas, nas teorias, sempre houve novos conceitos de tal direito. A própria história mostra que nem sempre foi a mesma a compreensão de propriedade. Porém, não é a isto que nos referíamos. Referimo-nos ao conceito de propriedade, tal qual exsurge no novo direito constitucional positivo” (57).

A Constituição de 1934 refletiu as novas tendências do constitucionalismo social, ao mesmo tempo que atendia a representação profissional. Essa fase constitucional foi breve, em decorrência do autoritarismo implantado pelo regime de 1937 e o texto que procurou refletir as tendências centralizadoras e autocráticas.

A Constituição de 1946, refletindo o clima democrático que passava pelo mundo, com a derrota das formas totalitárias, renascendo um clima liberal, com tendências sociais, consagrou as fontes essenciais do republicanismo, do federalismo e do sistema presidencial de governo.

O constitucionalismo brasileiro, em todas as suas formas e etapas, possivelmente terá *acentuada repercussão na elaboração do próximo texto constitucional*. É preciso não esquecer que certas matrizes constitucionais exercerão, também, grande influência. Além daquelas que se anotam em Constituições anteriores, como a do sistema constitucional norte-americano, outros modelos e experiências são mencionados e examinados no dia de hoje.

Outro fator de grande relevo, que trará significativa influência, é a composição político-partidária, com as várias tendências, que irão atuar na Constituinte. Apesar de existirem permanentes referências às Constituições da Alemanha, de 1949, da Itália, de 1947, da França, de 1958, de Portugal, de 1976, com a revisão de 1982, e da Espanha, de 1978, outros sistemas como o inglês, o suíço e o da própria Escandinávia fornecerão novos subsídios para os estudos. Muitas dessas Constituições procuram redefinir instituições clássicas, no que diz respeito aos mecanismos de controle da constitucionalidade, controle das atividades administrativas (Ombudsman, Provedor de Justiça, Mediador), a organização federal, o sistema de governo, a definição dos direitos fundamentais e a ordem econômica e social.

As discussões acerca do conteúdo, brevidade ou não do texto, a força estabilizadora do texto e sua durabilidade são preocupações permanentes. A Constituição dos Estados Unidos, que fará em 1987 duzentos anos, a da Inglaterra (com vários textos) e outras Constituições européias, com adaptações e modificações (Bélgica, Suíça, Noruega, Suécia,

(57) MIRANDA, Pontes de. *Os Fundamentos Atuais do Direito Constitucional*. Empresa de Publicações Técnicas, Rio de Janeiro, 1932, pp. 379 e 380.

Dinamarca), são consideradas como textos dotados de permanência e durabilidade. A limitação da matéria constitucional a certos temas básicos (organização dos poderes, declaração e garantias dos direitos individuais, competência dos órgãos do Estado) é para certos expositores uma das causas dessa permanência. As Constituições clássicas, com pretensões limitadas na estruturação do Estado, não explicam a durabilidade de seus textos. Nos Estados Unidos, convém salientar o papel inovador de intérprete que tem o Judiciário, na releitura atualizada do texto clássico e único do constitucionalismo americano, com suas emendas, grande parte votadas no início da sua vigência. A estabilidade daquelas instituições provém de outros fatores, além do acima apontado. A preocupação com a duração e a estabilidade nem sempre encontra apoio; existem aqueles que propõem revisões temporárias, formas de atualização do texto através do poder constituinte derivado ou instituído.

É de se lembrar que, se a Constituição dos Estados Unidos fosse feita nos dias de hoje, novas seriam as pretensões de seus elaboradores, tendo em vista as atuais concepções sobre as atribuições do Estado. A ampliação de matérias que são elevadas a nível constitucional é uma evidência do constitucionalismo contemporâneo⁽⁵⁶⁾.

Os acréscimos, em matéria constitucional, que fazem, em muitos casos, surgirem Constituições longas, apesar das novas exigências que o homem faz ao Estado, conduzem às reflexões sobre o texto minucioso, que passaria a ser quase regulamentar de todas as pretensões do ser humano. Nos Estados onde não existe certa estabilidade constitucional, ocorre essa preocupação na constitucionalização dos temas básicos de todos os ramos do direito, naquilo que têm implicação com o direito constitucional. O relacionamento entre a atividade legislativa, a existência de normas programáticas e a complementação das normas constitucionais, o reconhecimento da mutabilidade das normas ordinárias e o de certa rigidez das normas constitucionais, que devem ser permanentes, têm sido assunto de especulações doutrinárias. Nem todos fazem críticas acentuadas à mutabilidade constitucional, como ocorre com o constitucionalismo soviético, que vê, em cada Constituição, uma etapa do processo de socialização permanente.

Definir o objeto, a natureza, a durabilidade, extensão, fim, o conteúdo e a ideologia da Constituição é tarefa permanente, desde que as aspirações sociais são dinâmicas e, às vezes, incontidas em um texto formal.

(56) ASENJO, Oscar de Juan. *La Constitución Económica Española*, ob. cit.; BADIA, Juan Ferrando. *Democracia Frente a Autocracia. Hacia una Democracia Económica, Social y Política*, ob. cit.; FRIEDRICH, Carl J. *Constitutional Government and Democracy. Theory and Practice in Europe and America*. Blaisdell Publishing Company, Waltham, Massachusetts, Toronto-London, 1975, 4.^a ed.; ZAMPETTI, Pier Luigi. *La Partecipazione Popolare al Potere*, Mursia Editore, Milão, 1976.

Imunidades parlamentares dos Vereadores

ZENO VELOSO

Professor de Direito Civil do Centro
de Estudos Superiores do Estado do
Pará (Cesep) e da Universidade Fe-
deral do Pará

I. *Imunidades Parlamentares: generalidades, conceito, espécies*

Etimologicamente, imunidade vem do latim *immunitas*, vocábulo que significa privilégio, isenção, prerrogativa.

A imunidade parlamentar, de antiqüíssima origem anglo-saxônica, representa uma vigorosa conquista democrática, uma constante, um ponto comum do direito constitucional de todos os povos.

Nasceu a imunidade das práticas e dos costumes, incluindo-se fragmentariamente no direito constitucional inglês como resultado dos conflitos entre a Coroa e a Câmara dos Comuns, tendo o instituto, após secular sedimentação, firmando-se no *Bill of Rights*, de 13 de fevereiro de 1689, cujo § 9º declarou: "Que a liberdade de palavra e os debates ou processos parlamentares não devem ser submetidos a acusação ou a apreciação em nenhum tribunal ou em qualquer lugar que não seja o próprio Parlamento." O princípio

passou depois para as Constituições escritas do século XVIII, como a dos Estados Unidos da América, de 1787 (art. 1º, seção 6.1) e a da França, de 1791 (seção V.7). Nos séculos XIX e XX, a regra é acolhida expressamente, embora com variações, em todas as Constituições editadas.

As imunidades parlamentares representam uma garantia do Poder Legislativo. Traduzem uma exceção ditada constitucionalmente ao direito comum, porque, nas suas duas formas clássicas, irresponsabilizam os representantes do povo, no exercício de suas funções, por suas opiniões, palavras e votos, e impedem que eles sejam presos ou processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara.

Em nosso direito, a imunidade parlamentar é um tradicional instituto, consagrado há muito mais de um século, desde a Constituição do Império (arts. 26 e 27), passando por todas as Constituições Republicanas: de 1891 (arts. 19 e 20), de 1934 (arts. 31 e 32), 1937 (arts. 42 e 43), 1946 (arts. 44 e 45), 1967 (art. 34).

Doutrinariamente, a imunidade se divide em duas espécies: a primeira, conhecida como *imunidade material*, e a segunda como *imunidade formal* ou *processual*. Falaremos, adiante, de cada uma das espécies.

II. *Imunidade material*

A imunidade material, *freedom of speech* do direito inglês, é a *inviolabilidade*, que a doutrina francesa denomina “irresponsabilidade”, e a alemã chama “indenidade”. Acobertado pela inviolabilidade, o Parlamentar não pode ser alcançado, não pode ser processado, não pode ser perseguido, nem molestado, no exercício do seu mandato, por suas opiniões, palavras e votos. Inexiste crime neste caso, o que vale dizer: as opiniões, palavras e votos perdem qualificação penal quando proferidos por Parlamentar no exercício de mandato legislativo.

A luz do direito comparado, podemos afirmar que a maioria dos países reconhece a *irresponsabilidade absoluta*, tanto civil quanto criminal, pelas opiniões, palavras e votos que o Parlamentar proferir no exercício do mandato. Assim é, por exemplo, no Japão, na Argentina, na Espanha, na Itália e na França. Outros, porém, contemplam a *irresponsabilidade relativa*, opondo restrições à inviolabilidade, excluindo-a em determinados casos. A Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, art. 1º, Seção VI, dispõe que os Senadores e os Representantes gozarão do privilégio de não poder, em caso algum, ser presos enquanto se acharem presentes à sessão de sua respectiva Câmara, nem durante o tempo que

gastarem para ir a ela ou dela voltarem, salvo por traição, felonias e violação da paz pública (breach of peace). A Constituição da República Federal da Alemanha, de 1949, art. 46, I, confere também a prerrogativa da inviolabilidade aos membros do *Bundestag*, exceto nos casos de ofensas difamatórias (dies gilt nicht fuer verleumderische Beleidigungen). No Brasil, a imunidade material não é irrestrita, mas limitada. Nossa Constituição, art. 32, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 22, de 29 de junho de 1982, proclama: "Os Deputados e Senadores são invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, salvo no caso de crime contra a honra."

Antes de 1969, restrições e limitações à inviolabilidade, em toda a história do direito constitucional legislado no Brasil, só tivemos em 1937, com a Carta de 10 de novembro daquele ano, inspirada na Polonesa de 1935, do Marechal Pilsudski, e por isso mesmo tristemente famosa como "A polaquinha". Pela Constituição de 1937, sob cuja égide, por sinal, o Poder Legislativo jamais se reuniu, o Parlamentar não ficava imune da responsabilidade civil e criminal por difamação, calúnia, injúria, ultraje à moral pública ou provocação pública ao crime (art. 43, *caput*).

Após a Revolução de 1964, o Congresso, embora não investido de poder constituinte, votou a Constituição de 24 de janeiro de 1967, com vigência a partir de 25 de março de 1967, que, repetindo a mesma redação do art. 44 da Constituição de 1946, prescreveu, no art. 34: "Os Deputados e Senadores são invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos." Como se vê, pelo texto original da Carta de 1967, a inviolabilidade era ampla e absoluta. Logo depois, todavia, em decorrência de grave crise político-militar, e profundas divergências entre o Congresso Nacional e a Presidência da República, justamente por um problema relacionado com as imunidades parlamentares, foi editado o AI-5 e inúmeros outros atos de exceção; ficou em recesso o Congresso e, ante o impedimento do presidente Costa e Silva, os Ministros Militares, que haviam assumido a Presidência da República, promulgaram a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, alterando profundamente a Carta de 67, cujo art. 34 passou a ser o art. 32, com a seguinte redação: "Os Deputados e Senadores são invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, salvo nos casos de injúria, difamação ou calúnia, ou nos previstos na Lei de Segurança Nacional." Mantida, embora, a imunidade material, ela já não era mais absoluta, pois os Parlamentares não estavam excluídos da criminalidade, nos casos apontados. Abriram-se, então, várias brechas à inviolabilidade, quando se tratasse de crime contra a honra e os atentatórios à segurança nacional, estes últimos de conteúdo elástico, conceito prenhe de

subjetivismo, tipificação fluida e insegura, o que gerou incertezas e limitações na atividade parlamentar. Tal situação perdurou por quase dez anos, até que, em 1978, quando já sopravam os primeiros ventos da redemocratização do País, o Congresso aprovou a Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1979, revogando-se os Atos Institucionais, e dando ao art. 32 da Constituição a redação seguinte: "Os Deputados e Senadores são invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, salvo no caso de crime contra a segurança nacional." A Emenda nº 11 ficou a meio caminho do texto original da Carta de 67 e do estatuído na Emenda nº 1, porque restaurou a inviolabilidade no que se refere aos crimes contra a honra, mas manteve como exceção à regra os crimes contra a segurança nacional. Por último, através da Mensagem Presidencial nº 189/82, o Executivo remeteu ao Congresso o Projeto que redundou na Emenda Constitucional nº 22, de 29 de junho de 1982, dando a atual redação ao art. 32 de nossa Carta Magna: "Os Deputados e Senadores são invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, salvo no caso de crime contra a honra." Este o estágio da matéria, entre nós, sendo patente, na Emenda nº 22, a influência da Constituição alemã, de 1949, que mais propriamente deve ser chamada Lei Fundamental de Bonn.

Regra geral, pois, o Deputado ou Senador é livre para falar, votar, emitir conceitos, pareceres e opiniões, no exercício de seu mandato. A não ser que se trate de caso tipificado no Código Penal como injúria, difamação ou calúnia (crimes contra a honra), o Parlamentar é excluído da ação, a hipótese criminal não se configura, por força daquele dispositivo constitucional material (art. 32). O saudoso mestre PONTES DE MIRANDA, enfocando a inviolabilidade, disserta: "Se não se abre o processo é porque todo processo supõe regra de direito material que incida e se tenha de aplicar e, na espécie, não há exatamente regra de direito material. A lei material exclui o crime mesmo" (1). Em obra mais recente, o egrégio juriconsulto ensina: "a opinião do Deputado ou Senador é livre, os chamados crimes de opinião não o alcançam, as regras de direito penal e de outras leis, sobre a manifestação do pensamento, até a Tribuna não chegam" (2).

A imunidade material, também chamada inviolabilidade, consiste na irresponsabilidade civil e criminal do Parlamentar. É uma garantia que se lhe defere, uma prerrogativa que o protege, menos a ele, individual e pessoalmente, mas ao próprio Poder que ele

(1) PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1946*, v. II, p. 29.

(2) PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967* — Com a Emenda n.º 1, de 1969, 2ª ed., t. III, p. 5.

integra, para que o Legislativo cumpra e possa cumprir, sem pelas e entaves, o seu relevante papel, histórico e constitucional, de intérprete fiel, indormido e corajoso das mais justas aspirações e dos mais lídimos anseios e interesses do povo. RUI BARBOSA observou, com a acuidade que lhe era peculiar, que as imunidades parlamentares não são privilégio dos membros do Congresso, esclarecendo: "Privilégio constituem elas, sim, mas da Câmara, do Senado, do Congresso, da nação, cujas vontades ele exprime no exercício do Poder Legislativo, e não poderia exprimir com a sobrançeria precisa sem esse escudo para a consciência dos seus membros" (3). Entretanto, aponta RAUL MACHADO HORTA (4), é muito freqüente a associação entre imunidades e privilégios. Por entenderem-na um privilégio, que devia por todas as razões ser afastado, a imunidade parlamentar foi estigmatizada pelos constitucionalistas JOÃO BARBALHO (5), AURELINO LEAL (6) e AMARO CAVALCANTI (7). Não têm razão, porém. A imunidade constitui uma prerrogativa e não um privilégio. E, se consagra exceção ao direito comum, não visa a favorecer o indivíduo, mas o órgão; não quebra o princípio da isonomia, porque o que pretende amparar, proteger e beneficiar é a instituição. Na frase expressiva de EISMEIN, por todos repetida, a imunidade é "um axioma do governo representativo" (8). O velho PIMENTA BUENO, entre nós, sempre atual nos seus conceitos, já fizera sentir que: "A inviolabilidade dos representantes da nação quanto às opiniões que proferirem no exercício de suas funções é um atributo, uma condição essencial e inseparável da existência das Assembléias Legislativas; é o princípio de alto interesse público que anima a liberdade das discussões, o dogma constitucional, a soberania da nação no exercício do Poder Legislativo" (9). Este é o ponto! O destinatário imediato da imunidade não é o Parlamentar, mas a Câmara, e, por extensão, o povo, que fala pela voz de seus representantes.

A imunidade parlamentar é um verdadeiro estelo do regime democrático. Não representa um privilégio pessoal, insistimos, mas

(3) RUI BARBOSA. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, colligidos e ordenados por Homero Pires, v. II, p. 41.

(4) RAUL MACHADO HORTA. "Imunidades Parlamentares" na *Revista de Informação Legislativa*, n.os 15/16, p. 44.

(5) JOAO BARBALHO. *Constituição Federal Brasileira — Comentários*, 2ª ed., p. 93.

(6) AURELINO LEAL. *Teoria e Prática da Constituição Federal*, p. 285.

(7) AMARO CAVALCANTI. *O Regime Federativo e a República Brasileira*, p. 357.

(8) EISMEIN. *Éléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé*, 8ª ed., v. II, p. 419.

(9) PIMENTA BUENO. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, ed. do Ministério da Justiça, n.º 144, p. 117.

garantia do próprio Poder Legislativo. E não é por acaso, ensina o eminente PAULO BROSSARD, "que as poucas nações que desconhecem a imunidade material ou irresponsabilidade legal são dominadas pela chamada "ditadura do proletariado", apontando o autor ⁽¹⁰⁾, que ignoram a imunidade de direito material e consagram apenas a imunidade processual a Rússia (art. 52 da Constituição de 1936), a Albânia (art. 49 da Constituição de 1946), a Hungria (art. 11, II, da Constituição de 1949), a Romênia (art. 59 da Constituição de 1948), a Polónia (art. 16 da Constituição de 1952), a Coreia (art. 44 da Constituição de 1948), a Mongólia (art. 32 da Constituição revista em 1952), a China comunista (art. 37 da Constituição de 1954).

A professora ROSAH RUSSOMANO ⁽¹¹⁾ expõe que "a imunidade de direito constitucional material enlaça todos os atos peculiares à função legislativa, desde que praticados no exercício da mesma". E praticamente todos os autores, nacionais e estrangeiros, falando de suas características, apontam que a inviolabilidade é ampla, plena, permanente (perpétua) e absoluta. Em razão da inviolabilidade, fica obstada e excluída, absoluta, total e permanentemente, qualquer ação repressiva com base em discursos, opiniões, conceitos, pareceres, votos e palavras proferidas no exercício e por motivo do exercício do mandato, por um Parlamentar. Palavras que, se fossem proferidas por outro, não protegido pela garantia, exporiam o seu titular a uma ação penal ou à responsabilidade civil, ressalta JULIEN LEFERRIÈRE ⁽¹²⁾. Essas asserções, em nosso caso, só podem ser feitas corretamente tendo-se presente o art. 32 da CF e a exceção que ele consagra, no que tange aos crimes contra a honra.

Não é só o discurso, feito da Tribuna, que está abrangido pela imunidade. Também os pareceres e votos nas Comissões, entrevistas dadas a jornais, rádios, televisões, e, enfim, toda a opinião que se relacione com o exercício do mandato, todo o ato que nele esteja explícito ou implícito. Aliás, é menos da Tribuna e mais pelas páginas da imprensa livre que o Parlamentar moderno exerce verdadeiramente o seu mandato.

Não se olvide, entretanto, que a inviolabilidade não afasta e não elide a ação interna e disciplinar da própria Câmara, que pode e deve intervir para colibir abusos, reprimir excessos, mandando riscar dos Anais, por exemplo, um termo anti-regimental empregado, aplicando a pena de censura ao Parlamentar que se utilizar, nos

(10) PAULO BROSSARD. "Imunidades Parlamentares", na *Revista de Informação Legislativa*, n.º 63, p. 16.

(11) ROSAH RUSSOMANO. "Imunidades Parlamentares", na *Revista de Informação Legislativa*, n.º 81, p. 244.

(12) JULIEN LEFERRIÈRE. *Manuel de Droit Constitutionnel*, p. 707.

discursos e pareceres, de expressões desairosas a membros do Poder Legislativo ou às autoridades constituídas dos demais Poderes da República, evitando que sejam publicados pronunciamentos ofensivos, como pode até a Câmara, se se considerar ultrajada e ofendida, defender-se através do ataque ao mandato do seu membro, se configurado o grave atentado ao decoro parlamentar. Mas a qualquer outra pessoa ou entidade, pública ou privada, impede-se qualquer ação. Porque o crime inexistente, tendo sido material e expressamente excluído, a não ser que se trate de difamação, injúria ou calúnia.

Se os Deputados e Senadores são, conforme o art. 32 de nossa Constituição, invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, exceto tratando-se de crime contra a honra, estão eles protegidos pela imunidade material, sendo criminalmente irresponsáveis e, em consequência, impuníveis. Aliás, é curial: se não há crime, não pode haver processo. Na história recente do Pará tivemos um caso interessante e que elucida bem esta questão. Um Deputado estadual, de sua Tribuna, no exercício de seu mandato, fez pesadas acusações ao Governador, dizendo ter sido ele mandante de um crime de homicídio. O Governador oficiou ao Tribunal de Justiça do Estado, visando a processar criminalmente o Deputado. O Tribunal solicitou da Assembléia Legislativa a prévia licença para o processo, tendo o Parlamento estadual denegado o pedido. *Data venia*, houve no episódio alguns equívocos. Tratava-se de *inviolabilidade*, indenidade, imunidade material, e não da simples imunidade processual. Estava, então, em vigor o art. 32 da Constituição federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 11, de 1978. A única exceção prevista, à época, para a imunidade material, referia-se ao caso de crime contra a segurança nacional. Aquele Deputado, no caso, jamais poderia ser processado, pois tinha liberdade de palavra, e, no exercício do mandato, não responderia por suas opiniões. Ao Tribunal caberia, a nosso ver, indeferir liminarmente o pedido, por incabível, mandando simplesmente arquivá-lo. A Assembléia, por sua vez, não poderia ter sequer recebido a solicitação para o processo. Muito menos poderia tê-la negado, pela simples razão de que não poderia tê-la concedido. A imunidade material — salvo nos casos excepcionais — é tão ampla, plena e absoluta, que dela o Parlamentar não pode dispor. Muito menos pode a Casa legislativa abrir mão da prerrogativa, que nem exatamente dela mesma é, mas do povo. Tratando-se de inviolabilidade, reiteramos, o Parlamentar não pode ser processado. De modo algum! É irresponsável criminalmente, impunível. Nem com licença da respectiva Câmara. Até porque seria uma tautologia, uma absurdez jurídica maior da conta falar-se de tal licença, que, de jeito algum, poderia a Câmara conceder. Tratando-se de inviolabilidade, o que se consagra é a irresponsabilidade pessoal do Parlamentar,

o que se persegue é a sua liberdade de palavra, de expressão, a sua independência no exercício do mandato. E o mandatário do povo não responde perante qualquer Tribunal, a não ser o Tribunal de sua consciência e o próprio Parlamento que ele integra. Esses conceitos todos os juristas externam. E eles já estavam gravados, praticamente com essas palavras, no *Bill of Rights*, há quase trezentos anos.

III. *Imunidade formal*

A imunidade formal ou processual, *freedom from arrest* dos ingleses, ampara e protege o Parlamentar contra o processo criminal em geral, impedindo que ele seja preso, ou processado sem prévia licença de sua Câmara. Não se trata, evidentemente, da hipótese de opiniões, palavras e votos proferidos no exercício do mandato, pois seria o caso da inviolabilidade, relacionada esta com *atos funcionais*, e para os quais se exclui a qualificação criminal, vedada a ação penal, salvo crime contra a honra, conforme vimos acima.

A imunidade formal é uma prerrogativa do Parlamentar por atos praticados *fora* do exercício do mandato. E, ao contrário da inviolabilidade, que é absoluta, ampla, permanente e não pode ser suspensa, admite-se que ela seja levantada pelo Parlamento, e o Deputado ou Senador processado criminalmente, se a respectiva Câmara der licença para tal. A inviolabilidade, não sendo delito contra a honra, exclui o crime, inadmite o processo. A imunidade formal não exclui o crime, apenas obsta, paralisa, suspende o processo. A inviolabilidade é imunidade de fundo, perpétua. Consagra — salvo aquela exceção por tantas vezes apontada aqui, dos crimes contra a honra — a irresponsabilidade total, indenidade absoluta. Nem quando o Parlamentar deixar de sê-lo poderá ser acionado no foro civil ou criminal por suas opiniões proferidas durante o exercício do mandato, pois não houvera crime àquela época e não poderia existir processo depois, sentencia ROSAH RUSSOMANO (13). Outro é o mecanismo da imunidade formal. ALCINO PINTO FALCÃO, em excelente e clássica monografia sobre o assunto (14), expõe que ela atua apenas dilatoriamente sobre o curso da ação penal. Se a Câmara nega a licença, o processo não prossegue apenas *enquanto* durar o mandato do Parlamentar. Fica suspensa a ação criminal até o termo da função eletiva. Extinto o mandato, e não renovado, o ex-Parlamentar responderá pelo ato praticado e poderá ser punido.

(13) ROSAH RUSSOMANO. *Anatomia da Constituição*, p. 61.

(14) ALCINO PINTO FALCÃO. *Da Imunidade Parlamentar*, p. 13.

Tratando-se de imunidade formal, ela é só quanto à prisão, dilucida PONTES DE MIRANDA, que prossegue:

“Daí resulta que só prevalece *durante a investidura*. Se houve o crime, regido pela lei material, só se impede a prisão. Se o acusado deixa de ser Deputado ou Senador (e não se elege Senador ou Deputado), extinta está a função e, pois, a improcessabilidade. O juiz, diante da cessação da imunidade, leva adiante o processo, como se apenas dele houvesse esquecido. O crime continuou deserto; só o processo dormiu” (15).

No direito brasileiro, para falar apenas de um passado mais recente, a imunidade formal foi regulada na Constituição de 1946, cujo art. 45 estabelecia:

“Desde a expedição do diploma até a inauguração da Legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara.”

A Constituição de 1967 tratou da mesma forma o assunto, no art. 32, § 1º. Nota-se, à simples leitura do dispositivo, que a imunidade formal impedia que os Parlamentares pudessem ser presos, salvo flagrante de crime inafiançável, e que fossem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara. A prévia licença, é claro, era exigida para o caso de o Parlamentar praticar uma infração penal *estranha* ao exercício do mandato. Já foi dito, e repetimos que, tratando-se de opiniões, palavras, votos, no exercício e em função do exercício do mandato, o Deputado ou Senador está resguardado pela outra espécie de imunidade, a material, deixando a sua conduta de ser tipificada como crime, não podendo ele ser processado.

Quebrando uma tradição que vinha desde a Constituição do Império, a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, eliminou a imunidade processual, não exigindo mais que a Câmara se manifestasse previamente. Apenas manteve o impedimento da prisão do Parlamentar, “salvo em flagrante de crime comum ou perturbação da ordem pública”, limitando embora a eficácia temporal e espacial desta franquia, decotando a sua extensão, ao dispor que não poderiam os Deputados e Senadores ser presos apenas “durante as sessões, e quando para elas se dirigirem ou delas regressarem” (E.C. nº 1/69, art. 32, § 1º). Copiou-se o modelo norte-americano, dizendo a Constituição dos Estados Unidos, art. 1º, secção VI, I,

(15) PONTES DE MIRANDA. Ob. e t. cit., p. 19.

que os Senadores e os Representantes "Terão o privilégio de não poderem, em caso algum, salvo por traição, felonía e violação da paz pública, ser presos quando da sua comparência ou na ida ou no regresso de sessões da respectiva Câmara". Em nosso Texto Magno, com a actual e vigente redacção do art. 32, § 1º, os Parlamentares estão resguardados "desde a expedição do diploma até a inauguração da Legislatura seguinte".

Foi a Emenda Constitucional nº 11, de 1978, que fez a nossa Constituição retornar aos termos originários, de 1967, ficando o art. 32, § 1º, com a redacção seguinte:

"Desde a expedição do diploma até a inauguração da Legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara."

O § 2º do art. 32 rezava:

"Se a Câmara respectiva não se pronunciar sobre o pedido, dentro de 40 (quarenta) dias a contar de seu recebimento, ter-se-á como concedida a licença."

Nos crimes comuns, os Deputados e Senadores seriam submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal (art. 32, § 4º), sendo essa competência do Excelso Pretório atribuída pela Emenda Constitucional nº 1/69, o que de certo modo, opina PONTES DE MIRANDA, "atenua a eliminação do pressuposto processual da licença da Câmara dos Deputados ou do Senado" (16).

Antes de falarmos sobre a posição actual do assunto, conforme estabelecido pela Emenda Constitucional nº 22, de 1982, desejamos fazer mais algumas observações sobre a imunidade formal. Ela impede apenas que o Parlamentar seja processado *criminalmente*, sem prévia licença de sua Câmara. Nada obsta, portanto, que contra o Parlamentar seja proposta uma acção civil ou instaurado um processo administrativo.

Alerta o emérito THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI que, ao decidir sobre a conveniência ou não do procedimento criminal, exerce a Câmara função sem dúvida delicada, "em que se deve atender, de um lado, à necessidade de manterem-se as prerrogativas parlamentares e, de outro, ao decoro da própria Câmara, que não deve acobertar com excessiva benevolência a responsabilidade de seus membros" (17). Já se vê quão importante e difícil é a decisão,

(16) PONTES DE MIRANDA. Ob. e l. cit., p. 21.

(17) THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI. A Constituição Federal Comentada, 3ª ed., v. II, p. 32.

e a grave missão que pesa sobre o Parlamento. A imunidade formal nunca poderá ser a via para o descrédito do direito e para a falência da justiça. Transigir com os princípios, no caso, chega às lindes da conivência e pode se traduzir num estímulo ao crime. Nunca e jamais deverá servir a imunidade processual para acobertar o delito comum e favorecer a impunidade. Para chegar a uma decisão, pode e deve a Câmara examinar os aspectos formais do processo, verificar a existência e classificação do crime, os fundamentos da ação, analisar a procedência da denúncia, checar as provas e, sobretudo, perquirir se não se trata de uma perseguição política, de uma trama armada contra o Parlamentar, visando a confundir-lo, a expô-lo à execração pública, a atemorizá-lo e até a afastá-lo do Parlamento. Como expõe a doutrina francesa, e há mais de um século, deve a Câmara concluir "si la demande de poursuite est loyale et sérieuse et si elle n'est pas déterminée par des motifs politiques". Entretanto, não pode a Câmara invadir a atribuição do Judiciário. Ela não conclui se o denunciado é inocente ou culpado. Como um Tribunal Político, ela apenas decide se o seu membro será ou não processado criminalmente. Porém, se a imunidade formal ao que visa é, no cabo das contas, preservar a liberdade e a dignidade da Câmara, ante a possibilidade de serem elas afetadas pelo processamento de um dos seus membros, quando a mesma Câmara, sem razão e com base no simples "esprit de corps" denega a licença, macula-se na sua própria dignidade. Cabe aqui renovar a advertência do grande RAUL PILLA, citado pelo seu conterrâneo, PAULO BROSSARD: "Mais que os canhões, mais que os tanques, é a debilidade interna o que ameaça a existência das assembleias legislativas". Em 1923, como relator da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, FRANCISCO CAMPOS ponderava: "As assembleias democráticas têm uma tendência muito pronunciada a exagerar o sentimento da sua própria importância, o que as conduz, muitas vezes, a estender, além do limite razoável, as prerrogativas e privilégios que elas julgam essenciais à garantia e defesa da sua independência."

A imunidade formal, certamente, não foi estabelecida para que, ao sabor das emoções e paixões, prevalecesse o coleguismo, o compadrismo, a politiquice. Nem foi, seguramente, instituída para proteger a impunidade do crime. Seu objetivo precípua é o de resguardar a independência legislativa contra os abusos. Era o que ensinava PIMENTA BUENO, analisando a Constituição do Império, e opinando ainda: "Desde que houver delito, desde que razões políticas se não opuserem, parece fora de dúvida que a Câmara deve consentir na continuação do processo" (18). Os nossos mestres, antigos e modernos, chamam atenção para este aspecto, fazem as mesmas

(18) PIMENTA BUENO. Ob. cit., n.º 149, p. 120.

advertências. Mas todo o apreço e o respeito imenso que nutrimos pelo Legislativo não podem obscurecer o nosso espírito crítico, e temos desgraçadamente de apontar — como fazem, aliás, quase todos os autores — que, na prática, o instituto da imunidade formal, em nosso País, caiu no descrédito, perdeu o seu sentido nobre e verdadeiro, uma vez que a negativa para o processo é a regra, tornou-se sistemática, transmudando aquilo que significa uma prerrogativa num privilégio odioso, antidemocrático e merecedor do mais vivo repúdio. É impressionante (e chocante!) o depoimento da professora FERNANDA DIAS MENEZES DE ALMEIDA: “com relação ao Brasil, pudemos compulsar noventa e dois pareceres da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, sobre pedidos para processar membros da Casa, no período que medeia entre o início da vigência da Constituição de 1946 e a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 1/69, que eliminou a imunidade relativa ao processo criminal. Em apenas treze Projetos de Resolução a Comissão opinou favoravelmente à licença. Em nenhum caso a Câmara a concedeu” (19). De nossa parte, também pesquisamos a respeito do assunto, na Câmara Federal, e constatamos que, após a Emenda Constitucional nº 11/78, quando a imunidade formal foi restaurada em nossa Carta, até a Emenda nº 22/82, que novamente suprimiu essa garantia, aquela Casa não concedeu uma só licença para processar qualquer Deputado, alguns deles acusados de crimes infamantes e que nada, e absolutamente nada, tinham com o exercício do mandato. A opinião pública nacional exigia que se alterasse tão vexatória situação. Dentro do próprio Parlamento transparecia o constrangimento de muitos de seus integrantes.

A Emenda Constitucional nº 22/82 modificou profundamente a questão e buscou alcançar o que podemos chamar uma fórmula de transição. Manteve, no § 1º do art. 32, o preceito de que os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo flagrante de crime inafiançável. Entretanto, não mencionou que o processo criminal contra qualquer Parlamentar devesse depender de prévia licença da respectiva Câmara. No vigente direito constitucional legislado de nosso País, a imunidade processual não existe mais, embora tenha sido mantida a competência do STF para julgar os Deputados e Senadores. Pelo menos não mais existe a imunidade formal com aquela configuração tradicional. Hoje, no Brasil, qualquer Deputado ou Senador pode ser livremente processado por crime comum. Não há mais que falar-se na prévia licença da

(19) FERNANDA DIAS MENEZES DE ALMEIDA. *Imunidades Parlamentares*, p. 73.

Câmara dos Deputados ou do Senado. Em contrapartida, a Emenda nº 22 trouxe uma inovação, contida no art. 32, § 3º, assim redigido:

“Nos crimes comuns, imputáveis a Deputados e Senadores, a Câmara respectiva, por maioria absoluta, poderá a qualquer momento, por iniciativa da Mesa, sustar o processo.”

Na justificativa que acompanhou a Mensagem Presidencial nº 189/82, que redundou na EC nº 22/82, estava expresso: “A proposta visa a excluir do texto constitucional o princípio da improcessabilidade dos Deputados e Senadores, sem prévia licença da respectiva Câmara, substituindo-o, no entanto, por mecanismos mais eficazes de defesa das prerrogativas parlamentares. A Câmara e o Senado ficam investidos pela proposta de competência discricionária para sustar o processo contra qualquer de seus membros, condicionada a decisão à iniciativa da Mesa competente e ao *quorum* da maioria absoluta”. Sugerindo Projeto de Resolução com *objetivo de sustar os processos que estavam em curso contra os Deputados João Cunha e Theodorico Ferraço, bem como os processos movidos contra os então Deputados Freitas Diniz e Gérson Camata, o jurista HELENO FRAGOSO, cujo recente falecimento consternou a todos nós, referindo-se ao art. 32, § 3º, da Constituição, com a redação da EC nº 22, opinou: “Essa regra significa que a Constituição, excepcionalmente, permite que a Câmara ou o Senado, conforme o caso, ponha fim ao processo, criando um impedimento que impõe à autoridade judiciária a terminação do feito, sem julgamento do mérito, se a decisão ainda não houver sido proferida”* (20). Não acatamos esta lição sem alguns temperamentos, *data maxima venia*. A sustação do processo, no caso, não pode ter aquela extensão propugnada pelo mestre FRAGOSO. Não pode e nem deve significar o término do feito sem julgamento do mérito ou o fim do processo e definitivo arquivamento do mesmo. Sabemos que a imunidade material (inviolabilidade) é absoluta (salvo no caso de crime contra a honra), permanente e deve ser interpretada liberalmente. Enquanto que a imunidade formal (ou processual) é relativa, temporária (findo o mandato, extinta a improcessabilidade) e deve ser interpretada restritivamente. Até porque foi introduzida em nosso direito constitucional como sucedânea e substituta da imunidade processual, a figura da sustação do processo deve submeter-se aos princípios e limites daquela, com a qual mantém flagrante identidade. Assim, entendemos que mesmo sustado o processo, a sustação, aqui, está no sentido de suspensão, podendo ressurgir o feito quando se extinguir o mandato do Parlamentar, se o crime não estiver prescrito. Admitir o contrário é recobrir o Parlamentar que

(20) HELENO FRAGOSO in *Diário do Congresso Nacional*, Seção I, ed. de 16 de abril de 1983.

deixa de sê-lo com o manto da impunidade, aceitando-se que a norma constitucional visa a fazer triunfar o inadequado, o descabido, o indesejável e o absurdo, como se a sabedoria de séculos não gritasse contra isso através do brocardo: *Interpretatio illa sumenda quoe absurdum evitetur*.

IV. *Imunidades dos Vereadores*

Antes de falarmos especificamente sobre o assunto objeto do último capítulo deste nosso trabalho, relembremos que é comum a doutrina e pacífica a jurisprudência, em nosso País, de que os Estados-Membros têm a faculdade de conferir imunidades aos integrantes das Assembléias Legislativas. O que muito se discutiu, e ainda muito se debate, é se as imunidades dos Deputados estaduais devem estar previstas expressamente na Constituição estadual respectiva, ou se elas existiriam independentemente disto, obedecendo os moldes federais que, por sua própria força de irradiação e propagação, incorporar-se-iam automaticamente ao direito constitucional legislado dos Estados, por força, inclusive, do art. 200 da Carta Magna. Desenvolvemos o assunto em monografia que publicamos em 1980 ⁽²¹⁾. Aquela discussão, todavia, perde todo o momento e a importância quando se verifica que as Constituições de todos os Estados-Membros do Brasil consagram expressamente as imunidades parlamentares dos Deputados às Assembléias Legislativas.

No que concerne aos Vereadores, chegamos ao ponto que é o mais controvertido e polêmico, ou seja, o de saber se as garantias se estendem, em decorrência do próprio texto constitucional federal, ou, não se estendendo o texto federal, se pode a Constituição estadual regular a matéria e conferir a imunidade aos Vereadores.

Uma dificuldade inicial, vultosa e aparentemente intransponível se alevanta ante os que, como nós, inclinam-se pela tese favorável: tem reiteradamente declarado o Supremo Tribunal Federal não só que as imunidades dos Vereadores não se encontram implícitas na Carta Magna, como decretado a inconstitucionalidade de artigos de Constituições estaduais que asseguram tais vantagens aos Vereadores. Na longínqua data de 28 de abril de 1915, vigente a nossa primeira Constituição republicana, o STF já afirmava em acórdão: "Os Conselheiros, Intendentes ou Prefeitos municipais não gozam das imunidades parlamentares" (cf. *Rev. de Direito*, v. 39, p. 306). PEDRO ALEIXO alerta, todavia, que este julgado na verdade nada teve a ver com a questão de imunidades, pois "o que se tratava era de apurar a legalidade do ato em virtude do qual militar, que havia sido eleito Prefeito da cidade de Óbidos, no Estado do Pará, tivera interrompido o exercício de suas funções, por haver sido

(21) ZENO VELOSO, *Imunidades Parlamentares*, Cap. V, pp. 23 e segs.

convocado para retornar à sua atividade no Exército" (22). O Supremo veio realmente a se ocupar do problema após o advento da Constituição de 1946, com a concessão de imunidades parlamentares aos Vereadores por algumas Constituições estaduais. Desde então, o Excelso Pretório vem trilhando o mesmo e invariável caminho, não reconhecendo as imunidades aos Vereadores, conforme se verifica nos seguintes julgados: *Habeas Corpus* nº 30.256, do Paraná, relator designado para lavrar o acórdão Ministro Castro Nunes, em 20 de abril de 1948, vencidos os Ministros Hahnemann Guimarães, Edgar Costa e Aníbal Freire (R.F., 120/213); H.C. nº 31.472, de São Paulo, relator Ministro José Linhares, em 3 de janeiro de 1951, acórdão unânime (R.T., 220/547); H.C. nº 31.647, de Mato Grosso, relator Ministro Orosímbo Nonato, em 9 de julho de 1951, vencido o Ministro Edgar Costa (R.T., 219/570); H.C. nº 32.911, da Paraíba, relator Ministro Ribeiro da Costa, em 16 de dezembro de 1953, vencidos os Ministros Hahnemann Guimarães e Mário Guimarães (R.T., 300/749); H.C. nº 35.041, de Sergipe, relator Ministro Ribeiro da Costa, em 16 de setembro de 1957, acórdão unânime (R.T., 278/944); Mandado de Segurança nº 5.014, do Rio Grande do Sul, relator Ministro Luiz Gallotti, em 8 de janeiro de 1958, acórdão unânime (R.T., 289/928).

Desses todos, o *juízo-padrão* é o do H.C. nº 30.256, de 20-4-1948. Tratava-se do caso de um Vereador eleito, empossado e diplomado, do Município de Araucária, denunciado pelo promotor público do termo como incurso na pena do art. 331 do Código Penal, sem a prévia licença da Câmara Municipal, exigida pelos arts. 11 e 128 da Constituição estadual então em vigor. Cabia decidir se prevaleciam os dispositivos da Carta paranaense que outorgava imunidades aos Vereadores. O Supremo dividiu-se em duas correntes: uma, chefiada pelo Ministro Castro Nunes; a outra, pelo Ministro Hahnemann Guimarães. E a decisão jamais seria alcançada se tivesse que ser tomada pelo valor e pelos méritos dos respectivos expositores, sendo ambos, como reconhecidamente são, dois gigantes e autênticos lumináres da cultura jurídica, de cuja passagem fulgurante pelo Supremo Tribunal a Nação guarda imorredoura lembrança.

O Ministro CASTRO NUNES não reconhecia imunidades parlamentares dos Vereadores. Argumentou que elas constituem um privilégio, e garantia que, se estendidas aos Edis, atingem o princípio da independência dos Poderes, criando-se para o Executivo e Judiciário uma situação de dependência em face das Câmaras municipais, limitando estas a ação dos dois Poderes estaduais, pois não há no Município a trilogia de poderes, que é essencial, porque inerente ao princípio da imunidade, não se devendo permitir que o Poder

(22) PEDRO ALEIXO. *Imunidades Parlamentares*, p. 113.

Constituinte estadual assegure imunidades aos Vereadores, considerando, além disso, que os Vereadores, a rigor, não exercem função legislativa, não sendo a Câmara Municipal Poder Legislativo, no sentido constitucional.

Por sua vez, o Ministro HAHNEMANN GUIMARÃES ponderou que a imunidade concedida aos membros do Congresso Nacional deve ser estendida aos que exerçam, nos Estados, o Poder Legislativo, porque se trata de garantia necessária ao exercício da função legislativa, e para segurança da própria autonomia municipal, aduzindo que o Vereador exerce função legislativa, embora restrita e reduzida, concluindo que, no Brasil, quem quer que exerça função legislativa tem direito à imunidade, e isto em decorrência do próprio texto constitucional federal (extensivamente compreendido, e não analogicamente estendido, porque analogia, aqui, não caberia), parecendo-lhe até desnecessária a invocação do privilégio atribuído pela Constituição estadual.

Ao final, foi vencedora a tese de CASTRO NUNES, e com ele votaram os Ministros Ribeiro da Costa, Lafayette de Andrade, Goulart de Oliveira, Orosímbo Nonato, Barros Barreto e Laudo de Camargo, não reconhecendo, portanto, imunidades parlamentares aos Vereadores. Ao voto de Hahnemann Guimarães, em sentido oposto, aderiram os Ministros Aníbal Freire e Edgar Costa, com a diferença de que este último preferiu fixar a sua posição, não derivada de extensão do texto constitucional federal, mas em decorrência do próprio dispositivo da Constituição do Estado, no qual não enxergava "uma inconstitucionalidade manifesta, acima de qualquer dúvida".

Há que se ponderar, em primeiro lugar — e aqui iniciamos esforço doutrinário para justificar nossa submissão à tese favorável às imunidades dos Vereadores —, há que se ponderar que a Câmara Municipal *representa um Poder Legislativo*. Municipal, é verdade; menor que os outros, ninguém contesta. Mas um Poder Legislativo verdadeiro, exercendo os Vereadores, portanto, *função* legislativa. Os atos normativos das Câmaras têm as características de generalidade, impessoalidade e objetividade. São *materialmente* legislativos, não havendo quem replique isto. Argüiu-se que não são, todavia, leis *formais*. Para o desate da questão que estamos investigando, a objeção não é de fundo, mas estritamente teórica, e a discussão de tão grave e relevante assunto não pode ser exclusivamente conceitual. Afirmar que os Vereadores exercem apenas funções administrativas já era uma erronia, *data venia*, mesmo há quatro décadas, à luz da Carta de 46, e muito mais hoje, quando todos os caminhos da incessante luta pelas nossas instituições maiores, nesta hora histórica da vida nacional, levam ao soerguimento, ao fortalecimento dos Municípios. Mesmo sob o ângulo estritamente doutrinário,

há atos legislativos emanados das Câmaras de Vereadores que são eminentemente formais. Aderimos, neste passo, à lição de BARBOSA LIMA SOBRINHO, quando ele pondera que não há função legislativa mais característica de uma Casa representativa que o exercício do poder tributário, fonte de onde vieram os maiores Parlamentos, na formação do direito público moderno, apontando ainda o venerando mestre que as leis urbanísticas não raramente condicionam, e limitam, o próprio direito de propriedade, e os regulamentos de saúde pública podem traduzir comandos, que são leis para todos os efeitos, pela obrigatoriedade e pela aplicação generalizada⁽²³⁾. Como professor de Direito Civil, bem apreendemos e vislumbramos a extensão da observação de BARBOSA LIMA SOBRINHO. Recentemente, participando de um fórum de debates, promovido pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, mostramos que através exatamente das leis de posturas e de outros atos normativos municipais é que se realiza com mais nitidez a aplicação do princípio hodierno, igualitário e democrático, da função social da propriedade, limitando-se a sua órbita de gravação no campo de atuação dos indivíduos, para que aquele direito, outrora absoluto, possa alçar os seus vãos mais nobres e mais altos, no interesse da coletividade e em nome do bem comum. Com a autoridade de um dos mais exímios administrativistas do País, HELY LOPES MEIRELLES doutrina que a Câmara de Vereadores é órgão do Poder Legislativo do Município, funcionalmente independente e com relevantes atribuições políticas e normativas, referindo ainda constituir-se um engano considerar a Câmara "corporação simplesmente administrativa", ponderando o mestre paulista que o equívoco vem da Lei Imperial de 1º de outubro de 1828, que, "ao retirar das Municipalidades de então as funções judiciárias que exerciam cumulativamente com as legislativas e administrativas, as declarou "corporações meramente administrativas", sem que tal conceito correspondesse à realidade" (24).

No seu excelente estudo, sintomaticamente denominado "Leis Municipais", VICTOR NUNES LEAL aponta que a regra geral, nas Constituições federais, é a repartição dual de competências: da União e dos Estados. A partir de 1934, entretanto, nosso ordenamento político-jurídico mudou de rumo e passou a delimitar, no próprio texto da Constituição federal, uma esfera de competência *privativa* dos Municípios, observando ainda aquele eminente e saudoso Ministro: "Adotamos, assim, em nossa federação, a partir de 16 de julho de 1934, uma peculiaridade digna de nota, porque desconhecida dos demais regimes federais. Em vez de uma divisão *dual* de competências, como era a regra, passamos a ter uma discriminação *triplice*: o próprio estatuto político da nação definiu a competência federal,

(23) BARBOSA LIMA SOBRINHO. *As Imunidades dos Deputados Estaduais*, p. 140.

(24) HELY LOPES MEIRELLES. *Direito Municipal Brasileiro*, p. 683.

a estadual e, pelo menos parcialmente, a municipal" (25). Somos dos que refugam a tese do federalismo bidimensional, que é mesmo artificial, anacrônica e sem sentido desde a Carta de 1934, quando, pela primeira vez no Brasil, a *Lex Mater*, "senhora da partilha de competências", como dizia ORLANDO BITAR, deu competência direta ao Município. E por falar em ORLANDO BITAR (um dos três maiores constitucionalistas que o País jamais produziu), o catedrático paraense, cujo prematuro passamento abriu lacuna enorme no panorama jurídico pátrio, opinava que a Câmara de Vereadores efetivamente legisla, ensinando, com toda a ênfase: "dizer que o Município não legisla é um preconceito e um ressaibo seródio de mentalidade colonial. É miopia mental" (26).

Quer a seus atos se chame "resoluções", quer sejam batizados de "posturas", ou qualquer nome que tenham as decisões dos Vereadores, mas, se exercer o poder tributário, votar o orçamento, prover os recursos e organizar os serviços locais, estabelecer a estruturação urbanística (condicionando e limitando até o Código Civil, na regulamentação do direito de propriedade), e se ordenar a cidade, através de normas de ordem pública, não caracterizam a Câmara Municipal como Poder Legislativo, francamente, o que será Poder Legislativo para os que entendem dessa maneira?

Sem dúvida, a Câmara de Vereadores legisla. E, na esfera da competência privativa dos Municípios, é a lei municipal que troneja. CELSO RIBEIRO BASTOS, o jovem e cultíssimo mestre paulista, diz, incisivamente: "Não há falar-se em hierarquia entre as normas federais, estaduais e municipais. Cada uma dessas categorias normativas é soberana dentro de sua esfera própria de competências" (27). O velho brocardo alemão *Reichsrecht bricht Landesrecht* = "Direito federal cassa direito local", que muitos repetem sem alcançar-lhe o conteúdo, só se aplica se são concorrentes as competências legislativas. MICHEL TEMER, sempre preciso nos conceitos, expõe que "no nosso sistema a partilha de competências é feita entre a União, Estados e Municípios porque o Constituinte criou, como ordem jurídica autônoma, estes últimos" (28). Então, não só o Município legisla e pode legislar, como é inconstitucional não apenas a lei estadual, mas, também, a lei federal que invadir o espaço da competência municipal.

Pondere-se, por outro lado, que ninguém, absolutamente ninguém, poderá negar que as Câmaras possuem funções políticas e administrativas. Se o motivo principal, razão determinante das

(25) VICTOR NUNES LEAL. *Problemas de Direito Público*, pp. 160 e segs. e na *Revista de Direito Administrativo*, v. 16, p. 376.

(26) ORLANDO BITAR. *Obras Completas*, v. 3.º, p. 360

(27) CELSO RIBEIRO BASTOS. *Curso de Direito Constitucional*, 5.ª ed., p. 106.

(28) MICHEL TEMER. *Elementos de Direito Constitucional*, 3.ª ed., p. 68, nota n. 2.

imunidades parlamentares é garantir a liberdade e a independência do Poder, com todos os benefícios e as vantagens que advêm da adoção e da aplicação desse instituto, isto ocorre menos em função de ser atribuída à Câmara Federal, ao Senado, às Assembléias a missão de elaborar e votar as leis, e mais em nome da intangibilidade do exercício do mandato popular, que, observa THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, “se estende à fiscalização dos atos do poder público, ao emprego dos dinheiros públicos, do cumprimento das leis, a garantia dos direitos individuais etc.” (29). ORLANDO BITAR expõe que no debate sobre as imunidades dos Vereadores tem sido minimizado, e mesmo ausente, o enfoque certo, e este enriquecerá a tese positiva, apontando: “Não é só por sua função *normativa* (de que tomaram consciência bem mais tarde, v.g. Parlamento inglês), mas antes por sua função *inspectiva* (esta, sim, com precedência histórica e objeto de cruentas lutas para consecução) que os corpos deliberativos de representação popular exigem, para seus membros, em caráter funcional (apesar de por amor à tradição, continuar-se na Inglaterra a falar em *privilegios*), imunidades” (30).

Se são os mesmos os motivos e as mesmas as razões determinantes, as imunidades parlamentares são válidas tanto para a União, como para os Estados, quanto para os Municípios. Cremos até não exagerar, se ponderarmos que a premissa se apresenta com maior evidência, com um colorido mais forte e mais vivo em relação aos Municípios, cujos representantes do povo, no desempenho da fiscalização e controle da conduta político-administrativa do Prefeito e da gestão do dinheiro e negócios públicos, estão mais sujeitos a pressões e perseguições de toda ordem. Quem conhece, como nós conhecemos, as paixões e os ódios que muita vez se desencadeiam, até por gerações, no ambiente restrito e doméstico, não raramente longínquo da política municipal, sabe muito bem aonde queremos chegar.

Exercendo os Vereadores, como na verdade exercem, um poder público característico, por que negar-lhes a proteção indispensável para a sobrançeria, altivez e independência desse exercício? Proteção que é mais do que essencial, e, a nosso ver, *natural* a tal independência. Se os Edís municipais detêm, como de fato detêm, uma representação política autêntica (quem sabe, a mais pura e autêntica de todas), e se eles são titulares, como são, de um mandato eletivo, qual o motivo e que razão haverá de justificar uma discriminação, subtraindo-lhes o que se confere aos Parlamentares estaduais e aos federais? Qual a diferença *qualitativa* do poder da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do poder das Assembléias Legislativas e do poder das Câmaras municipais? Nenhuma e

(29) THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI. Ob. e v. cit., p. 39.

(30) ORLANDO BITAR. Ob. e v. cit., pp. 360/361.

nenhuma! O poder das Câmaras de Vereadores só é poder pela mesma e única razão que é poder o Congresso Nacional e as Assembléias Legislativas: emana do povo, através da consagração democrática e vivificadora do voto. Em suma: se o Vereador é um legislador; se a Câmara municipal é um Poder Legislativo; se esse poder emana da vontade do povo; se ele, como os outros, tem a mesma natureza jurídica, o mesmo tipo de atividade, não vemos como negar a extensão das imunidades do art. 32 da Constituição federal aos Vereadores municipais, como propugnavam os Ministros HAHNEMANN GUIMARÃES (pioneiro na tese) e ANÍBAL FREIRE, sob a égide da Carta de 1946. E outro não é o entendimento do grande PINTO FERREIRA, para quem "a imunidade dos Vereadores deve ser admitida, mesmo no silêncio das Constituições estaduais, pois decorre dos princípios constitucionais do diploma magno" (31). O crítico mais apressado já estará contestando, e concluindo, que a norma excepcional do art. 32 da CF não comporta interpretação analógica. Mas, quando advogamos a aplicação dessa norma a todos que, no País, exercem função legislativa, não estamos baseados em analogia, mas em compreensão extensiva do texto, que é algo completamente diferente. Não se trata de *ampliar* a prerrogativa constitucional, mas de *reconhecer* que a garantia favorece a todos que exerçam a função legislativa.

Não estamos esquecidos do argumento do Ministro CASTRO NUNES, fundado na repartição trinômica de MONTESQUIEU, nem fugindo dele. O preclaro publicista (por sinal um dos mais notáveis municipalistas deste País), no seu memorável voto, quando do referido julgamento do *Habeas Corpus* nº 30.256, no STF, enfatizou que o jogo dos poderes é governado por freios e contrapesos, um dos quais será a imunidade assegurada aos legisladores, inexistindo, porém, no plano municipal, os três Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário, e que se não pode criar para os Poderes Executivo e Judiciário do Estado uma situação de dependência em face das Câmaras municipais, permitindo-se que estas limitem a ação dos dois poderes estaduais, devendo-se esgotar a extensão da imunidade na órbita estadual.

O argumento impressiona, mas perde o vigor que aparenta, se analisado detidamente. Os Vereadores devem gozar de imunidades por sua função legislativa, porque a Câmara municipal é um Poder Legislativo, e tal prerrogativa é inerente a qualquer Poder Legislativo, por ser essencial ao seu exercício, desempenho e independência. De resto, não é a própria Câmara que, por uma lei ou por uma resolução, estabelece tais imunidades. Elas decorrem da própria Constituição federal — conforme o nosso entendimento,

(31) PINTO FERREIRA. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. 5ª ed., p. 478.

antes exposto —, ou podem decorrer de texto explícito de Constituições estaduais, como opinam muitos autores. Em qualquer caso, originam-se da *Lei Maior*, de dispositivos constitucionais, tendo como razão imperativos de ordem pública.

Então, não se trata de a Câmara, poder menor, opor-se a outros poderes, maiores, segundo a hierarquia constitucional. Mas se trata de reconhecer a garantia a um mesmo e único Poder, que é o *Legislativo*. E da necessidade de todos os poderes submeterem-se ao poder maior e supremo, que é o da Constituição. Por que falar-se em constrangimento, se se trata de obedecer a uma norma constitucional implícita na Carta federal, ou, não se aceitando isto, a *uma norma constitucional do Estado-Membro, editada sob o modelo federal?*

Os que advogam com tanta ênfase o princípio de que todos são iguais perante a lei não podem desconhecer que o conceito de igualdade não é mais absoluto, como outrora, mas relativo, proporcional, bastando repetir as lições de RUI, na eterna *Oração aos Moços*: “A regra da igualdade não consiste senão em quirhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não *igualdade real*” (32).

Os Vereadores, enquanto legisladores e fiscais do povo, exercendo um mandato eletivo, ficam numa posição de desigualdade ante os demais cidadãos, na medida em que estão mais diretamente sujeitos aos ataques, às pressões e às agressões dos demais poderes. A imunidade lhes deve ser conferida não como privilégio, mas como compensação, para que a igualdade seja afinal e pelo menos teoricamente alcançada. E, ademais, não será necessário que se considerem iguais todos os Poderes Legislativos? Conferir-se imunidades a uns, negando-as a outros, não representará discriminação, e, como tal, injustiça e desigualdade?

Há, entretanto, quem aponte, na Constituição federal, proibição explícita para que as Constituições estaduais confirmem imunidades aos Vereadores. HELY LOPES MEIRELLES pondera: “Os Vereadores não gozam de imunidade parlamentar ou de foro especial, nem a Justiça depende de autorização da Câmara para processá-los por qualquer crime. Os Estados-Membros que conferiram tais prerrogativas aos Edis tiveram esses dispositivos julgados inconstitucionais e na realidade o são, porque não cabe às unidades federadas legislar sobre garantias políticas e privilégios processuais, matérias

(32) RUI BARBOSA. “Oração aos Moços”, discurso de paraninfo dos doutorandos da Fac. de Direito de São Paulo, em 1920, editora Simões. 3ª ed., p. 31.

da privativa competência da União (Constituição da República, art. 8º, XII, b)" (33). MARCELO CAETANO, na mesma linha de raciocínio (34), opina que a imunidade, na medida em que compreende proibição de prisão e irresponsabilidade civil ou criminal, só a lei federal pode estatuí-la, por se tratar de matéria de direito civil, penal e processual, aludindo o mestre lusitano, que passou os últimos anos de sua vida no Brasil, ao art. 8º, XVIII, b, da CF. Na obra de cada um desses eminentes autores há um lapso de impressão, pois o dispositivo constitucional que eles desejam invocar é, e só poderia ser, o art. 8º, XVII, b, da Constituição federal, que diz competir à União legislar sobre direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho, excluída a competência supletiva dos Estados-Membros para legislar sobre essas matérias, conforme o parágrafo único do citado art. 8º. Lamentamos estar em descompasso, neste ponto, com esses egrégios professores, ambos tão queridos, o primeiro citado exercendo influência capital em nossa formação. É a objeção que fazemos é simples, mas radical: a Constituição, no mencionado artigo, defere realmente competência exclusiva à União para legislar, dentre outras matérias, sobre direito civil, penal e processual. Achamos, todavia, que o instituto da imunidade parlamentar não é de direito civil, nem penal, nem processual, mas de natureza constitucional. Constitucional-material, quanto à inviolabilidade. Constitucional-processual, quanto à imunidade formal. Ambos os casos com acentuado e predominante conteúdo político. Se verdadeira a lição de HELY LOPES MEIRELLES e MARCELO CAETANO, levada às últimas conseqüências, ter-se-iam também como inconstitucionais os dispositivos das Constituições estaduais que outorgam imunidades parlamentares aos próprios Deputados às Assembleias Legislativas, o que há muito tem sido repellido pela doutrina, e reiterada e constante jurisprudência. A propósito, a Súmula nº 3, do STF, proclama:

"A imunidade concedida a Deputados estaduais é restrita à Justiça do Estado."

O Ministro ANÍBAL FREIRE, em justificativa de voto, já afirmou que o problema das imunidades é essencialmente político e só no campo do direito político ele pode estar regulado. Como não existe, nem explícita nem implicitamente, na Constituição federal, proibição para que a Constituição do Estado-Membro determine imunidades parlamentares aos respectivos Vereadores municipais, não vislumbramos a eiva da inconstitucionalidade em dispositivo constitucional estadual que discipline aquela prerrogativa. Em abono desta tese, o próprio art. 13, § 1º, da CF: "Aos Estados são confe-

(33) HELY LOPES MEIRELLES. Ob. cit., p. 705.

(34) MARCELO CAETANO. *Direito Constitucional Brasileiro*, v. II, p. 614.

ridos todos os poderes que, explícita ou implicitamente, não lhes sejam vedados por esta Constituição." No STF já houve quem, ultimamente, abraçasse tal entendimento. Ninguém menos que ADAUCTO LÚCIO CARDOSO, que, como Relator da Representação nº 805-RJ, em 19 de agosto de 1970, proclamou, desenganadamente: "Não existe na Constituição federal, que resultou da Emenda nº 1, outorgada pela Junta Militar em 17-10-69, nenhuma definição metódica da autonomia municipal mencionada no seu art. 15. nº 1. É irrecusável, porém, que essa simples menção dê testemunho de que deve existir tal autonomia. E, como corolário, é possível que as Constituições estaduais, guardando os limites e condições fixados na Carta emendada, de 1969, disponha sobre a inviolabilidade no exercício do mandato de Vereadores, na área geográfica municipal, tal qual nela ocorre para Deputados e Senadores" (in *RTJ*, 56/10).

Aspecto importante, para este estudo, e em favor de nossa conclusão, é a autonomia municipal, referida no voto acima transcrito, de ADAUCTO LÚCIO CARDOSO. Está ela prevista e regulada no art. 15 da Constituição em vigor, e representa um direito público subjetivo pelo qual se confere ao Município a prerrogativa de organizar o seu governo e serviços, prover a sua administração, decretando e arrecadando os tributos de sua competência, aplicando as suas rendas, observando o que for de seu "peculiar interesse" e quando o objetivo local for predominante, tudo, evidentemente, nos limites da Constituição.

A autonomia municipal é proclamada e assegurada sob tríplice aspecto: autonomia política, administrativa e financeira. Sob o aspecto político, a eletividade dos Vereadores é constitucionalmente considerada uma das manifestações da autonomia municipal (CF, art. 15, I). Observe-se que todos os instrumentos que asseguram essa autonomia dependem da função legislativa do Vereador, pois é a Câmara que estabelece as normas da administração municipal, dispõe sobre a execução de obras e serviços públicos, institui, altera e autoriza a arrecadação e aplicação dos tributos, fiscaliza e controla a atuação do Prefeito (função inspectiva), exerce a fiscalização financeira e orçamentária do Município (CF, art. 16), podendo, em decorrência dessas graves atribuições e responsabilidades, constituir Comissões Parlamentares de Inquérito para apurar desvios, distorções e desmandos. Se a imunidade parlamentar é o apanágio e o manto protetor da atividade legislativa, e se esta é o meio que viabiliza a própria existência e o desenvolvimento ordenado dos Municípios, não se pode fugir à seguinte conclusão, como não se pode fugir à própria sombra: a imunidade parlamentar dos Vereadores não é corolário, mas um dos sustentáculos da autonomia municipal. Não é consequência, mas pressuposto. Não é efeito, mas uma das forças geradoras. É oportuno repetir a sentença de FRAN-

CISCO CAMPOS, em 1920, quando integrante da Câmara dos Deputados de Minas Gerais: "Uma nação não pode abdicar da sua soberania, como os Municípios não podem abdicar da sua autonomia."

Se, todavia, não se admitir que as imunidades dos Vereadores decorrem do próprio texto constitucional federal, estariam as Constituições estaduais proibidas de regulá-las? Entendemos que não, e que são válidos os dispositivos constitucionais estaduais que conferem tais garantias aos Vereadores, como, aliás, já o fazem, por exemplo, as Constituições do Ceará (art. 168), de Goiás (art. 97), de Mato Grosso do Sul (art. 126), do Rio de Janeiro (art. 178), de Santa Catarina (art. 24), de Minas Gerais (art. 160, parágrafo único) e do Pará (art. 22, § 3º). Não há nenhuma regra jurídica no direito brasileiro que proíba o Estado de editar norma constitucional reconhecendo a imunidade parlamentar. Se, no silêncio da Constituição federal, têm-se como pertinentes e válidas as disposições das Constituições estaduais que conferem imunidades aos Deputados das respectivas Assembléas Legislativas, haver-se-á de convir, por coerência, que são também válidas e pertinentes as regras constitucionais estaduais que estatuem imunidades aos Vereadores. Assim pensam, dentre outros, THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, ALCINO PINTO FALCÃO, JOSÉ AFONSO DA SILVA e FERNANDA DIAS MENEZES DE ALMEIDA (35).

As imunidades parlamentares dos Vereadores, o reconhecimento desta garantia às Câmaras municipais é absolutamente necessário para que se alcance e obtenha uma verdadeira autonomia municipal. E cremos ter mostrado que o assunto navega em mar revolto, na doutrina e jurisprudência brasileiras. Não se pode mais conviver, em nosso País, em pleno e definitivo processo de redemocratização, às vésperas da tão almejada Constituinte, com a ausência, em nossa Constituição, de uma norma explícita, de um dispositivo expresso, inequívoco e indubitado, que sirva de base segura para a existência da prerrogativa no âmbito municipal, cortando cerce, e para sempre, todas as vacilações sobre o tema.

Matéria tão importante, complexa e relevante, que proporciona tantas e tão diversas conseqüências, precisa merecer, deve merecer e, querendo Deus, vai merecer a atenção da futura Assembléia Nacional Constituinte.

Se este nosso trabalho servir ao menos para chamar a atenção para o problema, já estaremos com a consciência tranqüila do dever cumprido.

(35) THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI. Ob. e v. cit., p. 39. ALCINO PINTO FALCÃO. Ob. cit., p. 105. JOSÉ AFONSO DA SILVA. *Manual do Vereador*, 2ª ed., p. 68. FERNANDA DIAS MENEZES DE ALMEIDA. Ob. cit., p. 169.

Educação e Constituinte

PINTO FERREIRA

Professor de Direito Constitucional e ex-Diretor da Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco. Diretor da Faculdade de Direito de Caruaru. Ex-Senador. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais

SUMÁRIO

1.^a PARTE -- EXPOSIÇÃO SINTÉTICA SOBRE EDUCAÇÃO NO BRASIL

CAPITULO I	— O Direito à Educação
CAPITULO II	— Educação e Desenvolvimento
CAPITULO III	— Escola Pública e Escola Privada
CAPITULO IV	— A Pirâmide Escolar Brasileira
CAPITULO V	— A Questão do Analfabetismo
CAPITULO VI	— A Questão da Universidade
CAPITULO VII	— Eleição Direta dos Reitores e Diretores Universitários
CAPITULO VIII	— A Expansão da Universidade
CAPITULO IX	— Posição Atual do Ensino Superior
CAPITULO X	— O Nordeste e a Educação
CAPITULO XI	— O Município e o Ensino
CAPITULO XII	— Avaliação Crítica da Educação Nacional

2.^a PARTE — PROPOSTA ARTICULADA DE UM ANTEPROJETO REFERENTE A EDUCAÇÃO E CULTURA

1.^a PARTE — EXPOSIÇÃO SINTÉTICA SOBRE EDUCAÇÃO NO BRASIL

CAPÍTULO I — O Direito à Educação

O direito à educação surgiu recentemente nos textos constitucionais. Os títulos sobre ordem econômica e social, educação e cultura revelam a tendência das Constituições em favor de um Estado social. Esta clara opção constitucional faz deste ordenamento econômico e cultural um dos mais importantes títulos das novas Constituições, assinalando o advento de um novo modelo de Estado, tendo como valor-fim a justiça social e a cultura, numa democracia pluralista exigida pela sociedade de massas do século XX.

Este novo direito constitucional positivo no País surgiu com a Constituição brasileira de 16-7-1934, assegurando: “A educação é di-

reito de todos" (art. 149). Previu, ademais, no art. 156: "A União e os Municípios aplicarão nunca menos de dez por cento, e os Estados e o Distrito Federal nunca menos de vinte por cento, da renda resultante dos impostos na manutenção e no desenvolvimento dos sistemas educativos."

Tal preceito é mantido na Constituição de 1946 (art. 169), porém desaparece do texto do regime político da Constituição de 1967 e de sua Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Ambas suprimiram o referido preceito de tal aplicação de recursos no desenvolvimento do País.

Entretanto, desde 1934 todas as Constituições brasileiras afirmam enfaticamente que a educação é direito de todos.

Neste tocante, tal preceito, encarcerado num regime mais individualista de que social, consagra na verdade uma duvidosa, suspeita e ineficiente declaração de um direito social, nunca cumprido.

Os direitos sociais e econômicos, que são inúmeros, destacando-se, porém, o direito ao trabalho e à educação, continuam mera ilusão constitucional.

Há 50 anos que as nossas Constituições procuram proteger o direito à educação, com resultados precários. A universalização da educação continua um mito, tornando-se evidente o teor puramente superficial de corretivos empregados até agora para atenuar o analfabetismo, a crise do ensino profissionalizante e da Universidade.

Pode-se alinhar a seguinte dívida social do Brasil: 23 milhões e quatrocentos mil analfabetos, 2 milhões de menores abandonados, 5 milhões de famílias com renda mensal inferior a um salário mínimo, 7 milhões de domicílios sem instalações sanitárias, 20 milhões de pessoas que se utilizam da lamparina num país que construiu Itaipu e Paulo Afonso.

A carta da pobreza acompanha o mundo do analfabetismo, da doença e do desemprego.

A crise econômica continua, difícil de debelar, sempre exigindo mais ônus para o povo, num sacrifício permanente que ninguém sabe se o Povo ou Nação estão dispostos a pagar.

O direito à educação necessita ser efetivamente cumprido. Até agora permanece como uma ilusão constitucional.

A expressão ilusão constitucional foi empregada pela primeira vez por MARX na *Nova Gazeta Romana* (de 14-9-1848).

Podemos definir com o nome de ilusão constitucional o erro político ou a falsa interpretação que consiste em ver como uma ordem jurídica, legal, normal, constitucional, quando tal ordem na verdade não existe.

O direito à educação necessita ter eficácia. Sendo considerado como um direito público subjetivo do particular, ele consiste na faculdade que tem o particular de exigir do Estado o cumprimento de determinadas prestações. Para que fosse cumprido o direito à educação, seria necessário que ele fosse dotado da eficácia e acionabilidade, como o "habeas corpus" e o mandado de segurança.

Mas o Estado, com os poucos recursos de que dispõe, e a sua conhecida dissipação, não tem podido atender às pretensões do direito à educação.

SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA, no livro **Raízes do Brasil**, observou que no País o problema da dissipação de recursos é tão grave quanto a falta de recursos.

É necessário, portanto, o desmascaramento implacável e sistemático da ilusão constitucional do direito à educação.

Para convalidar o direito à educação, a nova Constituição deve prever:

1º) maiores recursos para a educação com o reaparelhamento da estrutura material das escolas, melhor remuneração dos professores, adequado atendimento dos alunos;

2º) combate à dispersão de recursos;

3º) mudança da estrutura social e econômica do país, ainda com um modelo concentrador de renda e uma economia dependente da classe dos banqueiros e das nações imperiais;

4º) criação de um mandado social de garantia, como o mandado de segurança, que obrigasse o Estado a dar eficácia ao direito à educação.

O novo orçamento fiscal da União, após a aprovação da Emenda João Calmon, com seus valores inflacionados para 1986, atribui ao Ministério da Educação Cr\$ 38.773 bilhões, é o segundo em valor, apenas superado pelo do Ministério dos Transportes, que é de Cr\$ 67.487 bilhões.

Não há milagres educacionais, nem milagres políticos e econômicos. Do milagre econômico só restam ruínas: a dívida externa, a dívida interna e a inflação. As pílulas miagrosas do otimismo não surtiram efeito.

O Nordeste brasileiro, sobretudo, é uma região de grande índice de analfabetismo, que deve receber tratamento uniforme quanto ao resto do País. Especialistas comentam que os recursos financeiros aplicados na construção da ponte Rio—Niterói e do Aeroporto Internacional do Galeão são equivalentes à aplicação da SUDENE em 16 anos.

O País necessita retomar o comando do seu destino, ser o sujeito de sua própria história, e, neste aspecto, como imperativo de sua sobrevivência, está a efetividade do direito à educação, base da democracia.

O governo da 6ª República deverá cumprir à risca o seu planejamento educacional, sem esquecer o povo.

O Padre VIEIRA disse, de uma feita, que “nada há que mude tanto os homens que o descer e o subir. E o subir mais do que o descer”.

A nova elite política que subiu ao poder deve lembrar-se dos sábios ensinamentos da frase memorável de VIEIRA, não esquecendo o povo.

CAPÍTULO II — Educação e Desenvolvimento

A educação é atualmente o maior fator do desenvolvimento. Os países desenvolvidos têm um alto nível de saber, conhecimento e tecnologia avançada. Daí as vantagens evidentes que oferece a educação, tanto do ponto de vista econômico e social, começando com a alfabetização, até o ensino universitário.

O Programa Experimental Mundial de Educação proposto pela UNESCO mostra e evidencia as relações recíprocas entre a educação, a alfabetização, especialmente da população economicamente ativa, e o desenvolvimento.

Daí provém a teoria moderna sobre os fatores profundos da produtividade, para a qual EDWARD F. DENISON redigiu uma brilhante tese, em 1964, o chamado relatório Denison, quando pertencia ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Econômico, trabalhando agora nas Instituições Brooking, inventariando sistematicamente as origens da expansão norte-americana.

DENISON examina o problema dos fatores do desenvolvimento de acordo com as mudanças operadas na sociedade atual. Como pretende ele em sua análise, no início do século XX, a expansão econômica era devida, em grande parte e especialmente, aos números: entre 1905 e 1929, 50% do desenvolvimento econômico eram levados em conta por causa do crescimento da mão-de-obra e do crescimento dos capitais investidos. Atualmente os fatores de expansão mais importantes são a educação geral e as inovações tecnológicas, que estão a contribuir de maneira decisiva para a **tecnologia** entre as nações desenvolvidas e as nações subdesenvolvidas.

O desenvolvimento deve ser equacionado com a inflação. É pouco provável a aceleração do desenvolvimento com a inflação estável. Tal fórmula é há muito procurada pelos economistas, e quem a achasse

ganharia o prêmio Nobel. Recentemente no País elevou-se a taxa de crescimento econômico, mas a inflação subiu em 1985 a 233,57%, a maior registrada. Nos EUA, no próximo ano de 1986, a economia crescerá 4%, mantendo baixo o nível de desemprego, porém com alta na inflação, que atingirá 3,8% contra 2,9% calculados em 1985, segundo Beryl Sprinkel, chefe da assessoria econômica da Casa Branca.

Tancredo Neves aconselhou a não gastar, isto é, cortar supérfluos. Os cortes no déficit público previstos para 1986 são microscópicos — 1,3% da despesa orçamentária —, porém houve uma considerável e monumental sucção dos recursos privados, salientando-se a indesejabilidade dos pacotes fiscais. É indispensável que a taxa de crescimento seja dosada para evitar a inflação, que favorece os ricos e empobrece os pobres.

As áreas de desenvolvimento coincidem com as áreas da industrialização e da riqueza, enquanto as áreas de analfabetismo são paralelas com os países agrícolas, pobres e com suas riquezas drenadas para os países desenvolvidos.

O sistema educativo brasileiro não tem, do modo como está organizado, condições essenciais para permitir uma resposta satisfatória às necessidades educativas das massas, do proletariado e do camponato.

O dinheiro destinado à educação é insuficiente e a cada dia diminui no orçamento público. Nos últimos anos o orçamento para a educação passou de 9,7%, em 1964, a 5,3%, em 1982. Enquanto isto ocorre, o dinheiro público é dissipado em mordomias no exterior, onde servidores desnecessários ganham salários mensais de 18.000 dólares e recebem o pagamento pelos cofres públicos da mesma quantia para as suas residências principescas, afora as mordomias no próprio País.

Ao mesmo tempo a educação é relegada a um segundo plano, especialmente em prejuízo das classes pobres.

CAPÍTULO III — Escola Pública e Escola Privada

O grande debate da educação em nível nacional surgiu com a Lei de Diretrizes e Bases (LDB), que começou em 1948 com a discussão do Projeto Mariani, ampliou-se com o Substitutivo Lacerda, dando margem à promulgação da LDB, constante da Lei nº 4.024, de dezembro de 1964.

O grande confronto estabeleceu-se entre os privatistas do ensino, defendendo a iniciativa particular na educação, e os apologistas da escola pública, gratuita e laica, entre eles principalmente ANÍSIO TEIXEIRA e PASCOAL LEME.

A LDB adotou afinal solução conciliatória, pois, consoante ela, o ensino é direito não só do Poder Público, como da iniciativa privada (art. 2º). A gratuidade do ensino não ficou bem definida e nem disciplinada. O Estado tem a permissão de subvencionar e financiar a escola privada (art. 95). A intenção da equiparação dos cursos médios, dentro de uma articulação flexível, permanece, advindo o Projeto Mariani.

Três modelos principais existem a respeito:

1º) o modelo soviético da escola pública;

2º) o modelo existente no Brasil e em diversas democracias sociais da existência da escola pública e gratuita, mantida pelo Estado e da iniciativa particular, com subvenção do Estado;

3º) o modelo configurado na Constituição da Itália, de 27-12-1947 (art. 33), em que a República fixa as regras gerais da instrução e institui escolas do Estado para todas as ordens e graus, permitindo, porém, que os organismos privados e os particulares tenham o direito de criar escolas e instituições, mas sem subvenção do Estado. Na Itália existe destarte a iniciativa privada no ensino, sem subvenção do Estado, mas permite bolsas de estudo e alocações a famílias (art. 34).

No Brasil, as Constituições de 1934 e 1946 determinavam que a União deveria gastar com o ensino nunca menos de 10% da arrecadação dos impostos, obrigação também prevista para os Estados e Municípios com 20%. Tais determinações constitucionais sempre foram letras mortas.

A Constituição de 1967, que o regime autoritário compeliu o Congresso a aprovar, suprimiu esta compulsoriedade da verba do ensino por parte da União. Varia então bastante o percentual das verbas federais determinadas ao MEC no orçamento fiscal da União, sempre em decréscimo: flutuou entre 8,5% e 10,6% no período de 1960-1965, diminuiu para a metade destes quantitativos nos anos 70, baixando em 1975 a 4,3%.

Em 1974, quando se estava na fase da euforia brasileira, o Brasil ocupava o 9º lugar do mundo em produto nacional bruto (PNB), porém, a despesa pública com educação era menor, em cifras absolutas no 13º lugar. No mesmo ano de 1974, as despesas públicas com educação representavam 2,8%, relativamente ao PNB, o que colocava o País no 77º lugar, entre os 150 Estados componentes da ONU.

Os Municípios estavam compelidos a gastar 20% na educação, porém a União era a corporação político-constitucional que abarcava cerca de 70% dos impostos, em média, restando aos Municípios cerca de 6%, o que lhes diminuía drasticamente os gastos com a educação.

Houve uma queda vertiginosa e descendente das verbas federais destinadas às Universidades, que foram reduzidas, bem como ocorreu visível perda salarial do professorado, tudo contribuindo profundamente para a decadência, posteriormente, a agonia da Universidade pública.

No nosso entendimento, o ensino público e a iniciativa privada podem ser conjugados no Estado social-democrático e pluralista.

A mais importante e famosa Universidade norte-americana é a de Harvard, que é uma escola particular e ninguém a questiona, correspondendo à expectativa e ideário do povo americano, colocando-se no ranking de uma das melhores universidades do mundo.

No Japão a Universidade de Sophia é particular, ela se situa em plano categorizado no mundo, mas ela é subvencionada com cerca de 70% de recursos financeiros para programas, sobretudo de pesquisa, com prêmios internacionais que lhe ampliam este prestígio por toda a parte.

A experiência pedagógica internacional desaconselha um modelo educacional uniforme e monolítico, mas deve permitir a diversidade de formar, cada nação buscando o seu próprio modelo de desenvolvimento e o seu estilo em educação.

A Universidade de Moscou é a mais antiga da Rússia, instalada em 1725, nos arredores do Kremlin, edifício rico e deslumbrante da Europa, como o majestoso Palácio de Versalhes. Está hoje instalada em uma área de 317 hectares, com 37 prédios, com o prédio central de 23 andares e 240 metros de altura, tudo abrangendo 45.000 salas e habitações. A sua educação é tecnicista, na corrida da diplomação de milhares de engenheiros nas diversas especialidades no campo da eletricidade, metalurgia, hidrotécnica e das ciências geológicas. Busca o sonho de ultrapassar a expansão material norte-americana.

A Universidade de Moscou não é melhor, nem pior que a de Harvard. São modelos diferentes, apropriados à cultura, tendências e esperanças de cada País.

O ensino no Brasil, tendo em vista a sua opção pelo sistema pluralista do Estado social, deve conjugar a esfera educativa mediante o poder público e a iniciativa privada, mas vedando, como regra, as subvenções à escola particular, e como regra autorizando bolsas, tanto a alunos carentes, como a bem dotados (estes mediante seleção), bem como alocações às famílias. O ensino público deve ser estimulado com maiores verbas, concursos de professores, melhores salários.

No Brasil, a partir de dezembro de 1983, a emenda à Constituição denominada Emenda João Calmon prescreve agora que a União deve aplicar nunca menos de 13% e os Estados e Municípios 25% da receita dos seus impostos, no ensino.

Resta a esperança da liberação e boa aplicação desses recursos nos melhoramentos do ensino público e gratuito da melhor qualidade, para que não se repita o mito e o milagre de disposições semelhantes das Constituições de 1934 e 1946. Até agora o funcionamento de tal dispositivo constitucional foi apenas uma lamentável e acidentada crônica de desilusões, frustrações e desrespeito, em estado de credibilidade zero.

CAPÍTULO IV — A Pirâmide Escolar Brasileira

A Lei nº 5.692/71, regulando o ensino de 1º e 2º graus, com sentido reformista, não somente acabou com o exame de admissão ao ginásio, como o relacionou ao primário sem solução de continuidade. Dobrou-se o tempo da escolaridade obrigatória, de quatro para oito anos. O País passou a ter uma das mais altas exigências de escolaridade obrigatória do mundo. Era o tempo do milagre brasileiro e do Brasil Grande.

Porém, desde esse período as condições de escolaridade não melhoraram, a escola primária foi englobada no chamado ensino de 1º grau (1º grau menor e 1º grau maior), obrigatório em 8 séries para crianças e adolescentes entre 7 a 14 anos. Em 1978 existiam 6.500.000 pessoas em tal faixa etária fora da escola primária (1º e 2º graus), mas em 1980 elas somavam 7.500.000, isto é, um milhão a mais de exclusão.

Outro problema grave é a evasão escolar; a taxa de evasão e repetência na 1ª série do ensino de 1º grau, com 40% como média nacional.

Convém agora examinar a chamada pirâmide escolar brasileira.

Em 1980, existiam no País 28,3 milhões de alunos matriculados nos cursos regulares, dos quais 22,7 milhões no 1º grau. No 1º grau é muito participativa e importante a presença do setor público, pois apenas 15% freqüentavam as escolas particulares.

Do total de 22,7 milhões de alunos do 1º grau, a maioria de 16,1 milhões se encontra nas quatro primeiras séries (que correspondem ao antigo curso primário), porém 25% destes (isto é, exatamente 4,5 milhões de crianças) estudam em escolas unidocentes.

Ao final dos oito anos, somente 6,6 milhões de estudantes freqüentam o segundo segmento do 1º grau (5ª a 8ª série), equivalente ao antigo curso ginásial ou ginásio.

A promoção dos alunos apresenta um grande corte no segundo segmento do ensino de 1º grau. Este corte apresenta-se mais alarmante quando se compara o segundo segmento do 1º grau com o ensino do 2º grau.

O ensino do 2º grau possui 2,8 milhões de estudantes, observando-se que o setor público e o setor privado compartilham igualmente da divisão, pois a metade freqüenta escolas particulares e a outra metade as escolas públicas.

O estudo torna-se cada vez mais seletivo e excludente; da 1ª para a 2ª série há uma perda ou exclusão de 30% de estudantes; da 2ª para a 3ª, de 25%, com um número ainda menor de concluintes que terminam o 2º grau e fazem os exames vestibulares.

Afinal o curso do 3º grau, ou curso superior, possuía em 1980 cerca de 1.500.000 estudantes, 62,3% nas escolas particulares e 37,7% nas escolas públicas superiores.

CAPÍTULO V — A Questão do Analfabetismo

O Brasil é um País em que se encontra um alto percentual de analfabetos, especialmente no Nordeste.

Diversos fatores concorrem para a permanência do analfabetismo no Brasil, a saber: a fome; a pobreza; a doença; a insuficiência do orçamento na educação; a alienação cultural.

É conveniente salientar o círculo vicioso aludido por WINSLOW: a miséria acompanha a doença, a doença gera a miséria. Ambas condicionam o analfabetismo.

Afirmou WINSLOW: "Era claro... que a pobreza e a doença formavam um círculo vicioso. Homens e mulheres eram doentes porque eram pobres; tornaram-se mais pobres porque eram doentes e mais doentes porque eram mais pobres".

O modelo econômico brasileiro permanece com uma moldura colonial, que ativa o subdesenvolvimento.

A pobreza é evidente. No Brasil, a população economicamente ativa é de 40.355.360 pessoas, das quais 12,7% têm rendimento mensal de até meio salário mínimo e 30,4% de 1 a 2 salários mínimos. No Nordeste, a população economicamente ativa é de 3.189.386 pessoas, das quais 613.360 têm de 10 a 19 anos. Este salário de fome não proporciona condições para estudar.

A fome é, assim, fator importante. As crianças são carentes, vivem esfomeadas, não comem satisfatoriamente pela manhã, e a isto se agregam as roupas sovadas, o desemprego dos pais, as frustrações de toda a sorte, a família vivendo abaixo do teto de subsistência.

O MEC tem divulgado estatísticas que comprovam essa afirmativa.

Em 1979 o número de crianças em idade escolar ascendia a 3.440.803 alunos, mas o número de inscritos na 1ª série foi de 2.856.761, isto é, sobraram 40% sem nenhum acesso à escola primária.

Esta deficiência do Brasil é mais dolorosa e grave no Nordeste, onde o índice de analfabetismo é maior.

No País a proporção de analfabetos tem a média de 30,9%. É a média brasileira, que na Bahia é das mais elevadas, ascendendo a 49,65%, abrangendo os maiores de cinco anos.

Outro fator agravante do analfabetismo é a evasão escolar. Consoante os dados do MEC, 818.710 alunos não conseguem passar da 1ª série, ou seja, 64,3% dos alunos do curso primário são sistematicamente excluídos.

Muitos dados estão coligidos nos cadernos do CEAS nº 79, de maio/junho de 1982.

CAPÍTULO VI — A Questão da Universidade

A crise da educação atinge duramente a Universidade. A Universidade brasileira sofre uma crise agônica que vem se acentuando nos últimos anos, e que necessita ser imediatamente corrigida. A crise da Universidade, como a instituição mais abrangente e ampla, provoca, conseqüentemente, o mesmo naufrágio das Faculdades e Centros que a integram.

A alienação cultural é uma das primeiras causas do descrédito das Universidades. A palavra alienação (*Entaesseruna*) foi utilizada inicialmente por HEGEL na obra **Fenomenologia do Espírito** e incorporada ao arsenal filosófico do marxismo. A alienação cultural é a imitação ou imposição da cultura externa e diferente da cultura nacional. Daí a inadequação da Universidade à realidade nacional. Modelos pedagógicos estrangeiros, como o sistema de crédito, foram copiados e imitados desastrosamente e sem critério.

Bem o salientou EDUARDO PRADO: “Assim as instituições podem dar certo nos seus países de origem, e trazer a confusão e a desordem nos países para onde arbitrariamente as transmudam.”

Que fazer do ensino universitário no País? São mais de vinte anos de paralisia intelectual.

Para o ressurgimento da Universidade são indispensáveis as seguintes medidas: maiores verbas no orçamento; concurso público de servidores e professores, ou o seu ingresso pelo sistema de mérito; modificação do ingresso dos estudantes, que devem retornar ao processo de seleção por parte de cada Faculdade, com disciplinas específicas próprias, sem o sistema dos testes; **ensino público gratuito; eleição direta dos dirigentes universitários.**

Toda essa mudança deve ser estruturada na reta do País para a independência externa, contra o estado de colonização que domina a Nação. O baronato do FMI e do capital estrangeiro drenam a riqueza nacional. Os juros pagos são chamados juros subversivos, porque ameaçam e subvertem a ordem econômica, conseqüentemente, as instituições democráticas.

Quanto aos concursos públicos de professor, especialmente de titulares e auxiliares, isto é, nos cargos finais e iniciais de carreira, que a própria Constituição determina, tal preceito é flagrantemente violado. Com exceção do modelo paulista, pois a USP (estadual) vem realizando concursos, as demais têm fugido abusivamente ao preceito constitucional. Em todas as Universidades há inúmeras cátedras vagas de titular, sem a mínima disposição dos dirigentes em abrir por edital os referidos concursos. Estes sempre foram no País verdadeiros e deslumbrantes espetáculos culturais, hoje menosprezados pela visão limitada e tecnocrática dos responsáveis pelos destinos da Universidade.

É necessário também diminuir o poder autoritário dos Reitores, acrescido desde a velha República (1964-1985), dotados ademais de pouca sensibilidade para o problema cultural, para dar uma visão humanista à Universidade.

A perpetuidade inoperante das oligarquias universitárias montadas pelos Reitores deve ser desativada; somente poderia sê-lo pelas eleições diretas, que permitem o retorno às bases e a democratização do poder.

Seria assim oportuna a opção da eleição direta dos dirigentes universitários, válida para o modelo federal de ensino.

Uma 2ª opção, que permitisse a democratização do colégio eleitoral, torna-se viável mediante a ampliação dos colégios eleitorais dos dirigentes, hoje reduzidos a uma minoria governada pelos poderes hipertrofiados dos Reitores, em mudança proposta para um novo Código Nacional de Educação e Ensino.

Quanto às Instituições de Ensino Superior mantidas pela iniciativa privada, o referido Código Nacional de Educação e Ensino deixaria margem a diversas opções preferenciais, em um sistema multiforme de preferências, mas sem modelo rígido de eleição direta.

CAPÍTULO VII — Eleição Direta dos Reitores e Diretores Universitários

O País elege diretamente o seu Presidente e seus Governadores e Prefeitos. Se há eleição direta para esses cargos mais elevados, justifica-se a eleição direta para Reitor e demais dirigentes universitários.

No século passado, por ocasião da república presidencial francesa de 1848, LAMARTINE assim a defendia: "É mais fácil envenenar um copo de água que um rio." O copo de água é o colégio eleitoral restrito de uma minoria, o rio é o grande caudal da opinião pública da comunidade.

A eleição indireta dos dirigentes universitários, ainda por cima em listas sêxtuplas, é uma sobrevivência do modelo autoritário e cen-

tralizador de poderes, que deve ser modificado, e que ainda domina os projetos reformistas dos Reitores e seus testas de ferro para consagrar uma perpetuidade nociva no comando universitário. É o chamado "entulho autoritário" que sobrevive como herança do autoritarismo centralizador.

As eleições diretas dos dirigentes universitários devem ser amplas, Reitor e Vice-Reitor, com prévio registro conjunto de chapas; Diretor e Vice-Diretor das Faculdades e Centros; Chefes e Subchefes de departamentos; Coordenadores de cursos.

Para se ter um exemplo chocante do que é uma eleição na Universidade Federal de Pernambuco, aponta-se o seguinte caso das eleições para Diretor e Vice-Diretor do Centro de Filosofia e Ciências Humanas com 17 eleitores do colégio eleitoral indireto, da seguinte maneira: 1 Diretor, 1 Vice-Diretor; 5 Chefes de Departamento; 12 Coordenadores. Não havia representação estudantil, que se opunha à dita eleição indireta.

Destes 17 membros, os 5 Chefes de Departamento eram nomeados pelo Reitor, em escolha em listas sêxtuplas encaminhadas pelos Departamentos; os 12 Coordenadores foram e são nomeados ou demitidos pelo Reitor livremente, o que lhe dava (só os coordenadores) 70% da composição do colégio eleitoral.

A eleição foi assim uma farsa ou uma comédia eleitoral, e este processo se repete com diferenças mínimas em todos os Centros e Faculdades.

Como o colégio eleitoral do Reitor e Vice-Reitor é constituído principalmente dos Chefes de Departamento (cerca de 60 Departamentos na UFPE), cuja nomeação depende do Reitor, este faz o seu sucessor, perpetuando as mesmas oligarquias, as mesmas perseguições e o mesmo ódio.

Este é de modo geral o quadro eleitoral ou antieleitoral dominante nas Universidades brasileiras, um autêntico polichinelo eleitoral.

É o mesmo fenômeno descrito pelo Conselheiro José Tomás de Araujo no seu famoso discurso do *sorites*, no Senado do Império em 17 de julho de 1868 (in JOAQUIM NABUCO, *Um Estadista do Império*, São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1936, nova edição, 2 v., II, p. 81):

"Ora dizei-me: não é isto uma farsa? Não é um verdadeiro absolutismo, no estado em que se acham as eleições no País? Vide esta *sorites* fatal, esta *sorites* que acaba com a existência do sistema representativo; o Poder Moderador pode chamar a quem quiser para organizar ministérios; esta pessoa faz a eleição, porque há de fazê-la. esta eleição faz a maioria. Eis, aí está o sistema representativo do nosso País."

É o mesmo **sorites** aplicado às eleições universitárias: o Reitor elege o colégio eleitoral do seu sucessor porque há de fazê-lo; esta eleição faz a maioria e esta, o sucessor do Reitor.

O sistema preconizado para destruir esta oligarquia de reitores e pró-reitores perpetuando-se no poder é a eleição direta em todos os níveis dos dirigentes universitários. O mais votado tomará posse independente da nomeação.

Não digo, porém, que sejam nomeados para tal posto. Nesses casos não haverá nomeação. A competência ou a qualidade do cargo resultam do preceito legal que fixou expressamente a eleição direta e, logo que se verifique tal condição e qualidade, aparece automaticamente na pessoa eleita, sem que se faça necessário um ato especial de nomeação.

No fundo, o sufrágio indireto oscila entre a inutilidade e a corrupção, entre a falta de representação e a traição, sendo realmente um sistema corruptor e condenado.

CAPÍTULO VIII — A Expansão da Universidade

O ensino superior no Brasil assistiu apenas ao florescimento de poucas Faculdades isoladas, nenhuma Universidade, durante o século XIX. Entre elas destacam-se as Faculdades de Direito de Olinda (depois do Recife), a de São Paulo, bem como a de Medicina na Bahia. A primeira Universidade criada no Brasil foi a Universidade do Rio de Janeiro (Lei nº 14.343, de 3-9-1920), apenas com 3 Faculdades de caráter profissional e uma Reitoria como órgão central da administração, tendo sido reorganizada em 1937 com o nome de Universidade do Brasil.

Mais tarde foi organizada a Universidade de São Paulo, criada em 25-2-1934, planejada como um centro de preparação intelectual e cultural, tendo a sua força de atração numa Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras, informando a formação profissional a cargo de outros Institutos.

A Universidade do Brasil incluiu no seu planejamento não só uma Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras, como uma Faculdade Nacional de Educação.

Em 1955 já existiam no Brasil 19 Universidades, algumas delas precárias, número que foi crescendo constantemente.

Com tal desenvolvimento, que se acentuou nas décadas de 40 e 50, os dois setores, o público e o privado, atuaram paralelamente, a princípio com prevalência do ensino público.

Em 1962, como exemplo, existiam 1.820 cursos superiores, mas, destes, 475 cursos (46%) pertenciam à iniciativa privada, com 105.181

alunos de população universitária total, dos quais 42.460 (40%) pertenciam às escolas superiores privadas.

Depois de 1971 proliferaram os cursos superiores de iniciativa particular, tanto no número de matrículas, como de escolas, com indicadores respectivamente de 61% e 70%.

Havia uma enorme demanda e procura dos cursos de graduação nas escolas superiores, e a resposta foi o estímulo do Governo à iniciativa privada.

Por volta de 1980, a participação percentual no sistema gradual de graduação mostrava que a escola particular abrangia 73,8% das instituições e a pública 27,8%; os alunos matriculados nas instituições superiores privadas ascendiam a 62,3% e na pública a 37,7%, oferecendo as primeiras 66,5% das vagas, as segundas 33,6%.

O ensino superior privado consolidou-se para concentrar cerca de 1.000.000 de estudantes (62,3%), com 60.000 professores e 600 instituições existentes no País.

O setor público do ensino ficou seriamente estremecido quando se observou que ele estava com sua capacidade operacional comprometida, com um orçamento anual, em 1984, que valia somente 30% do orçamento de 1980.

O ensino privado, porém, apesar de suas anuidades em semestralidade alta, consolidou-se, mesmo no interior do País, pois o sistema particular detém 330 escolas no interior, isto é, 65% das escolas, enquanto, na época, o sistema federal mantém 49 unidades no País, das quais 25 no interior.

Outro aspecto importante a salientar é que o setor privado no ensino superior detém a maioria das áreas de Ciências Humanas (74,54%) e de Letras (65,85%), tendo as seguintes participações bem importantes nas demais áreas: Saúde (43,32%), quando participa de 41% da oferta de Enfermagem, 45% de Medicina, 41% de Odontologia e 45% de Educação Física. Nos campos das Artes se equilibram os dois setores público e privado, com 50% em cada setor. Já na área de Ciências Exatas e da Tecnologia a participação global do setor privado é de 57,24%, mas diminuiu no campo agrário, com apenas 13,73%.

Atualmente o sistema público mantém 330.000 alunos sob o regime de gratuidade, porém tal gratuidade custa aos cofres públicos cerca de 7 trilhões de cruzeiros, a preços de 1985, cerca de 13 milhões de cruzeiros por aluno/ano, mas se deve lembrar que algumas Universidades públicas vêm fraudando a gratuidade, cobrando taxas cada dia mais elevadas nas matrículas semestrais por disciplina. Vide dados mais completos e exaustivos no estudo de RAULINO TRAMONTINA e RONALDO BRAGA, publicado no livro **Qualidade, Expansão e Financiamento do Ensino Superior Privado** (ADM — Educam, Con-

junto Universitário Cândido Mendes, 1981) e nos **Estudos** (v. 1, 2 da ADMES, 1985).

CAPÍTULO IX — Posição Atual do Ensino Superior

Atualmente o Brasil possui 67 Universidades e 812 estabelecimentos isolados de ensino, num total de 879 instituições de ensino superior. São dados do MEC e do CFE.

Contudo, determinados pesquisadores, como RONALD BRAGA, professor adjunto da UFMG e agora na assessoria especial do SESU/MEC, em artigo referente ao tema (publicado em **O Estado de Minas**, de 21-9-85, Belo Horizonte, MG), salienta que a contagem confere com a realidade quanto ao número de 67 Universidades.

Mas, quanto aos estabelecimentos, o computador entra em parafuso porque conta e identifica cursos como estabelecimentos isolados, contando várias vezes na computação o mesmo estabelecimento isolado de ensino superior, porque ele foi criando vários cursos no decorrer sucessivo dos anos. Por isto, o Conjunto Cândido Mendes é computado com 8 contagens, a Católica de Santos com 6, e inúmeros outros. Na verdade 594 escolas computadas em 1982 são *cursos sob* a responsabilidade legal de apenas 400 entidades mantenedoras, que dispõem de uma única personalidade jurídica.

Afirma-se também, erroneamente, que o Brasil tem ensino superior demais, pois em 15 anos o número de estudantes superiores aumentou em 15 vezes os cem mil alunos iniciais, possuindo agora o triplo de alunos da Inglaterra e o dobro da Alemanha. Porém, é de salientar que a população do Brasil é de 140 milhões, a da Alemanha Ocidental 61 milhões e a da Inglaterra 54 milhões, ou seja, o Brasil tem mais que o dobro da população daqueles países. O número dos nossos diplomados anda aproximadamente em 3.000.000, isto é, 2% de pessoas têm diploma e atualmente só 1% frequenta o curso superior. Sem dúvida, esse número é pequeno para quem busca o desenvolvimento.

Quanto aos custos do ensino, uma Universidade federal custa de 4 a 5 vezes mais do que uma Universidade particular. Este número pode ser obtido dividindo o orçamento bruto pelo número de alunos que cada Universidade tem, e o custo-aluno bruto é 4 a 5 vezes o custo-aluno da escola pública superior.

Argumenta-se também que nos últimos 3 anos o Brasil está diplomando cerca de 250.000 estudantes-ano, e, em conseqüência, o mercado de trabalho não pode absorver novos postulantes de empregos. Mas, em contrapartida, destes 250.000 diplomados por ano, 70% já estão encaixados no PEA (população economicamente ativa) dos assalariados com trabalho.

Critica-se a orientação econômico-financeira conforme a qual o MEC gasta com o ensino superior 75% de seus recursos, quando se opina dizendo que a prioridade deve caber ao ensino de 1º e 2º graus. O assunto merece exame mais detalhado e concreto, porque a sua função no 1º e 2º graus é supletiva.

Resta destarte computar as verbas destinadas aos três graus no ensino público, tendo como base o ano de 1982. No referido ano o orçamento da União e dos Estados na educação pública foi de Cr\$ 1.513.413.000.000, sendo 78% canalizados para o ensino de 1º e 2º graus e 22% destinados ao ensino superior. No dito ano de 1982, o orçamento global da União destinado à educação foi de Cr\$ 571.032.000, sendo Cr\$ 263.000.000 (46%) com o ensino superior. Destes recursos o MEC ficou com Cr\$ 391.561.000, sendo 67% para o ensino superior. Os Estados tiveram um orçamento global de Cr\$ 839.305.000 para a educação, sendo Cr\$ 84.668 (10%) gastos com o ensino superior (dados oficiais do MEC, **Retrato do Brasil — 1970-1980**, p. 357, e RONALDO BRAGA, em o **Estado de Minas**, de 21-9-85). Computados todos os três níveis do ensino público, o ensino superior fica apenas com 18% do total.

É preciso focalizar o problema do crédito educativo, quando se determinou que uma certa parcela do dinheiro que os bancos deveriam recolher ao Banco Central seria emprestada aos estudantes, que pagariam tal crédito educativo, com juros e correção monetária, após a formatura, com um ano de carência. O sistema de crédito educativo era subsidiado pelo MEC, com 90%. O resultado foi o seguinte: no início de 1983, do total de 250.000 concluintes dos cursos superiores, 200.000 eram inadimplentes, por desemprego e falta de dinheiro ou por desonestidade (cf. LUIZ ANTÔNIO CUNHA e MOACIR DE GOES, **O Golpe na Educação**, Jorge Zahar Editora, Rio de Janeiro, 1985, p. 50).

CAPÍTULO X — O Nordeste e a Educação

Há uma questão nordestina na educação e na política do País. O Nordeste abrange uma economia agonizante de 30 milhões de pessoas, é uma parte da nação arruinada, o importante para a consolidação da unidade nacional, tanto quanto a barragem de Itaipu e o porto de Tucuruí. O grave desnível regional deve ser corrigido com os seus bolsões de estagnação e atraso, com seus quadros de fome, pobreza, endemia e da tragédia secular da seca. É preciso levar a civilização e o desenvolvimento para o sertão, os áridos tabuleiros nordestinos e as barrancas do São Francisco.

Na região do Nordeste concentram-se mais de 50% dos analfabetos do País, enquanto o Poder Público, nos seus três níveis de Governo, despense apenas cerca de 14% em educação. Os dois PNB que buscavam reerguer o Nordeste na década dos anos 70 apenas

empregaram cerca de 10% nesta área, no plano da educação, e menos de 12% em saúde.

A crise do Nordeste tem sido permanente — inflação, custo de vida, subdesenvolvimento, crise agrária, endemias, industrialização precária e oscilante — enquanto grandes recursos são destinados pela União ao Sul, Centro-Sul e Oeste. Somente na regularização do rio Cuiabá, no Mato Grosso, o DNOS (Departamento Nacional de Obras de Saneamento) aplicou em 5 anos recursos iguais àqueles utilizados no Nordeste durante 43 anos de funcionamento do DNOCS (Departamento Nacional de Obras Contra a Seca).

Pela Constituição liberal de 1934 (art. 177) o Nordeste dispunha de 4% da receita tributária da União para as obras de assistência à região, diminuída para 1% na Constituição de 1946 (art. 29 das Disposições Constitucionais Transitórias). A garantia de tais recursos foi decepada no texto da Carta Política de 1967, varrendo da Carta semi-outorgada o princípio que assegurava um tratamento positivo à área do Polígono.

A SUDENE, criada na década de 50, tem as suas verbas constantemente diminuídas, apesar das mesas-redondas e dos painéis, e o Nordeste semi-escravizado aparece como um mendigo ou pedinte envergonhado, de mão estendida para o Poder Público federal.

A dívida social do Brasil para com o Nordeste é imensa. A fórmula política e econômica está na restauração do dispositivo constitucional de 1934, com recursos tributários da União obrigatoriamente gastos no Nordeste, dos quais 2% seriam despendidos na educação e saúde, para reconscientizar 30 milhões de nordestinos.

Outra mensagem faraônica ou egípcia deve ser transformada em realidade, a recuperação do semi-árido, a perenização de rios da bacia fluvial do São Francisco, as barragens tributárias do lençol aquático represado em Sobradinho, a construção de adutoras, mas tendo como base econômico-financeira o uso do percentual de 4% das rendas da União, que deve ser consagrado na nova Constituição, com aplicação compulsória de 2% na educação e saúde.

CAPÍTULO XI — O Município e o Ensino

O Município é uma escola pública das liberdades. Deve ter uma acentuada importância no processo da educação e do ensino, ao lado da União e dos Estados.

A tragédia da autonomia municipal é, porém, evidente. Na partilha tributária das rendas, a União tem uma supremacia financeira acentuada, pouco cabendo aos Municípios.

O centralismo político, econômico e financeiro da República Federativa desfechou uma agressão sistemática aos interesses locais,

deixando na prática os Municípios oprimidos por um deformante unitarismo. A autonomia municipal torna-se vazia e abstrata pela carência de recursos. Disposto de poucos recursos, pouco pode o Município gastar no campo da educação.

Na partilha tributária das rendas, a arrecadação da União é bem maior do que a de todos os Estados e Municípios do País. O Estado de São Paulo é o mais potente da Federação, arrecada quase tanto quanto todos os Estados da Federação e três vezes mais do que todos os mais de 4.000 Municípios brasileiros. Os Municípios do Estado de São Paulo arrecadam quase o mesmo que todos os Municípios do País.

A arrecadação do Estado de Pernambuco ocupa o 7º lugar no País, a dos seus Municípios o 9º lugar, com tendência a decrescer.

Para que o Município possa atuar mais profundamente no ensino é importante a revitalização das suas finanças e do seu poder tributário.

O Código Nacional Tributário (CTN), constante da Lei nº 5.172, de 25-10-1966, é na verdade centralizador, intervencionista e violador da autonomia dos Estados e Municípios. A União está realmente hipertrofiada de recursos, com prejuízos dos Estados e Municípios, embora sempre presentes ~~deficits~~ nos seus orçamentos (o fiscal, o monetário, das atividades das estatais e empresas públicas) pela falta de racionalidade, empregomania desenfreada e dissipação de recursos.

Entre 1957 e 1983, na repartição da receita tributária própria, a União ampliou a sua receita de 48,5% para 57,8% em detrimento dos Estados que passaram de 42% para 37%, e dos Municípios que decresceram a sua quota de 6,5% para 5,7% (ano de 1983).

A atual política é a da municipalização do ensino, entre outras metas, mas para isto é necessário também que ocorra uma reforma tributária, melhorando e ampliando a partilha tributária dos Municípios.

Assim, de modo paralelo, o MEC e as entidades comunais poderão investir de modo mais proveitoso na recriação da rede escolar municipal.

CAPÍTULO XII — Avaliação Crítica da Educação Nacional

Os excessos reformistas da educação nacional não tiveram o sucesso ambicionado, prejudicando principalmente a Universidade brasileira, arruinando estruturas que apenas deviam ser aperfeiçoadas e deixando ao descaso o ensino primário. Um quadro pessimista de carência se mostrou, acompanhado do descontentamento geral.

A educação é um processo dinâmico, que deve acompanhar as necessidades sociais. Torna-se indispensável uma nova **Lei sobre o Sistema Educacional do País**, um **Código Nacional da Educação do Ensino**, fixando as diretrizes gerais nos diversos graus do ensino, as

responsabilidades tanto do setor público como do setor privado, as atribuições recíprocas da União, dos Estados e dos Municípios, os recursos necessários, a seleção do professorado, bem como a articulação indispensável para evitar o centralismo exagerado.

A Lei Básica do Ensino (Lei n.º 5.692/71) já foi oportunamente modificada pela Lei n.º 7.044/82, que preferiu a orientação para o trabalho em vez da obrigatoriedade do ensino profissional.

A — As deficiências e falhas do ensino de 1º grau têm sido apontadas pelos educadores brasileiros, podendo ser enunciadas:

1ª — pequena participação do setor privado no ensino do 1º grau, na faixa de 10% do total das escolas, os Municípios aplicando entre 20 a 30% do seu orçamento (inclusive repasse do FPM), mas também tal aplicação se faz no setor superior. Como a arrecadação dos tributos pelos Municípios é pequena, 5% a 6% do bolo tributário, a participação do Município no ensino não tem um valor substancial. A responsabilidade do ensino público do 1.º grau é sobretudo do Estado, com participação insuficiente dos Municípios, hoje muito interessados orgulhosamente em criar escolas superiores;

2ª — remuneração inadequada do pessoal docente, provocando a fuga do pessoal mais habilitado do ponto de vista profissional;

3ª — insuficiência de vagas e na oferta da matrícula, com uma taxa de analfabetismo de crianças muito ampla;

4ª — evasão escolar, essencialmente na 1ª série, falta de material pedagógico, de merenda escolar, de currículos funcionais, motivos econômicos — o desemprego, o pauperismo, ou deficiência alimentar — de saúde, acompanham este quadro;

5ª — carência de prédios, alguns em péssimo estado de conservação e poucas salas. A televisão mostra neste tocante quadros deprimentes, inclusive a retirada de água de locais pouco higiênicos.

B — Quanto à escola do 2º grau, onde também é grande a evasão escolar e que equivale tão-somente a cerca de 20% da faixa etária correspondente, tais escolas têm currículos artificiais, desprezando o preparo para a própria vida. Predomina um acentuado currículo acadêmico, acumulando uma memória morta de conhecimentos inúteis para o futuro. Conhece-se a geografia local, sabe-se onde é o Sena e não se conhecem os rios da geografia nordestina.

C — A profissionalização prevista pela Lei n.º 5.692/71 não conseguiu o êxito ambicionado. O ensino profissionalizante buscou realizações ambiciosas, que não conseguiu, procurando multiplicar os

ginásios orientados para o trabalho (GOT), visando transformar o 2º ciclo do 2º grau (o antigo colegial) em curso compulsoriamente de natureza profissional.

No velho ginásio, nas primeiras séries, eram ensinadas as disciplinas de caráter geral, as disciplinas generalistas, que predominavam, existindo, além disso, as disciplinas vocacionais, com o objetivo de sondagem de aptidões vocacionais, quais sejam, artes industriais ou técnicas agrícolas segundo as regiões a que se destinavam. Cerca de 600 ginásios desse teor foram construídos, especialmente com dólares da USAID e assimilados pela reforma do ensino inspirada pela Lei nº 5.692/71.

Contudo as artes industriais ensinadas no GOT eram mais apropriadamente artesanais (madeiras, cerâmica, metal), para produzir e fabricar pequenas peças, do que artes industriais. O GOT dissociou-os assim do sentido do trabalho orientado para a indústria mecanizada e para a linha de produção, operando máquinas e equipamentos. A Belgo-Mineira, por exemplo, diminuiu a mão-de-obra de 6.000 operários pela automação e mecanização, fabricando as coisas sob medida. O GOT vocacionava alunos para o artesanato quando a linha de produção só orientava inflexivelmente para o domínio de artes industriais.

Antes as escolas técnicas industriais eram poucas, constituíam o modelo do ensino profissionalizante. Mas o que foi útil e pragmático com poucos alunos não resultou proveitoso com a multiplicação de tal ensino para cerca de 2.000.000 de estudantes.

O Parecer nº 45/72 do CFE chegou a elencar 130 habilitações de técnicos e auxiliares técnicos, desativando-se, inclusive, as já famosas escolas normais, destinadas ao curso de formação de professores primários (da 1ª à 4ª séries).

Em breve a Lei nº 5.692/71, entendida como lei para a qualificação e orientação para o trabalho, foi mudada pela Lei nº 7.044/82, de **preparação para o trabalho**, expressão tecnicamente imprecisa, evitando a obrigatoriedade da habilitação profissional no 2º grau, mas permitindo habilitação profissional.

D — Afinal, os cursos superiores, que são tidos como numerosos, devem ser melhor qualificados, permitindo a ampliação quantitativa dos seus quadros e sua rigorosa fiscalização e funcionamento, para diminuir o **tecnological gap** frente às nações desenvolvidas.

O problema sempre ventilado da dependência tecnológica expõe evidentemente o País a uma nova forma de colonização, com a tecnologia importada em vez de tecnologia criada, numa época de informática, de automação e robótica.

O Brasil tem um número pequeno de doutores e pesquisadores. O País possui apenas 4 mil doutores nas diversas áreas e 30 mil dedicados à pesquisa.

Em contraposição a França tem 67 mil doutores e 400 mil pessoas envolvidas na pesquisa.

Os EUA têm ainda um mais elevado número, com 370 mil doutores e mais de um milhão dedicados à pesquisa.

Comparativamente, o Brasil gasta tão-somente 0,63% do PIB (Produto Interno Bruto) em pesquisas, os EUA gastam 3,1% e buscam elevar para 3,4%, a URSS investe além deste percentual.

A tecnologia brasileira ainda está muito atrasada. Ubirajara Brito, Superintendente do Desenvolvimento de Ciências Básicas do CNPq, salientou ultimamente a dependência tecnológica do Brasil tanto na fabricação de automóvel (usando já tecnologia de segunda mão, já de graça para seus detentores) como até na produção de produtos farmacêuticos, em que o País importa até a aspirina.

Torna-se destarte indispensável o desenvolvimento criativo da nossa tecnologia e do saber científico, com maiores verbas para o ensino e pesquisa.

Para isso é indispensável repensar o problema da dívida externa do Brasil, com uma nova política com os países credores, inclusive sobretudo reduzir de 2% para 1,25% e 1% o **spread** cobrado sobre os juros.

O **spread** é um adicional cobrado sobre as taxas de juros preferenciais vigentes em Londres (*libor*), nos EUA (*prime rate*), taxa que aumenta o acordo com o risco dos empréstimos dos bancos aos países devedores.

A **prime** tem sido mantida em 9,5% e a **libor** em 8,12% para os empréstimos de 6 meses desde 27-12-85. Para a economia brasileira a diminuição de 0,5% em tais taxas de risco significa uma economia de US\$ 500 milhões em termos de pagamento da dívida externa.

A solução do problema educacional do Brasil não depende apenas do interesse do Estado pelo problema pedagógico, mas substancialmente do desenvolvimento nacional e da independência econômica externa, que permita à nação o comando do seu destino.

2ª PARTE — PROPOSTA ARTICULADA DE UM ANTEPROJETO REFERENTE A EDUCAÇÃO E CULTURA

CAPÍTULO — A Educação e a Cultura

SEÇÃO I — A Educação

Art. 1º — Todos têm direito à educação.

§ 1º — O direito à educação é um direito público subjetivo acionável contra o Poder Público.

§ 2º — A educação será inspirada nos princípios da liberdade e solidariedade humana.

§ 3º — O Estado promoverá a democratização da educação, tendo por objeto o pleno desenvolvimento da pessoa humana dentro dos princípios da convivência democrática e do respeito aos direitos do homem, à ordem constitucional e ao cumprimento da lei.

Art. 2º — O ensino básico será ministrado nos diferentes graus pelo Poder Público, assegurando-se ainda o ensino livre à iniciativa particular, fiscalizado pelo Governo, na forma da lei.

§ 1º — É assegurado às pessoas físicas e jurídicas o direito de criação de instituições de ensino, respeitadas as disposições legais.

§ 2º — O ensino religioso terá caráter facultativo e será promovido nos horários normais.

§ 3º — O ensino será ministrado na língua portuguesa, respeitados os direitos das comunidades indígenas e o ensino da língua estrangeira.

Art. 3º — A União aplicará anualmente nunca menos de treze por cento dos seus recursos, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no mínimo vinte por cento da receita orçamentária na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Parágrafo único — O orçamento anual das empresas estatais destinará nunca menos de três por cento de seu total, para aplicação no ensino e na pesquisa, segundo critérios definidos em lei.

Art. 4º — Os Estados, os Municípios e o Distrito Federal organizarão os seus sistemas de ensino, e a União o dos Territórios e o seu próprio, que contribuirá obrigatoriamente para suprir as possíveis deficiências dos demais sistemas.

§ 1º — O sistema municipal do ensino desenvolverá com prioridade a educação pré-escolar e o ensino básico.

§ 2º — A União prestará assistência técnica, financeira e pedagógica aos Estados, Distrito Federal e Municípios para o desenvolvimento dos seus sistemas de ensino.

Art. 5º — A legislação do ensino obedecerá aos seguintes princípios:

I — os professores, alunos e funcionários têm direito à participação na gestão das escolas públicas na forma da lei;

II — o ensino básico é obrigatório para todos, dos sete aos quatorze anos, e gratuito nos estabelecimentos oficiais;

III — cabe aos pais ou responsáveis a obrigação de matricular na escola básica os seus filhos e dependentes com a idade fixada no item anterior;

IV — os docentes de todos os níveis e graus de ensino serão investidos nos cargos iniciais e finais da carreira do magistério oficial mediante concurso público de títulos e provas, e sempre no regime estatutário;

V — o Estado promoverá gradativamente o ensino gratuito nas escolas públicas e dará apoio financeiro às famílias carentes que optarem pela escola particular tanto de nível médio como de nível superior;

VI — é assegurada a liberdade do ensino.

Art. 6º — As empresas comerciais, industriais e agrícolas com mais de cem servidores, isoladamente ou em regime de cooperação, são obrigadas a manter o ensino primário gratuito para os seus empregados e filhos destes, e a proporcionar e aperfeiçoar o ensino técnico dos seus trabalhadores menores.

Art. 7º — Fica destinada para a educação no mínimo uma hora diária em todos os meios de comunicação de rádio e televisão.

§ 1º — Este direito de informação cultural e educacional será assegurado nos serviços de telecomunicações explorados diretamente pelo Estado ou mediante autorização ou concessão a particulares.

§ 2º — A educação pelo rádio e pela televisão terá ainda como finalidade a difusão objetiva de informações e de notícias, assim como obras de literatura, arte, ciência, devendo sempre ser garantida a qualidade das emissões, atendendo-se a missão cultural de desenvolvimento do País.

Art. 8º — O Poder Público promoverá o ensino supletivo, em suas diversas modalidades, o qual poderá ser igualmente oferecido pela iniciativa particular.

SEÇÃO II — A Universidade

Art. 9º — A Universidade mantida pelo Poder Público tem direito a autogestão em que se incluam a autonomia do ensino, a liberdade de determinar os seus planos de pesquisa, extensão e criação cultural.

§ 1º — A autonomia da Universidade será assegurada pela eleição de todos os seus órgãos dirigentes, mediante sufrágio direto dos membros componentes do corpo universitário, compreendidos os segmentos docentes, discentes e administrativos.

§ 2º — Ficam restauradas as Congregações em todas as instituições que ofereçam ensino superior.

§ 3º — Os votos nas eleições universitárias serão computados conforme peso que a lei lhes atribuir nos diversos segmentos da Universidade.

§ 4º — As Universidades gozarão de autonomia científica, pedagógica, administrativa e financeira, nos termos da lei.

§ 5º — Os Reitores, Diretores e demais dirigentes de Universidades, Faculdades, Centros, Institutos, Departamentos e Coordenações Acadêmicas serão os mais votados na eleição direta.

Art. 10 — As Universidades e os estabelecimentos isolados de ensino superior criados e mantidos pela iniciativa particular gozarão de pleno direito de elaboração dos seus estatutos, respeitados os princípios e normas da legislação em vigor.

Art. 11 — Fica atribuída aos Conselhos Estaduais de Educação a competência para a autorização e reconhecimento das instituições de ensino superior estaduais, municipais e particulares no âmbito de sua jurisdição, cabendo-lhes a conseqüente fiscalização na forma estabelecida pela lei federal.

SEÇÃO III — A Cultura

Art. 12 — O Estado tem o dever de garantir a todos a participação no processo social da cultura, preservada a identidade da cultura nacional.

Art. 13 — As ciências, as artes e as letras são livres, cabendo ao Poder Público incentivar as iniciativas em todas essas áreas.

Art. 14 — As culturas indígenas devem ser respeitadas no seu caráter autóctone.

Art. 15 — Ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e paisagens naturais notáveis, os edifícios históricos consagradores da memória nacional, bem como as jazidas arqueológicas, as reservas florestais e as áreas ecológicas, delimitadas por lei.

Art. 16 — Será utilizada a língua portuguesa, com absoluta preferência, na denominação de empresas industriais, comerciais e agrícolas, clubes, associações, escolas e quaisquer outras instituições, bem como em publicidade e programas de rádio e televisão.

Art. 17 — A destruição de bens de valor cultural será punida como crime pelo Poder Público.

A Constituinte de 1987 e as finanças públicas

HARRY CONRADO SCHÜLER
Assessor Parlamentar do Senado

I. *O tema*

Esta dissertação mostrará como vêm sendo esmiuçadas e ampliadas nas Constituições do Brasil as regências sobre finanças públicas. O fenómeno resulta da preocupação política com a instituição e a distribuição de impostos, com vistas, de um lado, à produção de recursos financeiros para a União, os Estados e os Municípios e, de outro lado, à salvaguarda dos cidadãos e das empresas contra a voracidade fiscal e o arbítrio ou, ao contrário, em regimes de força, objetivando à diminuição dessa garantia individual. Decorre a preocupação política, outrossim, do dever e do direito do Poder Legislativo de fiscalizar a aplicação das receitas e de controlar os bens à disposição dos gestores públicos.

Ver-se-á, por conseguinte, o que os Constituintes do passado entenderam necessário assentar nas Constituições brasileiras sobre os tributos, a fiscalização patrimonial e financeira, os orçamentos e os balanços de gestão, a tomada de contas e os serviços de contadoria e de auditoria.

A compreensão desses problemas exige perquirições sobre a finalidade de uma Assembléa Nacional Constituinte, o significado de uma Constituição Política e as experiências brasileiras, a fim de extrair lições dos erros e dos acertos cometidos e, por consequência, fixar pilares para construção de uma Carta Constitucional apropriada e perene.

II. *A finalidade e o significado da Constituinte de 1987*

A Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, convocou os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para se reunirem em 1º de fevereiro de 1987, unicameralmente, em Assembléa Nacional Constituinte, livre e soberana.

A convocação, por conseguinte, submeteu-se à concepção universal de que *A Assembléa Constituinte é o organismo soberano e livre do povo*, reunido pessoalmente ou por legítimos representantes, com a finalidade

de elaborar, votar e decretar uma nova Constituição para sua organização política.

E, segundo a doutrina, uma Constituição política deve ser a lei fundamental do Estado, compreendendo um estatuto jurídico de princípios políticos de caráter básico, estabelecendo os direitos e as garantias das pessoas, a definição da cidadania, a distribuição dos Poderes, a autoridade e a responsabilidade dos titulares desses Poderes e o sistema econômico.

Originariamente, as Constituições Políticas eram essencialmente sintéticas, como a da Grã-Bretanha, formada de vários documentos básicos que se completaram no curso da história, a partir da Carta Magna de 1215, exigida do Rei João sem Terra. Igualmente sintética é a Constituição dos Estados Unidos da América, perdurando desde 1787 com o acréscimo de apenas 27 emendas.

A maioria dos países, todavia, tem decretado Constituições dispendendo sobre as mais variadas matérias em que, modernamente, o Estado vem intervindo. Aí situa-se também o Brasil, cujas Constituições, além disso, têm priorizado a arquitetura jurídica a ponto de colocar em primeiro plano a Organização do Estado e depois as Declarações dos Direitos dos Cidadãos, ao contrário das primeiras Constituições democráticas e republicanas.

De qualquer forma, a doutrina e a experiência desaconselham a inserção de minúcias e particularidades nas Constituições, tanto por serem assuntos regíveis por leis ordinárias quanto por encurtarem a vida dos textos constitucionais.

Abre-se, aí, um vasto campo de difíceis opções que a Assembléia Nacional Constituinte de 1987 precisará enfrentar. A dificuldade se torna maior porque a República brasileira é uma Federação de Estados, sistema de organização estatal que, immanentemente, precisa preservar a *autonomia política, legislativa, financeira e administrativa* das Unidades federadas.

III. As Constituições brasileiras

Para se ter uma idéia da enorme dificuldade de elaborar cientificamente uma Carta Constitucional, atente-se para o fato de o Brasil já ter sido regido por sete Constituições políticas, sendo uma do Império e seis da República, além do que a maioria delas imposta pela força e todas com numerosas emendas, como segue:

Império:

25-3-1824 – 119 artigos – Outorgada por Dom Pedro I. Recebeu emendas em duas leis, de 12-8-1834 e 23-11-1841, sendo que a Lei nº 16 apoiada em procurações concedidas pelos eleitores na eleição dos Membros da Assembléia Geral Legislativa e a Lei nº 234 mesmo sem essa formalidade.

República:

24-2-1891 – 99 artigos – Decretada pelo Congresso Constituinte. Recebeu emendas em 1925 e 1926, incorporadas ao texto constitucional nesse último ano.

16-7-1934 – 213 artigos – Decretada pela Assembléia Nacional Constituinte. Recebeu emendas já em 1935.

10-11-1937 – 187 artigos – Outorgada pelo Presidente da República Getúlio Vargas. Foi emendada com 10 leis constitucionais e 3 decretos-leis até a deposição de Getúlio Vargas, mais 11 leis constitucionais daí até 23 de janeiro de 1946, estas também decretadas pelo Presidente da República porque não havia Poder Legislativo.

18-9-1946 – 254 artigos – Decretada pela Assembléia Constituinte. Foi emendada 6 vezes pelo Congresso Nacional até a deposição do Presidente João Goulart e, após esse fato, foi modificada por 4 atos institucionais dos Chefes das Forças Armadas e 15 emendas decretadas pelo Congresso Nacional.

24-1-1967 – 189 artigos – Oficialmente decretada pelo Congresso Nacional, aprovando projeto apresentado pelo Presidente da República, com base no Ato Institucional nº 4. Mesmo assim foi emendada com outros 13 atos institucionais mais 1 ato complementar, até 14 de outubro de 1969.

17-10-1969 – 200 artigos – Outorgada pelos Ministros Militares sob a formal denominação de Emenda Constitucional nº 1 à Constituição de 1967. Apesar disso, e também por isso, foi modificada por 26 Emendas, das quais 2 decretadas pelo Presidente Ernesto Geisel (nºs 7 e 8) e as demais 24 promulgadas pelo Congresso Nacional (nºs 2 a 6 e 9 a 27), de 9 de maio de 1972 até 28 de novembro de 1985.

A sucessão de 7 Constituições federais, em 162 anos de vida política, evidencia que a evolução constitucional do Brasil foi tumultuária e caracterizada por crises, refletindo, por certo, o conflito entre as instituições jurídicas, as forças sociais predominantes e o povo.

IV. *Retrospecto histórico*

A fim de tirar algumas lições das inadequações contidas na pletera de Constituições decretadas no Brasil, convém recordar alguns aspectos históricos.

O Brasil surgiu como um ESTADO MONÁRQUICO, ao ser proclamada sua *independência política*, em 7 de setembro de 1822. Seu território era dividido em *Províncias* transformadas em *Estados* com a implantação da República, após 15 de novembro de 1889.

Dissolvida logo no início a 1ª Assembléia Constituinte, a 12 de novembro de 1823, pelo autocrático Imperador Pedro I, este outorgou a Constituição de 25 de março de 1824. Estabelecia ela, como Poder Legis-

lativo, a Assembléa Geral, composta pela Câmara dos Deputados e pela Câmara de Senadores, mas seus membros eram eleitos indiretamente, por eleitores de Província, por sua vez escolhidos pelos cidadãos em assembleias paroquiais. O Imperador exercia o Poder Moderador, cumulativamente com a Chefia do Poder Executivo. O Poder Judicial, assim chamado naquela Carta Constitucional, era composto por Juizes e Jurados, aqueles para aplicar a lei e estes para se pronunciarem sobre os fatos. Cada Província era dotada de uma espécie de Poder Legislativo, com o título de Conselho Geral da Província, mas com atribuições limitadas à propositura, discussão e deliberação sobre os negócios mais interessantes de cada Província formando projetos peculiares e acomodados às suas localidades e urgências, conforme expressão constitucional. Seus membros também eram eleitos indiretamente, na quantidade de 21 para as Províncias mais populosas e de 13 para as demais. O Presidente da Província era de livre nomeação e remoção pelo Imperador.

Após uma sucessão de desentendimentos que atingiram seu ápice com o ato de dissolução do próprio Gabinete Liberal, o Imperador Pedro I acabou por abdicar ao trono, em favor de seu filho, em 7 de abril de 1831. Dezesseis meses depois, uma lei sem número, de 12 de outubro de 1832, decretou que os eleitores para a Legislatura seguinte conferissem (implicitamente) procurações aos Deputados que iriam ser eleitos, para reformarem a Constituição nos dispositivos que aquele diploma legal explicitou. Daí surgiu o denominado Ato Adicional, consubstanciado na Lei n.º 16, de 12 de agosto de 1834, decretando algumas mudanças na Constituição do Império, sobressaindo a substituição dos Conselhos Gerais das Províncias por Assembleias Legislativas Provinciais, com poderes efetivamente legiferantes e resolutivos, e a supressão do Conselho de Estado, que era composto de até 10 conselheiros vitalícios nomeados pelo Imperador.

Proclamada a República a 15 de novembro de 1889, seu Governo Provisório, constituído pelo Exército e pela Armada, convocou, para igual dia do ano subsequente, o que denominou de primeiro CONGRESSO NACIONAL dos representantes do povo brasileiro, eleito a 15 de setembro do mesmo ano, para julgar a Constituição que fez publicar e da qual passou a vigorar imediatamente só a parte referente à dualidade das Câmaras do Congresso, à sua composição, à sua eleição e à função que foi chamado a exercer (Decreto n.º 510, de 22-6-1890).

Assim, a 1ª Constituição da República foi promulgada em 24 de fevereiro de 1891, com 91 artigos mais 8 separados nas Disposições Transitórias. Essa Carta Nacional recebeu algumas emendas em 1926, ampliando as hipóteses de intervenção federal nos Estados (art. 8º); aumentando a competência privativa do Congresso Nacional (art. 34); formalizando o veto no lugar de recusa de sanção a projeto de lei aprovado pelo Congresso (art. 37, § 1º); reformulando a competência da Justiça Federal (arts. 59, 60 e 61); preservando a representação diplomática junto à Santa

Sé (art. 72, § 7º); suprimindo a anterior inexigibilidade de passaporte para a entrada e saída de pessoas do País (art. 72, § 10); proibindo a transferência a estrangeiros de minas e jazidas minerais necessárias à segurança e defesa nacionais e das terras onde existissem (art. 72, § 17); reformulando as hipóteses para concessão do "habeas corpus" (art. 72, § 22); ressaltando da irredutibilidade de vencimentos a obrigação de pagar impostos gerais criados em lei (art. 72, § 32); permitindo ao Poder Executivo expulsar estrangeiros perigosos ou nocivos (art. 72, § 33); e proibindo a criação de emprego e a estipulação ou alteração de vencimento sem lei ordinária especial (art. 72, § 34).

Vitoriosa em 1930 a *Revolução da Aliança Liberal*, o Governo Provisório atribuiu-se o exercício discricionário, em toda sua plenitude, das funções e atribuições do Poder Executivo e do Poder Legislativo, até que a Assembléia Constituinte estabelecesse a reorganização constitucional; dissolveu o Congresso Nacional, as Assembléias Legislativas e as Câmaras Municipais, mandando trocar os Governadores dos Estados por Interventores; incumbiu a estes nomear e exonerar os Prefeitos Municipais; e cumulou os Governadores e Prefeitos das funções executivas e legislativas (Decreto nº 19.398, de 11-11-1930).

Instalada a 3ª Assembléia Nacional Constituinte a 15 de novembro de 1933, ela decretou e promulgou a 2ª Constituição da República, em 16 de julho de 1934, com 187 artigos mais 26 separados nas Disposições Transitórias. Já em 18 de dezembro de 1935, todavia, essa Carta Nacional receberia 3 emendas, instituindo a possibilidade de declaração de comoção intestina, equiparada ao estado de guerra; e determinando a perda da patente e posto para o oficial da ativa, da reserva ou reformado, assim como a demissão do funcionário civil ou inativo, que praticassem ato ou participassem de movimento subversivo das instituições políticas e sociais.

Essa Constituição democrática teve vida muito efêmera, de apenas 3 anos, pois em 10 de novembro de 1937, o então Presidente Getúlio Vargas outorgou a 3ª Constituição da República, modificando, substancialmente, toda a organização política. Apesar de previsto o Parlamento Nacional através da Câmara dos Deputados (eleitos indiretamente e com atribuições muito restritas) e do Conselho Federal (composto por um representante de cada Estado, eleito pela respectiva Assembléia Legislativa, também com atribuições escassas), na realidade o Presidente da República acumulou as funções legislativas através de decretos-leis. Complementaram ou modificaram essa Constituição 21 leis constitucionais mais 3 decretos-leis com força constitucional. Restabeleceram-se os institutos de nomeação de Interventores ou Governadores Estaduais e de Prefeitos Municipais, reunindo ambas funções executivas e legislativas, estas em colaboração com os respectivos Departamentos Administrativos.

Essa ditadura perdurou até 18 de setembro de 1946, quando a 5ª Assembléia Nacional Constituinte decretou e promulgou a 4ª Constituição da República, provida de 218 artigos mais 36 separados como Disposi-

ções Transitórias. Restabeleceu a maioria dos princípios da Constituição de 1934 e caracterizou-se por seu liberalismo. Recebeu 6 emendas até o Governo Federal ter sido deposto pelas Forças Armadas em 31 de março de 1964, dentre as quais a Emenda nº 4, de 1961, instituindo o Parlamentarismo, e a Emenda nº 6, de 1963, restabelecendo o Presidencialismo. Outras 15 emendas à Constituição de 1946 foram decretadas pelo Congresso Nacional após a institucionalização da Revolução de 1964. No interregno, os Comandantes do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, inicialmente, e depois o próprio Presidente da República, em nome da Revolução, editaram 4 atos institucionais, introduzindo novas regras constitucionais. No Ato Institucional nº 4 foi convocado o então Congresso Nacional para, no curto período de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967, discutir, votar e promulgar o projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República. O projeto podia ser emendado, mas sob rígidas condições, como também rejeitado, caso em que encerrar-se-ia a sessão extraordinária. Se a votação não tivesse sido concluída até 21 de janeiro de 1967, deveria ser promulgada a versão original. Mediante essa sumária tramitação, e após a cassação de Deputados e Senadores considerados inimigos da Revolução de 1964, foi promulgada a 5ª Constituição da República, pelo Congresso Nacional. Consolidou juridicamente os princípios e atos da Revolução de 1964, em 189 artigos, nos quais incluem-se 17 artigos das Disposições Gerais e Transitórias.

Mas antes de transcorridos 2 anos, o Presidente Artur da Costa e Silva decretou o recesso do Congresso Nacional, mediante o Ato Complementar nº 38, de 13 de dezembro de 1968. A seguir, editou 7 atos institucionais e 1 ato complementar, até 14 de agosto de 1969. Ao ser acometido, o Presidente, de trombose cerebral, em fins de agosto de 1969, os Ministros Militares assumiram o Governo Federal e baixaram 7 atos institucionais, de 31 de agosto (nº 12) até 14 de outubro de 1969 (nº 17), finalizando com a Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-69, dando nova versão à Constituição de 1967 e introduzindo inúmeras modificações.

Em 31 de outubro de 1969 a JUNTA MILITAR entregou o poder ao General Emílio Garrastazu Médici, selecionado pelo Alto Comando do Exército, sucedido pelo General Ernesto Geisel (1974 a 1979) e pelo General João Baptista Figueiredo (1979 a 1985).

Chega-se, assim, à Nova República, através da eleição dos civis Tancredo Neves e José Sarney, para Presidente e Vice-Presidente da República. Com a morte do presidente eleito, antes da posse, assumiu diretamente a Presidência da República o eleito para vice-presidente, em 15 de março de 1985.

V. *As finanças públicas nas Constituições passadas*

A Constituição Monárquica de 1824 era quase silente sobre os tributos; a gestão patrimonial e financeira; a elaboração dos orçamentos públicos e sua execução; o levantamento dos balanços contábeis; a prestação,

a tomada e o julgamento das contas; a instituição dos serviços de contabilidade e auditoria; e a prevenção e o combate à fraude patrimonial. Na competência da Assembléia Geral (denominação de então do Congresso Nacional), explicitou a fixação das despesas públicas e a repartição da contribuição direta (tributos); a autorização ao governo para contrair empréstimos; o estabelecimento de meios convenientes para pagamento da dívida pública; e a regulação da administração dos bens nacionais e sua alienação (art. 15, itens 10, 13, 14 e 15). Dedicou um pequeno capítulo à Fazenda Nacional, encarregando a receita e a despesa a um tribunal administrativo que nominou de Tesouro Nacional; preconizando a regulação em lei da administração, arrecadação e contabilidade; determinando o estabelecimento anual, pela Assembléia Geral, das contribuições diretas; e obrigando o Ministro da Fazenda a apresentar, anualmente, à Câmara dos Deputados o balanço geral da receita e despesa do ano antecedente e, igualmente, o orçamento geral de todas as despesas e de todas as contribuições e rendas para o ano seguinte (arts. 170, 171 e 172).

A Constituição federal de 1891 instituiu:

1 — a competência tributária exclusiva da União e dos Estados (arts. 7º e 9º);

2 — a competência privativa do Congresso Nacional para orçar a receita, fixar a despesa federal, tomar as contas de cada exercício financeiro, autorizar a contratação de empréstimos e operações de crédito, legislar sobre a dívida pública e estabelecer os meios para o pagamento, e regular a arrecadação e a distribuição das rendas federais (art. 34, itens 1º, 2º, 3º e 4º);

3 — o Tribunal de Contas, para liquidar as contas da receita e despesa e verificar sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso, estabelecendo ainda que os membros do Tribunal fossem nomeados pelo Presidente da República com aprovação do Senado e que eles só perderiam seus lugares por sentença (art. 89);

4 — que nos Estados que se fossem organizando entraria em vigor a classificação das rendas estabelecida na Constituição (art. 5º das Disposições Transitórias), cabendo registrar que a Constituição não fixou nenhuma classificação de rendas.

As *emendas aprovadas* em 1925 e 1926 acrescentaram à Constituição de 1891, nos assuntos mencionados:

1 — a prorrogação do orçamento anterior, quando o novo não estivesse em vigor até a data que fixou, querendo, na verdade, renovar o orçamento anterior (art. 34, item 1º);

2 — a proibição de as leis de orçamento conterem disposições estranhas à previsão da receita e à despesa fixada para os serviços anteriormente criados, ressalvando da proibição (o que era lógico e viria a ser repetido nas Constituições posteriores) a autorização para abertura de créditos su-

plementares e operações de crédito como antecipação da receita, assim como a determinação do destino do saldo do exercício ou do modo de cobrir o *deficit* (art. 34, § 1º);

3 – a vedação para conceder créditos ilimitados (art. 34, § 2º).

A Constituição de 1934 discriminou os tributos de competência da União, dos Estados e dos Municípios (arts. 6º, 8º e 13). Ao fixar a competência privativa do Poder Legislativo, substituiu a anterior expressão “orçar a receita, fixar a despesa” – que sugere iniciativa correspondente – por “votar anualmente o orçamento da receita e da despesa”, porque o Poder Executivo está realmente mais informado para elaborar a proposta orçamentária (art. 39, item 2). Aditou expressamente a essa atribuição a autorização para emissões de papel-moeda de curso forçado (art. 39, item 3).

Com referência ao *orçamento*, além de repetir os preceitos que sobre a matéria estabelecia a Constituição de 1891, veio explicitar os seguintes princípios (art. 50):

1 – unidade orçamentária (uma só peça contábil);

2 – universalidade, incorporando obrigatoriamente todos os tributos, rendas e suprimentos de fundos, assim como todas as dotações necessárias ao custeio dos serviços públicos;

3 – discriminação da despesa, dividindo-a em uma parte fixa, só alterável em virtude de lei anterior, e outra variável, esta obedecendo à rigorosa especialização.

Com relação ao Tribunal de Contas, a Constituição de 1934 o manteve para ser organizado de acordo com a lei a ser decretada pelo Congresso Nacional e:

1 – atribuiu-lhe o acompanhamento da execução orçamentária e o julgamento das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos (art. 99);

2 – integrou-o por Ministros nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado, e assegurou-lhes as mesmas garantias dos Ministros da Corte Suprema (art. 100);

3 – sujeitou a prévio registro do Tribunal de Contas qualquer ato da Administração Pública de que resulte obrigação de pagamento pelo Tesouro Nacional (art. 101, § 1º);

4 – firmou a suspensão da execução de contratos cujo registro tenha sido recusado pelo Tribunal, até o pronunciamento do Poder Legislativo (art. 101, *caput*);

5 – proibiu a recusa de registro por falta de saldo no crédito ou por imputação a crédito impróprio e, quando a recusa tivesse outro fundamento, permitiu que o Presidente da República autorizasse a despesa, hipótese em que o Tribunal faria o registro sob reserva, com recurso “*ex officio*” à Câmara dos Deputados (art. 101, § 2º);

6 – ressaltou que a fiscalização financeira dos serviços autônomos seria feita pela forma prevista nas leis que os estabelecessem (art. 101, § 3º);

7 – obrigou o Tribunal de Contas a dar parecer prévio, com minucioso relatório do exercício financeiro terminado, sobre as contas anuais do Presidente da República à Câmara dos Deputados.

Nas Disposições Gerais, a Constituição de 1934:

1 – submete à ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos os pagamentos decorrentes de sentença judicial (art. 182); e

2 – proíbe a criação de encargo ao Tesouro sem atribuição de recursos suficientes (art. 183).

A Constituição de 1937, corporativista, reduziu a níveis insignificantes o Poder Legislativo. Atrেলou seu exercício, pelo Parlamento Nacional, à colaboração do Conselho de Economia Nacional, órgão paritário de representantes de empresários e de empregados (arts. 38 e 57). A iniciativa dos projetos de lei foi reservada, em princípio, ao Governo, vedada a iniciativa da Câmara dos Deputados ou do Conselho Federal (que substituiu o Senado) a projetos ou emendas que versem sobre matéria tributária ou de que resulte aumento de despesa (art. 64). Em assuntos admissíveis, a iniciativa parlamentar estava condicionada a um terço de Deputados ou de Membros do Conselho Federal (art. 64, § 1º). Projetos que interessassem à economia nacional tinham que ser submetidos à anterior consulta do Conselho de Economia Nacional e as proposições do Executivo tinham preferência e tramitação especial (art. 64, § 2º, e art. 65).

No tocante ao orçamento, a Constituição de 1937 atribuiu a elaboração e a fiscalização de sua execução a um Departamento Administrativo, que viria a ser o DASP, cumulado com o estudo da economia, eficiência e organização dos serviços públicos (art. 67). Preservou os princípios orçamentários da unidade e universalidade (art. 68) e determinou que a discriminação da despesa fosse feita por serviço, departamento, estabelecimento ou repartição (art. 69). Reiterou a proibição de a lei orçamentária conter dispositivo estranho à receita prevista e à despesa fixada (art. 70). E tornou expresso o princípio da publicidade do orçamento (art. 72).

No que concerne ao Tribunal de Contas, instituiu-o novamente, compondo-o por membros nomeados pelo Presidente da República com aprovação do Conselho Federal, preservando-lhes as garantias dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 114). À competência anterior – de acompanhar a execução orçamentária e julgar as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos – foi acrescida a de julgar a legalidade dos contratos celebrados pela União (art. 114).

A Constituição de 1946, democrática, especificou os tributos que pertenciam à União, aos Estados e aos Municípios, à semelhança da Carta de 1934 (arts. 15, 19 e 29). Mas incluiu na competência da União legis-

lar sobre normas gerais de direito financeiro (art. 5º, item XV, alínea "b"). E sintetizou as atribuições do Congresso Nacional, no que concerne às finanças públicas, como segue, repetindo em termos diferentes as disposições da Constituição de 1934 (art. 65, itens I, II, III e VI):

- 1 — votar o orçamento (portanto, não elaborá-lo);
- 2 — votar os tributos próprios da União e regular a arrecadação e a distribuição das suas rendas;
- 3 — dispor sobre a dívida pública federal e os meios de solvê-la;
- 4 — autorizar abertura e operações de crédito, e emissões de curso forçado.

Com referência ao *Orçamento*, a Constituição de 1946 renovou as normas contidas na Constituição de 1934, todavia acrescentando (art. 75):

- 1 — a proibição de estorno de verbas e a abertura de crédito especial sem autorização legislativa (além da concessão de créditos ilimitados, já vedada na Carta de 1934);
- 2 — a admissão de abertura de crédito extraordinário nas hipóteses de necessidade urgente ou imprevista, em caso de guerra, comoção intestina ou calamidade pública (redação que gerou controvérsias interpretativas, sobre se a urgência ou imprevisibilidade era restrita aos casos especificados).

No tocante ao Tribunal de Contas, a Constituição de 1946 também foi se inspirar na Carta Nacional de 1934, com as seguintes modificações (arts. 76 e 77):

- 1 — acresceu a fiscalização da execução do orçamento na competência (além de repetir o acompanhamento);
- 2 — aditou à competência o julgamento das contas dos administradores das entidades autárquicas (além de repetir os responsáveis por dinheiros e outros bens públicos);
- 3 — adicionou, outrossim, à competência o julgamento da legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões;
- 4 — inseriu o registro posterior, como alternativa ao registro prévio, conforme a lei estabelecesse, de qualquer ato de que resultasse obrigação de pagamento pelo Tesouro Nacional;
- 5 — substituiu a Câmara dos Deputados pelo Congresso Nacional, para apreciação do recurso *ex officio* dos registros sob reserva de despesa impugnada pelo Tribunal, mas autorizada pelo Presidente da República;
- 6 — assegurou aos Ministros do Tribunal de Contas os mesmos direitos, garantias, prerrogativas e vencimentos dos Juizes (sic) do Tribunal Federal de Recursos (a Constituição de 1934 explicitara apenas as mesmas garantias dos Ministros da Suprema Corte); e

7 — fixou a sede do Tribunal na Capital da República (portanto, no Distrito Federal) e sua jurisdição em todo o território nacional.

A Constituição de 1967 — semi-outorgada através de formal aprovação pelo Congresso Nacional de projeto encaminhado, sob rígidas condições, pelo Presidente Humberto Castello Branco — foi a que mais dispôs em finanças públicas. Reiterou a competência da União para legislar sobre normas gerais de direito financeiro e preconizou lei complementar para estabelecer normas gerais de direito tributário, dispor sobre os conflitos de competência tributária e regular as limitações constitucionais do poder tributário (art. 8º, item XVII, alínea c, e art. 19, § 1º). Introduziu um capítulo só para o Sistema Tributário, mas concentrou na União os mais produtivos impostos, conferiu ao Presidente da República poderes para alterar alíquotas de alguns impostos e tolheu a autonomia dos Estados e Municípios até com relação aos impostos que lhes foram destinados, inclusive estabelecendo não incidências e permitindo à União conceder isenções! (arts. 18 a 28).

No que diz respeito ao *Orçamento*, explicitou as seguintes modificações nas Constituições de 1934 e 1946, algumas inaceitáveis num Sistema Federativo, outras utópicas e as demais próprias de lei ordinária (arts. 63 a 70):

1 — previsão de lei federal dispendo sobre o exercício financeiro, a elaboração e a organização dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios;

2 — introduziu o orçamento plurianual de investimento, para as despesas de capital, como documento formal (amarrando decisões futuras a passadas e por isso sem legitimidade democrática);

3 — estendeu para os créditos suplementares a proibição de abertura de crédito sem autorização legislativa, ao lado dos créditos especiais, e condicionou ambas as espécies à anterioridade da autorização e à indicação da receita correspondente;

4 — proibiu expressamente despesas que excedam as verbas votadas pelo Legislativo, com ressalva para as autorizadas em crédito extraordinário;

5 — restringiu a abertura de crédito extraordinário a casos de necessidade imprevista, como guerra, subversão interna ou calamidade pública (suprimindo menção à urgência e deixando claro que as situações exemplificadas são de imprevisão);

6 — mandou dividir o orçamento anual em corrente e de capital e que compreenda as despesas e as receitas relativas a todos os Poderes, órgãos e fundos, incluindo nestes o produto de operações de crédito, tanto da chamada Administração Direta quanto da Indireta (classificação anti-científica, imprecisa e manipulável), sendo que da indireta em dotações globais e delas excluídas as entidades que não recebam subvenções ou

transferências à conta do orçamento (princípio que passou a ser burlado mediante transformação de órgãos federais em empresas públicas, para prestação de serviços ao próprio Governo federal e mediante preços artificiais, como o GEIPOT, a EBTU, o SERPRO, mais a criação de Fundações não auto-suficientes);

7 — vedou a vinculação de tributo e sua arrecadação a determinado órgão, fundo ou despesa, ressaltando apenas os impostos únicos e os tributos para constituição de receitas de capital (mas esse preceito vem sendo descumprido por sucessivos Governos, antes vinculando o ISOF ao Banco Central e mantendo a vinculação do Imposto do Finsocial ao BNDES e parte do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas ao PIN e ao PROTERRA e ainda considerando como despesa a simples distribuição para estes programas);

8 — proibiu a dotação de verba no orçamento anual para projeto, programa, obra ou despesa cuja execução se prolongue além do exercício financeiro, sem prévia inclusão no orçamento plurianual de investimento ou sem prévia lei que o autorize e fixe o montante das verbas que constarão do orçamento de cada ano;

9 — limitou a vigência dos créditos especiais e extraordinários ao exercício financeiro em que tenham sido autorizados, salvo se a autorização tivesse sido promulgada nos últimos 4 meses do exercício, quando poderiam vigor até o término do exercício subsequente;

10 — vedou que o montante da despesa autorizada seja superior ao total das receitas estimadas (proibição conflitante com saldo), excepcionando da norma os limites e prazos fixados pelo Senado por proposta do Presidente da República, em política corretiva de recessão econômica, assim como as despesas à conta de créditos extraordinários;

11 — determinou que junto com a proposta de orçamento anual ou de lei que crie ou aumente despesa o Poder Executivo submeta ao Poder Legislativo as modificações na legislação da receita, necessárias para que o total da despesa autorizada não exceda à prevista (regra nunca cumprida);

12 — ordenou que o Poder Executivo proponha ao Poder Legislativo as medidas necessárias para restabelecer o equilíbrio orçamentário, se no curso do exercício financeiro a execução orçamentária demonstrar a probabilidade de *deficit* superior a 10% do total da receita estimada (disposição não cumprida);

13 — limitou a despesa de pessoal da União, dos Estados e dos Municípios a 50% das respectivas receitas correntes (norma violadora da autonomia dos Estados e dos Municípios, além do que incongruente porque os serviços estatais são prestados através de pessoal);

14 — restringiu ao Poder Executivo a iniciativa das leis orçamentárias e das que abram créditos, fixem vencimentos e vantagens dos servidores públicos, concedam subvenção ou auxílio, ou de qualquer modo autorizem,

criem ou aumentem a despesa pública (nessa disposição antidemocrática impediu até que a Câmara dos Deputados e o Senado criassem cargos ou serviços de suas organizações);

15 — proibiu a deliberação de emendas orçamentárias de que decorra aumento da despesa global ou de cada órgão, projeto ou programa, assim como emendas que visem a modificar o montante, a natureza e o objetivo da despesa (disposições ditatoriais que simplesmente impedem qualquer emenda na despesa ou na receita);

16 — limitou emendas — pelo visto meramente formais — às Comissões do Poder Legislativo e considerou final o pronunciamento das mesmas, salvo se 1/3 da Câmara respectiva pedisse a votação em plenário, inadmitida discussão;

17 — facultou ao Poder Executivo a retificação do Projeto de Orçamento, enquanto não concluída a votação do subnevo a ser alterado;

18 — fixou o prazo de 5 meses antes do início do exercício financeiro seguinte para o envio do projeto de lei orçamentária à Câmara dos Deputados e de 4 meses para sua tramitação no Poder Legislativo;

19 — limitou em até 25% da receita total estimada as operações de crédito para antecipação da receita, e fixou para liquidação das mesmas o prazo de até 30 dias depois do encerramento do exercício financeiro;

20 — permitiu que o Senado, por proposta do Presidente da República, e com relação aos Estados e Municípios, fixe limites globais para o montante das respectivas dívidas consolidadas, estabeleça e altere limites de prazos, taxas de juros e demais condições de obrigações emitidas, e, ainda, proíba ou limite temporariamente a emissão e o lançamento de obrigações (disposições antifederativas e que, discriminatoriamente, deixaram de fora a União, onde a administração financeira foi pior, inclusive com o fabuloso endividamento interno e externo sobre a Nação); e

21 — ordenou que o numerário correspondente às dotações do Congresso Nacional e dos Tribunais Federais fosse entregue no início de cada trimestre, em cotas de três doze avos.

No tocante ao Tribunal de Contas da União, a Constituição de 1967 também se apresenta demasiado analítica, fixando processos de fiscalização e procedimentos administrativos incabíveis numa carta constitucional, como se pode inferir das disposições a seguir reproduzidas e extraídas dos arts. 71 a 73:

1 — estatuiu o controle externo, exercido pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas, e os sistemas de controle interno do Poder Executivo;

2 — especificou a abrangência do controle externo através do Tribunal de Contas, como segue:

a) apreciação das contas do Presidente da República, para julgamento pelo Congresso Nacional, com minucioso relatório do exercício financeiro encerrado;

b) desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária, sobre as contas das unidades administrativas dos 3 Poderes da União, realizando as inspeções que considerar necessárias;

c) julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos, baseado em levantamentos contábeis, certificados de auditoria e pronunciamentos das autoridades administrativas, sem prejuízo das inspeções;

d) inclusão expressa das autarquias nas normas de fiscalização financeira e orçamentária (por exclusão não foram atingidas as empresas públicas, as sociedades de capital misto e as fundações);

3 — estabeleceu os objetivos do Sistema de Controle Interno nos seguintes:

a) criar condições indispensáveis para eficácia do controle externo e para assegurar regularidade à realização da receita e da despesa;

b) acompanhar a execução de programas de trabalho e de orçamento;

c) avaliar os resultados alcançados pelos administradores e verificar a execução dos contratos;

4 — fixou as seguintes obrigações para o Tribunal de Contas:

a) representar ao Poder Executivo e ao Congresso Nacional sobre irregularidades e abusos que verificar no exercício do controle da administração financeira e orçamentária;

b) na hipótese de verificar ilegalidade de qualquer despesa, inclusive decorrente de contratos, aposentadorias, reformas e pensões:

— assinar prazo para as providências necessárias ao exato cumprimento da lei;

— no caso de não atendimento, sustar a execução do ato, exceto em relação aos contratos, facultando a Constituição que o Presidente da República ordene a execução do ato impugnado, *ad referendum* do Congresso Nacional (que sempre tem homologado a ordem presidencial);

— no caso de contrato, solicitar ao Congresso Nacional que determine a sustação ou outras medidas que julgar necessárias ao resguardo dos objetivos legais, sendo que a Constituição considera insubsistente a impugnação na ausência de decisão do Poder Legislativo no prazo de 30 dias (ressalva mediante a qual todos os contratos impugnados vêm sendo convalidados);

5 — reiterou a sede do Tribunal de Contas na capital da União e sua jurisdição em todo o território nacional;

6 — atribuiu a regência interna ao próprio Tribunal de Contas;

7 — previu quadro próprio para o pessoal do Tribunal;

8 — preconizou lei para dispor sobre a organização do Tribunal;

9 — manteve a composição do Tribunal de Contas por Ministros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado, e confirmou para eles as mesmas garantias, prerrogativas e vencimentos e aditando os impedimentos dos Ministros do Tribunal Federal de Recursos;

10 — fixou as seguintes qualificações para os Ministros do Tribunal de Contas da União: brasileiros maiores de 35 anos, dotados de idoneidade moral (sempre presumida) e de notórios conhecimentos jurídicos, econômicos, financeiros ou de administração pública (também supostos).

A Constituição de 1969, outorgada com a Emenda nº 1 pelo Triunvirato Militar, foi ainda mais centralizadora e analítica do que a de 1967, cujo texto convalidou com as alterações que introduziu.

Na *Competência Legislativa da União* introduziu as normas gerais sobre orçamento, despesa e gestão patrimonial e financeira de natureza pública, além de repetir as normas gerais de direito financeiro, inserida na Constituição de 1946 (art. 8º, item XVII, alínea c). No capítulo do Sistema Tributário reiterou a previsão, introduzida em 1967, de lei complementar para estabelecer normas gerais de direito tributário, dispor sobre os conflitos de competência nessa matéria entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e regular as limitações constitucionais do poder de tributar (art. 18, § 1º). Ao fazê-lo em local impróprio, porém, não dirimiu o conflito com a competência legiferante da União, na qual, como se viu, é expresso o direito financeiro, mais amplo, e para o qual não é exigida lei complementar! Preservou a antidemocrática faculdade de o Poder Executivo alterar as alíquotas do Imposto sobre Importação, do Imposto sobre Exportação e do Imposto sobre Produtos Industrializados (art. 21). Aumentou a competência tributária da União para imprecisas contribuições, tendo em vista intervenção no domínio econômico (art. 21, § 2º, item I).

Nas *Garantias Individuais*, excluiu da inexigibilidade tributária, sem que a lei esteja em vigor antes do início do exercício financeiro, a tarifa de transporte e o imposto sobre produtos industrializados (art. 158, § 29), a que o Ato Institucional nº 8, de 1977, acrescentou outros impostos indicados em lei complementar.

Excluiu da incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias os lubrificantes e os combustíveis, prejudicando ainda mais os Estados (art. 23, item II). Antifederativamente, condicionou as isenções do ICM a convênios entre os Estados e excluiu da incidência os produtos industrializados destinados ao exterior (art. 23, §§ 6º e 7º).

Interferiu também na autonomia financeira dos Municípios, prevenindo lei complementar para fixar alíquotas máximas do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (art. 24, § 4º), serviços que, inconstitucionalmente, foram especificados em decreto-lei.

Ainda violando o Sistema Federativo, condicionou a entrega das partes que cabem aos Estados e Municípios, dos respectivos Fundos de

Participação, à aprovação de programas com base nas diretrizes e prioridades estabelecidas pelo Poder Executivo federal; à vinculação de recursos próprios aos aludidos programas; e à transferência de encargos da União.

No que diz respeito ao Orçamento, a Constituição de 1969 fez as seguintes modificações:

1 — substituiu a proibição do estorno de verbas por sua transposição (art. 61, § 1º, alínea *a*);

2 — para admissão de créditos extraordinários, trocou a necessidade imprevista por imprevisibilidade e urgência (art. 61, § 2º);

3 — acertadamente, deixou de mencionar a classificação das despesas em correntes e de capital (art. 62);

4 — cambiou a descabida limitação, em 50% das receitas correntes, para as despesas com pessoal da União, dos Estados e dos Municípios, por lei complementar que estabeleça os limites (art. 64);

5 — diminuiu de 5 para 4 meses, antes do exercício financeiro seguinte, o prazo para o Presidente da República enviar ao Congresso Nacional o projeto de lei orçamentária (art. 66);

6 — inseriu regência de que lei complementar regule as operações de resgate e de colocação de títulos do Tesouro Nacional, relativas à amortização de empréstimos internos, não atendidas pelo orçamento anual, contraditando, pois, o princípio orçamentário da universalidade (art. 69).

No tocante ao Tribunal de Contas, a Constituição de 1969 manteve integralmente as disposições contidas na de 1967, inclusive as absurdas minúcias e as antifederativas regras referentes aos Estados e Municípios.

VI. *Organismos de Defesa Financeira e Patrimonial*

Três repartições federais merecem referência por suas atribuições de controle das receitas, despesas e bens da União ou de proteção dos interesses desta em juízo:

1 — A Contadoria-Geral da República, auxiliar do Poder Executivo, mas sem regência constitucional;

2 — O Tribunal de Contas da União, auxiliar do Congresso Nacional, instituído pela Constituição de 1891; e

3 — A Procuradoria-Geral da República, auxiliar do Poder Executivo, passou a figurar nas Constituições a partir da de 1946, sob a intitulação de Ministério Público.

Em princípio, nenhum desses organismos deveria constar em Constituição Política, em razão da natureza comum de subordinados ao Poder Executivo ou ao Poder Legislativo.

O Tribunal de Contas da União — assim como os similares Tribunais de Contas dos Estados, antifederativamente induzidos às Unidades

Federadas pela Constituição de 1967 — revelaram-se ineficazes, até o momento presente, no combate às grandes fraudes e na responsabilização das mais altas autoridades. Além disso, vêm servindo de trampolins para aposentadorias privilegiadas. O processo de investidura de seus membros enfraquece a independência dessas cortes administrativas, pois a livre escolha pelo Chefe de cada Poder Executivo endereça a seleção a políticos e esta qualidade facilita a aprovação de seus nomes pelo correspondente Poder Legislativo.

A Procuradoria-Geral da República passou a ser mencionada na Constituição de 1946, através do destaque dado ao Ministério Público da União, até exageradamente em título paralelo à Organização Federal, como se estivesse acima dos Poderes. Sua chefia foi conferida a um Procurador-Geral, nomeado pelo Presidente da República depois de aprovada a escolha pelo Senado, mas demissível *ad nutum* (art. 126). Essa disposição foi mantida na Constituição de 1967, todavia colocando o Ministério Público dentro do capítulo do Poder Judiciário (art. 138). A Constituição de 1969 suprimiu a concordância do Senado para a pessoa escolhida e incluiu o Ministério Público no capítulo do Poder Executivo (art. 95), onde a Procuradoria-Geral encontra-se subordinada ao Ministro da Justiça.

A Contadoria-Geral da República foi extinta em 1967 pelo Governo Castelo Branco, o que iria instaurar um processo de regresso no sistema contábil da União. Naquele ano foi trocada por uma Inspeção-Geral de Finanças, esta ainda rebaixada da Presidência da República para o nível do Ministro da Fazenda. Em 1979 o Poder Executivo substituiu aquela Inspeção pela Secretaria de Controle Interno, com um órgão central junto ao Ministro da Fazenda e órgãos sistêmicos em cada Ministério. Em 1986 piorou mais ainda o Sistema Contábil da União, com a diluição de seus órgãos dentro da novel Secretaria do Tesouro Nacional, criada em março, na qual o Governo federal misturou, condenavelmente, funções de contadoria e de programação financeira. A incúria a que foi relegada a função contábil na União erigiu o Brasil no único país de certa importância sem uma Contadoria. Significativo, por outro lado, é que, após as transformações efetuadas a partir de 1967, cresceram vultosamente as fraudes e as corrupções, conforme se encontra documentado em vários livros e inúmeras denúncias jornalísticas, além do que aquelas modificações estruturais propiciaram que se infiltrassem, nos serviços contábeis, profissionais sem capacitação adequada e sem habilitação legal. Contrastando com a desorganização brasileira no setor, temos o exemplo de eficácia dos Estados Unidos da América, onde os Poderes Políticos preferiram fortalecer o "General Accounting Office", ligado ao Congresso Nacional e sob a chefia de um Contador-Geral nomeado pelo Presidente da República, pelo período de 14 anos, reunindo as atribuições de nossa extinta Contadoria da República e de nosso Tribunal de Contas.

Os vultosos prejuízos causados ao erário federal em razão da inexistência atual da Contadoria da República poderiam aconselhar que fosse

recriada na Constituição de 1937, à semelhança do Tribunal de Contas da União e da Procuradoria-Geral da República, ou, alternativamente, que a Constituição devolvesse ao Poder Legislativo a atribuição de instituir os serviços públicos, nesta hipótese eliminando-se do texto constitucional qualquer referência aos três organismos em foco.

VII. Diretrizes Constitucionais

Perante o desafiador quadro atrás exposto, necessária se faz uma detida *reflexão* sobre o que devem e podem fazer os Constituintes para que a Constituição federal de 1987 seja *democrática, federalista e duradoura*.

A análise apresentada das matérias tributária, financeira, contábil e organizacional permite afirmar que há excesso de disposições constitucionais, particularmente nas Cartas Federais de 1967 e 1969. Por isso, deveria ser *preocupante* o fato de que muitos *políticos* e demasiados *cidadãos* esperam colocar na Constituição de 1987 regras sobre quase tudo. Essa postura deformada resulta, provavelmente, das repetidas interrupções na vivência democrática e na experiência federativa.

Os Erros, os Exageros e os Despotismos inseridos em Constituições anteriores evidenciam que a elaboração da Constituição federal de 1987 deveria balizar-se nas seguintes *diretrizes políticas*:

1 — Restaurar os *princípios* imanentes a uma *Federação Republicana*, resguardando a autonomia legislativa, tributária, financeira e administrativa dos Estados e dos Municípios.

2 — Restabelecer a efetiva *distribuição dos Poderes*, inclusive impedindo que o Poder Executivo venha a legislar em matéria substantiva, possa decretar ou alterar tributos e tenha competência para nomear ou promover *juízes*.

3 — Induzir à *descentralização* dos assuntos não nacionais para os Estados e os Municípios, atribuindo às populações respectivas as decisões dos problemas que as afetam, na conformidade das peculiaridades locais, ao invés da *centralização federal*, que tende a aumentar a corrupção, emperrar as decisões, generalizar os desacertos e suprimir a criatividade.

4 — Escoimar da Constituição regras não basilares a um Estatuto Nacional, deixando-as para a lei complementar ou ordinária, especialmente, todas as minudências.

5 — Repor nas Garantias Individuais a proibição de cobrança de impostos sem lei em vigor no exercício precedente, porquanto a tributação no exercício em curso surpreende empresas e pessoas físicas com custos inesperados, além de configurar ato de improvisação governamental.

6 — Reexaminar se devem figurar na Constituição federal o Tribunal de Contas da União, a Procuradoria-Geral da República e a Contadoria-Geral da República ou, ao contrário, se esses organismos devem ser objeto de lei ordinária ou complementar.

Tribunais de Contas e a Constituição

JOSÉ LUIZ DE ANHAIA MELLO

Conselheiro do Tribunal de Contas do
Estado de São Paulo

O Tribunal de Contas, num sentido lato, tem vida desde a velha Grécia, talvez, em termos de auditoria, nos Sumerianos a se perder nos tempos, na opinião de LOPES DE SÁ.

Num sentido mais estrito, o Tribunal adquire vida própria a partir da divisão de poderes, dentro da máxima de NORBERTO BOBBIO “só o poder pode criar direito e só o direito pode limitar o poder”.

De MONTESQUIEU aos americanos, com o fito de se delimitar os poderes, surge a idéia de um órgão que coarctasse o Executivo na sua função delicada e perigosa de gerente do Estado.

Do princípio universal defendido pelos anglo-saxões de não admitir tributos sem a aprovação da sociedade política, logo se chegou à idéia de que não somente os tributos deveriam ser lançados com a aprovação popular mas também fiscalizado o seu emprego.

Não tardou, guardadas as devidas proporções de tempo e lugar, o aparecimento de órgão controlador sob as formas mais conhecidas: as Cortes, mais latinas; o General Comptroller, mais anglo-saxão.

A partir de 1826, e no bojo das idéias e tratativas de JOSÉ IGNÁCIO BORGES, BERNARDO PEREIRA DE VASCONCELOS, CASTRO E SILVA, MANUEL ALVES BRANCO, MARQUÊS DE ABRANTES, PIMENTA BUENO, SILVEIRA MARTINS, VISCONDE DE OURO PRETO e JOÃO ALFREDO, só logrou êxito a instituição com RUI BARBOSA, em 7 de novembro de 1890, quando no exercício do Ministério da Fazenda, do Governo Provisório.

Exposição proferida no Seminário sobre “Tribunais de Contas e a Constituinte”, promovido pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, de 14 a 18 de julho de 1986.

Mas não é tudo. Publicado o decreto, ele não tem executoriedade até a edição do Decreto nº 1.166, de 17 de dezembro de 1892, à época de Floriano, sendo Ministro Serzedelo Correa, que se demitiu depois, quando foi suprimido o registro prévio da despesa.

A nobilíssima instituição tem um nascimento *sui generis* (talvez por isso mesmo autores diversos entendem que a posição do Tribunal de Contas entre os poderes é *sui generis*).

Na verdade, o Tribunal de Contas não entrou nas cogitações de RUI, o seu instituidor, quando da elaboração do projeto de Constituição do Governo.

Foi a Comissão dos vinte e um Deputados e Senadores que, através de emenda, elevou o Tribunal à altura e dimensão constitucional (art. 89 da Constituição de 1891). Foi representante de São Paulo nessa Comissão BERNARDINO DE CAMPOS.

A respeito desses pormenores pontifica o inclito JOÃO BARBALHO UCHOA CAVALCANTI:

“Mas a função de si mesmo austera, corretória e meticulosa do Tribunal de Contas é de natureza a gerar contra ele malquerenças, antipatias e desforços. O Parlamento Imperial fiscal nunca quis que existisse esse esmerilhador, indiscreto, incompatível com as facilidades dos Ministros e exigências dos Deputados. E na República algum Presidente poderia acaso contrariar-se com esse obstáculo às suas facilidades no modo de empregar os dinheiros; isto traria sério perigo à instituição. Criada por lei ordinária, ficaria às Legislaturas inutilizá-la, suprimi-la até, sob a alegação de economia.”

Assim o Tribunal de Contas iniciou a sua trajetória constitucional não pelas mãos de RUI, o seu criador, mas pela Emenda ao projeto governamental de Constituição (não se esqueça nesta passagem que RUI foi autor de 74 artigos da Constituição de 91, que contém 90 artigos).

Situa-se, desse modo, o nosso Tribunal de Contas na caudal revolucionária da proclamação da República, quando o País rompeu com a sua tradição romântica e aderiu vertiginosamente às idéias e aos ideais anglo-saxônicos encarnados na Constituição dos Estados Unidos da América.

Não é claro, em matéria de Tribunal de Contas, sabido como é que os americanos têm o seu sistema de controle baseado em outra construção que tem à sua testa a figura do General Comptroller, funcionário que só por *impeachment* pode ser afastado do cargo.

É nesse contexto histórico que nasce o Tribunal de Contas, por via de legislação ordinária, obra de RUI, e por via constitucional, por trabalho da Constituinte, como órgão para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade antes de serem prestadas ao Congresso (Título V, Disposições Gerais da Constituição de 1891 — art. 89).

Nada se modificou com a reforma constitucional operada em 1926.

A nomeação de seus membros era feita pelo Presidente da República, com aprovação do Senado. No caso dos Estados, idêntica forma, indicação do Presidente do Estado, aprovada pelo Senado Estadual.

Quando da Constituição de 1934, o Tribunal ganhou foros de cidade, perdeu as características gerais e um tanto quanto indefinidas para, em nova sistemática, qual a do registro prévio da despesa e do parecer prévio sobre as contas que o Presidente da República deveria prestar à Câmara dos Deputados, ser mais efetivo e eficaz.

O Tribunal figurava na Seção II (arts. 99 a 102) do Capítulo VI, denominado: “Dos órgãos de cooperação nas atividades governamentais”.

Sem dúvida, foi um passo adiante em termos de normatividade constitucional, que é nosso tema maior.

Registro prévio de qualquer obrigação de pagamento pelo Tesouro Nacional ou por conta dele e, com caráter proibitivo, por falta de saldo no crédito ou por imputação a crédito impróprio.

É bem verdade que se poderia ordenar o registro sob reserva com recurso *ex officio* para a Câmara dos Deputados, após despacho do Presidente da República.

A carta ditatorial de 1937, para surpresa geral, que até hoje nos espanta, colocou o Tribunal de Contas praticamente no Poder Judiciário.

Afirmamos isso baseados no fato de que a Carta de 37 não tem a clássica divisão em títulos e seções.

O artigo 114 da citada Carta, isolado no texto, vem em seguida ao que compete à Justiça Militar, que é descrita como órgão do Poder Judiciário, no artigo 90.

Mas, na verdade, tal predicamento na prática a nada de sério levou, porque no parágrafo único se escreveu que a organização do Tribunal de Contas seria regulada em lei ordinária.

A instituição *sui generis*, o Tribunal de Contas, era de novo relegada pelo destino, na hora em que ganhava as galas de um verdadeiro Tribunal. E o era, por uma carta ditatorial, que sequer foi executada, uma vez que, necessitando de um plebiscito para que se efetivasse, e este não tendo sido conclamado, tudo virou letra morta em termos constitucionais.

Ainda para piorar as coisas, o artigo 1º da Lei Constitucional nº 9, de 28 de fevereiro de 1945, estabeleceu que os membros do Tribunal de Contas seriam nomeados pelo Presidente da República sem a aprovação do Conselho Federal que valia por Senado, à época.

Chegou a hora da minha "Constituição-namorada", a de 1946.

Foi sem dúvida a mais perfeita, a mais harmônica, a que soube, à maravilha, estabelecer os limites das competências entre as pessoas de direito público interno em que se divide a Federação brasileira.

No tocante ao Tribunal de Contas, o restabelecimento da linha de 1934 — o parecer sobre as contas do Presidente, o registro prévio da despesa pública e o registro sob reserva com a responsabilidade do Presidente da República (art. 77, seus itens e parágrafos).

Ainda uma vez, se escreveu que os Ministros do Tribunal de Contas seriam nomeados pelo Presidente, mas com prévia aprovação do Senado (art. 76, § 1º).

A Revolução de 64, que veio para combater a corrupção e a subversão, não andou às boas com o Tribunal de Contas.

Até hoje, analistas desta Casa e do Brasil não chegaram a uma conclusão do porquê.

O órgão por excelência para combater a corrupção é o Tribunal de Contas, pelo menos em tese.

Pois bem, a pretexto de agilização do Tribunal de Contas, escreveu-se diminuição do Tribunal de Contas.

Acabou-se com o registro prévio e, mais que isso, aumentou-se a subordinação do Tribunal ao órgão político, o Poder Legislativo.

E isso mesmo, a duras penas, porque o Projeto de Constituição do Governo quase transforma a Corte em órgão de mera representação ao Executivo e ao Legislativo.

Nada de registro prévio, nada de autonomia de julgamentos, nada de manutenção de nossas decisões; mais que isso, o silêncio do Legisla-

tivo levava de roldão as nossas decisões, chanceladas todas elas em matéria de contrato, de exame da inconstitucionalidade, da legitimidade, da regularidade.

Uma pura e total inversão da lógica jurídica, que deveria, pelo menos nesse campo, imperar.

E não é preciso repisar que o nosso parco federalismo, de uns tempos a esta parte, permitiu, pela interpretação judicial, que tal estado de coisas “pipocasse” como exigência a todas as Constituições estaduais.

Vide o caso de São Paulo, que teve o artigo correspondente julgado inconstitucional, por ter tido a vergonha cívica de entender que pelo menos o silêncio do Legislativo importava em aprovação ao decidido pelo Tribunal.

Em 1969 foi emendada a Carta de 67. Chamamos **Carta** porque o Projeto do Governo, por obrigação imposta, deveria ser apreciado dentro de um prazo, como se Constituição tivesse prazo para ser votada, e como se Constituinte tivesse prazo para examinar, votar e publicar a Constituição. O fato verdadeiro é que, para atender aos reclamos do Governo autoritário, até a hora oficial do Brasil foi alterada para que se votasse a “Constituição”, entre aspas, no prazo exigido.

Com a Emenda de 1969, em matéria de Tribunal de Contas, não houve modificação, a mesma toada, o mesmo senão, porque não afirmar, o mesmo menosprezo.

Registro a **posteriori**, quiçá concomitante, a presença entre nós do mau cheiro dos cadáveres administrativos para serem autopsiados e a ser verificada a **causa mortis**, se ilegalidade, se inconstitucionalidade, etc., etc., etc.

Começou aí a triste saga, a pobre senda do Tribunal, apontando faltas, encaminhando autos eivados de irregularidades para exame de um Poder — o Legislativo, que mal se agüenta nas suas funções de elaborador da lei, sem possibilidade técnica de exame de situações que envolvem discussões de alto saber jurídico-constitucional.

O próprio JOÃO BARBALHO já considerava esse sistema como “o pior-tardio, de eficácia quase nula, apenas moral destituído de efeito prático, equiparado a simples crítica” (**Constituição Federal Brasileira — Comentários**, p. 497, 1924, Rio de Janeiro, F. Briguiet e Cia. Editores).

Não esquecer, nesta passada, a opinião envolvente de SEABRA FAGUNDES, no seu trabalho "Instrumentos institucionais de combate à corrupção" (fls. 10, letra d):

"d) Restaurar o critério do registro prévio de contratos e instrumentos a eles assemelháveis. Até porque a experiência prova que, uma vez consumadas grandes irregularidades na gestão administrativa (obras ou aquisições contratadas com infração dos critérios normativos, obras empreendidas com preterições de critérios de prioridade estipulados devidamente etc), jamais as finanças públicas se recompõem dos prejuízos a elas advindos."

Abre-se aqui honrosa exceção à Lei nº 6.223, de 1975, que estabeleceu o julgamento pelos Tribunais de Contas das entidades com personalidade jurídica de direito privado, de cujo capital participe pessoa pública.

O futuro, é claro, a Deus pertence, mas não custa, a título de exercício intelectual, gizar algumas considerações que entendemos oportunas.

Aí está conclamada a Constituinte. O entusiasmo, a obsessão pela palavra mágica é de tal porte que nos vem à mente uma passagem do Prof. MACHADO HORTA, quando se manifestava em artigo sobre a desinformação a respeito da matéria:

"... uma "boutade" que circulou na Rússia czarista nos primórdios de seu movimento de constitucionalização. Conta-se que oficiais russos, no período do Czar Nicolau I, regressando da França, voltaram seduzidos pela idéia de Constituição (...) Numa das reuniões havidas, um assistente entusiasmado, mas ignorante do assunto, ouvindo falar em Constituição, supôs tratar-se da mulher do Grão-Duque Constantino e prorrompeu em aplausos: "Sim, viva a Constituição, a mulher do Grão-Duque Constantino". (*Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, a. 23, nº 89 jan./mar. 1986, p. 5).

Que vai acontecer com a nossa querida Instituição?

A respeito de Constituinte, queremos rememorar uma passagem de AGENOR DE ROURE, sobre a divisão do Congresso, nos idos de 1890:

"O Congresso dividia-se em quatro grupos — o dos descontentes, o dos irrequietos e revolucionários, o dos

ordeiros que queriam conservar melhorando e um quarto — o dos desiludidos.”

Praza a Deus que tal sina não se repita, mas os presságios aí estão e, pelo que se ouve em torno da Comissão Constituinte, o grupo dos desiludidos já começa a se apresentar.

O Tribunal de Contas, do futuro, **de lege ferenda**, só terá sentido, ao meu sentir, desgarrado do Poder Legislativo.

Tribunal que se preze e que dignifique suas sentenças e acórdãos, que vista seus membros de vestes talares e os exorne das garantias e demais vantagens outorgadas aos Juizes não pode depender de ratificação do poder político.

Nada temos contra o Legislativo, mas é necessário um acerto de competências.

Julgue o Tribunal aplicando a Constituição e a normatividade jurídica, remeta o julgado à Assembléia do povo para que, em nome desse mesmo povo, examine a ocorrência ou a decorrência de crime de responsabilidade, vale dizer político.

Julgue o Tribunal as contas dos Chefes de Executivo enviando os papéis para análise do comprometimento político de seus responsáveis.

De que adianta um julgamento político quando a autoridade política já deixou, inclusive, o exercício de seu cargo?

Só para exemplificar, as últimas contas do Executivo estadual de São Paulo julgadas pela Assembléia Legislativa são as correspondentes ao exercício de 1978 (Decreto Legislativo de 16-6-83, **DO** de 17-6-83, p. 33).

O Tribunal tem cumprido exatamente no prazo a sua tarefa de emitir o Parecer.

Por que não julga as contas?

É realmente um caminho a ser perseguido. E há tempo. E há oportunidade.

E o episódio triste e desolador dos contratos?

Ainda outro dia trouxe aos meus pares na 2ª Câmara grosso calhamaço (567 fls.) que continha interminável discussão, análise e afinal julgamento de contrato (Cessão de contrato entre partes D.O.P. e a firma Said Abdalla S.A.). Pois bem, após marchas e contramarchas, o resultado — a Assembléia Legislativa não tomou conhecimento

da decisão, por decurso de prazo, ficando assim prejudicada e estéril a decisão do Tribunal.

Em outras passadas jurídicas e no mesmo ritmo, o STF entendeu inconstitucional a posição de São Paulo por discordar da figura constitucional máxima, no sentido de prevalência da decisão do Tribunal, no prazo e no tempo.

Há que ser respeitada a ordem central e a decisão, por maioria de votos, estabelece a diretriz sem discrepância para as unidades "autônomas".

Ou damos aos Tribunais de Contas uma posição autônoma dentro da nova Constituição ou ficaremos a gritar no deserto da nossa sede legislativa.

Não ficaríamos apenas em exigir, de minha parte entregaria o preenchimento dos cargos de Conselheiro às portas abertas do concurso, via do qual sempre se atingem melhor os objetivos colimados.

Esse é o papel do jurista, ou do curioso do direito que, debruçado sobre os fatos, deve, num ato de valorização, forçar implicações de bipolaridade, no garimpo da norma positiva. O jurista é o homem da madrugada, antevê o sol das manhãs, prognostica a messe, descobre a névoa do futuro e sela, com a lei, o destino da sociedade.

Nada temos, repito, contra o Poder Legislativo. Mui ao contrário, em meu espírito opera-se uma verdadeira devoção ao considerar o político e os políticos. Tenho por eles o mais profundo respeito e admiração. Afinal são eles que constituem os Partidos, alma da Democracia.

Mas, na verdade, o de que precisamos é de competências definidas e demarcadas. Entre o técnico e o político não pode haver hierarquia ou mesmo subordinação. Separem-se os campos e quem aproveitará será o povo, vale dizer, o sistema democrático.

Esse o retrato que tentei tirar de uma Instituição sesquicentenária nas cogitações dos brasileiros e quase centenária na efetiva e eficaz atuação.

Terminando, repetiria com FERNANDO PESSOA:

"Não sou nada. Nunca serei nada.

Não posso querer nada.

A parte isso, tenho em mim todos os sonhos do mundo."

A liberdade de iniciativa econômica. Fundamento, natureza e garantia constitucional

FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO
Professor das Faculdades de Direito da UFRJ
e da PUC

SUMARIO

1. *Introdução. Razão de ser do tema*
2. *Pressuposto metodológico. O direito como sistema*
3. *Os princípios gerais do sistema jurídico*
4. *Sistema econômico e sistema jurídico*
5. *O princípio da liberdade de iniciativa econômica*
6. *A natureza jurídica do princípio da liberdade de iniciativa econômica*
7. *As garantias constitucionais da liberdade de iniciativa econômica*

1. *Introdução. Razão de ser do tema*

A finalidade deste ensaio é desenvolver uma reflexão crítico-jurídica acerca de um dos mais importantes princípios de ordem econômica e social inserido em nossa Constituição (¹), o princípio da liberdade de iniciativa econômica, precisando-lhe o fundamento, a natureza, a eficácia e a garantia constitucional de que dispõe.

(1) Ordem econômica e social é um conjunto de princípios, normas e institutos que disciplinam a organização econômica dos particulares e do Estado. Caracteriza-se pela natureza imperativa de suas normas e pela função de estabelecer limites à autonomia privada, à propriedade, e à presença do Estado na economia. Na Constituição brasileira é objeto do Título III, arts. 160 a 174. Cf. JACQUES GHESTIN, *Les obligations. Le contrat*, Paris, 1980, n.ºs 93 e segs.; GERARD FARJART, *Droit Economique*, Paris, 1982, pp. 49 e segs.; WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA, *Direito Econômico*, S. Paulo, 1980, p. 182; MANUEL AFONSO VAZ, *Direito Econômico*, Coimbra, 1984, pp. 28 e segs.; VITAL MOREIRA, *Economia e Constituição*, Coimbra, 1979, p. 77.

Justifica-se o tema pela importância de que se tem revestido nos sistemas econômico, político e jurídico das sociedades moderna e contemporânea. Sobre ser uma presença constante nos principais códigos de direito privado (2), através da autonomia privada, de que a liberdade contratual é a maior expressão, razões de ordem político-econômica demonstram-lhe a necessidade de estudo e disciplina jurídica. Entre as primeiras, a constatação de um renascer das idéias liberais, paralelamente à crítica, para não dizer combate, à intervenção desmedida do Estado no campo das atividades econômicas (3). Atesta-se o fim do WELFARE STATE, do Estado-Providência de KEYNES. Nos Estados Unidos processa-se a DESREGULATION, o recuo do Estado na organização da economia. Supera-se a dicotomia dialética capitalismo-socialismo com o advento da sociedade liberal e social (4). Defende-se, finalmente, a economia de mercado, não absoluta como nos primórdios do capitalismo, mas disciplinada pelo Estado no necessário e indispensável para garantir a concorrência e impedir o desaparecimento do próprio mercado pela concentração capitalista.

No campo jurídico, outras razões, não menos importantes, se fazem ouvir. A liberdade de iniciativa econômica é o substrato de uma nova realidade econômica, a empresa, que se projeta, em diversos ângulos, no sistema jurídico e que, no caso brasileiro, tem sido considerada um dos suportes fundamentais do nosso processo de desenvolvimento (5). Por outro lado, no campo específico do direito civil, a proteção constitucional da liberdade de iniciativa econômica pode significar igual proteção da autonomia privada e da liberdade contratual, o que significa importante instrumento de garantia e defesa do consumidor, inegavelmente a parte fraca na sistemática hodierna dos contratos de adesão, hoje moeda corrente no comércio jurídico, como decorrência da produção e distribuição em massa (6).

2. *Pressuposto Metodológico. O direito como sistema*

A abordagem do tema escolhido tem, como pressuposto metodológico, a consideração do direito como um sistema.

(2) Código Civil francês, art. 1.134; Código Civil alemão, art. 145; Código Civil italiano, art. 1.322; Código Civil português, art. 405, 1.

(3) FARJART, *op. cit.*, p. 398.

(4) RALF DAHRENDORF, *Sociedade e Liberdade*, Brasília, 1981, p. 269.

(5) Constituição da República Federativa do Brasil, art. 170. As Leis de n.º 4.728, de 14-7-65 (Lei do Mercado de Capitais), n.º 4.596, de 31-12-64. (Lei sobre as Instituições Financeiras) e a de n.º 6.404, de 15-12-76 (Lei das Sociedades por Ações), entre outros diplomas, têm por objetivo, imediato ou mediato, fortalecer a empresa como elemento fundamental do desenvolvimento econômico.

(6) GHESTIN, *op. cit.* n.º 36.

A noção do sistema, como instrumento e método de estudo, permite que o fenômeno jurídico, à semelhança do que vem sendo feito no âmbito das demais ciências sociais, seja apreciado como um conjunto harmônico, unitário e coerente de normas jurídicas, constituído em função de valores e princípios emergentes da realidade social em que o próprio sistema se insere e do qual jamais pode ser desvinculado (7), sob pena de se tornar incompreensível ou, quando muito, perceptível apenas no seu aspecto formal.

O direito como sistema vem, assim, a caracterizar-se não só pela coerência de suas normas quanto pela sua própria dedutibilidade, isto é, o encadeamento e a subordinação de seus elementos em função de sua generalidade e abstração. Todavia, mais do que um sistema dedutivo, deve o direito apresentar-se como um todo lógico e coerente, integrado por normas não contraditórias entre si e não contraditórias nas suas relações externas com o sistema social em que se insere.

Ora, uma das vantagens imediatas da concepção do direito como sistema é permitir uma visão globalizante e compreensiva do fenômeno jurídico, não só como unidade mas também na relação dialética entre seus componentes estruturais e, ainda, entre o próprio sistema jurídico e os demais sistemas componentes do universo social, como o político e o econômico. Permite-se, desse modo, ao interpretar o direito, partir da realidade social, levando-se em conta as relações econômicas e o funcionamento geral das instituições em uma visão interdisciplinar. É o mundo exterior, o mundo social, que dá vida ao sistema jurídico pelo que, qualquer estudo que não o considere somente no aspecto formal, há de considerar não só as estruturas normativas em si, mas também os valores que as determinam e a própria ação exercida pelo direito no meio social (8).

Compõe-se o sistema jurídico de vários elementos, dentre os quais, para nós os mais importantes, os valores e as normas de comportamento e de organização que os realizam. As normas são, assim, do ponto de vista material, a projeção e o instrumento de realização dos valores fundamentais do sistema, sobre os quais esse fundamenta sua própria legitimidade.

(7) PAUL ORIANNE, *Introduction au Système Juridique*, Bruxelles, 1982, p. 22.

(8) LAWRENCE M. FRIEDMAN, *Il Sistema Giuridico nella Prospettiva delle Scienze Sociali*, Bologna, 1978, p. 36.

Entre os valores fundamentais destacam-se a liberdade, a igualdade e o bem comum, que não devem considerar-se de per si, mas em relação com os demais. A liberdade não é possível sem a igualdade e sem a solidariedade ou bem comum (9). E sobre esses valores levantam-se, como cristalizações emanadas da atividade jurisprudencial, os princípios gerais do direito.

3. Os princípios gerais no sistema jurídico

Princípios gerais do direito são idéias jurídicas fundamentais que justificam o caráter racional de todos os ordenamentos (10) e que têm eficácia independentemente da lei. Não se inferem indutivamente da lei nem dedutivamente de um sistema de direito natural. Nascem da própria natureza das coisas e das instituições, significa dizer, emergem das próprias relações humanas (11). Sua importância é crescente no âmbito da ciência jurídica, pelas modificações profundas que os sistemas de direito vêm sofrendo com o advento da sociedade pós-industrial, o que torna conveniente, se não imperioso, um processo de renovação das velhas ordens jurídicas com observância de princípios representativos dos valores fundamentais que presidem a essa mesma mudança. São, por isso, idéias jurídicas gerais que permitem considerar conveniente ou bem fundado certo ordenamento legal, pela sua correspondência com valores jurídicos reconhecidos (12). Não são axiomas de que se possam deduzir normas ou sistemas, nem normas suscetíveis de aplicação imediata a casos individuais (13). Uma de suas características, aliás, é não se referirem concretamente a hipóteses de fato, no que se distinguem das normas jurídicas em geral.

É por isso que se diz serem os princípios gerais do direito manifestações de critérios de conduta com transcendência social, que se impõem por sua própria força persuasiva sem referência a pressupostos conceitos de sua aplicação (14). Não se confundindo com os tradicionais axiomas ou aforismos (15), como as conhecidas

(9) ORIANNE, *op. cit.*, p. 65.

(10) JOSÉ PUIG BRUTAU, *Introducción al Derecho Civil*, Barcelona, 1981, p. 219; KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, tradução portuguesa. Lisboa, 1978, pp. 163, 168; JOSEF ESSER, *Grundsatz und Norm in der Richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1984, p. 11.

(11) LARENZ, *loc. cit.*

(12) LARENZ, *op. cit.*, p. 569.

(13) LARENZ, *op. cit.*, p. 570.

(14) ESSER, p. 66.

(15) Cf. JAIME MANS PUIGARNAU, *Los Principios Generales del Derecho*, Barcelona, 1979.

máximas jurídicas extraídas do *Digesto*, as quais correspondem a fragmentos de jurisprudência ou de doutrina do direito romano, apresentados de forma concisa e de fácil retentiva, os princípios gerais baseiam-se nos mesmos valores do sistema jurídico e exprimem a mesma ideologia social que presidiu à formação desse (16). Independentemente da controvérsia filosófica quanto à sua natureza, em que se defrontam as concepções jusnaturalísticas, para quem os princípios formam parte de um sistema superior ou ideal, com as positivísticas ou históricas, segundo as quais os mesmos princípios estão integrados no sistema, resultando de sucessivas abstrações do “conjunto das normas particulares”, os princípios não são normas, mas sim “orientações e ideais de política legislativa”, “critérios diretivos para a interpretação ou critérios programáticos para o progresso da legislação” (17). Para outros, os princípios gerais são verdadeiras normas apresentando-se como 1) normas gerais, no sentido de que valem para uma inteira matéria ou um ramo do direito; 2) normas fundamentais ou normas-base do sistema, as suas traves mestras; 3) normas diretoras ou princípios-guia, princípios cardeais, indicando uma orientação ético-política em que um determinado sistema se inspira, caracterizando-o ideologicamente; 4) normas indefinidas, comportando uma série de aplicações; 5) normas indiretas, precisando de outras para atuar, isto é, cuja função consiste em determinar o conteúdo de outras normas (18).

Quanto à sua função, os princípios gerais do direito constituem-se em critérios valorativos obrigatórios para a interpretação e compreensão do sistema jurídico (19). Podem classificar-se conforme tenham função interpretativa, integrativa ou direta (própria dos princípios programáticos da Constituição), que devem inspirar e orientar o legislador ordinário em sua obra, e, de modo geral, todos os órgãos inferiores de produção jurídica, ou tenham função limitativa (20).

De modo geral, podemos considerar os princípios gerais do direito como princípios que explicam, sistematizam e ordenam uma série de regras particulares afins, em razão de sua natureza, de

(16) VILLAR PALASI, *La Interpretación y los Apogemas Jurídicos-Lógicos*, Madrid, 1975, pp. 129/130.

(17) EMILIO BETTI, *Interpretazione della Legge e degli Atti Giuridici*, Milano, 1949, pp. 205-212.

(18) NORBERTO BOBBIO, “Principi generali di diritto”, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, Torino, 1957, p. 891.

(19) LARENZ, *op. cit.*, p. 168.

(20) BOBBIO, *op. cit.*, p. 896.

seu objeto e de sua finalidade (21). Embora sua existência, como parte do direito, não seja contestada, as condições em que aparecem não permitem, ainda, identificar, de modo claro, o que constitui seu objeto próprio.

Não obstante os princípios jurídicos sejam, de regra, simples idéias diretoras, sem possibilidade de subsunção, reconhecem-se princípios cristalizados em normas jurídicas, chamados "princípios com a forma de proposições jurídicas" (22). Em contraposição a esses, haveria outros que, sem o caráter de norma, mas com a função orientadora ou esclarecedora, poderíamos chamar de "princípios abertos". Exemplo de princípio com forma de proposição jurídica é o da liberdade de iniciativa econômica, explicitado no art. 160, I, da nossa Constituição, a que lhe corresponde, como princípio aberto, o da autonomia privada (23). Tanto uns como outros integram-se no sistema de direito positivo (24).

Se nos ativermos à função dos princípios gerais do direito, como critério de sua classificação, deixando de lado o critério da origem, constataremos que, "no interior de uma ordem jurídica, certas partículas jurídicas elementares são mais importantes que outras (25), que o perfil estrutural das ordens jurídicas é determinado por algumas dentre elas, cuja posição é central, cuja influência repercute sobre toda ordem jurídica. Esta posição dominante afirma-se no conjunto da ordem jurídica ou sobre uma parte das suas instituições e partículas. Sua importância não é mais limitada, marginal e subordinada, mas geral, central e determinante" (26).

Os princípios podem reunir-se em três grupos fundamentais. O primeiro, formado por normas jurídicas primárias, de origem puramente ideológica ou doutrinária, que fixam os fundamentos das relações jurídicas. O segundo, formado pelas regras que presidem à constituição do Estado e de outras instituições, como as pertinentes à constituição econômica, à concepção do papel do Estado e aos direitos fundamentais do cidadão; e o terceiro, formado pelas regras pertinentes à técnica jurídica, reunindo a

(21) RENE DAVID, *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*, Paris, 1974, n.º 114 e 353.

(22) LARENZ, *op. cit.*, p. 578.

(23) LARENZ, *op. cit.*, p. 577.

(24) LARENZ, *op. cit.*, p. 578.

(25) LÉONTIN - JEAN CONSTANTINESCO, *Traité de Droit Comparé*, Paris, 1972, I, p. 215.

(26) ORIANNE, *op. cit.*, p. 86. CONSTANTINESCO, *ibidem*.

matéria referente à relação entre a realidade política, econômica e social e o sistema jurídico, a interpretação das leis e do direito, e as noções jurídicas e as categorias jurídicas fundamentais. Entre tais ordens e grupos é evidente a iteração⁽²⁷⁾. Quaisquer que sejam tais princípios, seu campo de atuação é balizado por valores fundamentais, princípios axiológicos, como a liberdade, a igualdade, a solidariedade ou bem comum. E como manifestação direta do valor da liberdade, o princípio da liberdade de iniciativa econômica.

4. Sistema econômico e sistema jurídico

Entre os diversos sistemas que formam o universo social, juntamente com o sistema de direito, têm especial importância, para a nossa visão compreensiva do fenômeno jurídico, o econômico e o político.

O sistema econômico é um conjunto de estruturas organizado, harmônica e coerentemente, para o fim de ordenar a produção e a distribuição dos recursos necessários à sobrevivência e progresso social⁽²⁸⁾. O modo específico de se organizar tal sistema, de acordo com valores e princípios fundamentais, é que vem a caracterizar os diversos sistemas, como o corporativo, o capitalista, o socialista, o neocapitalista, etc. Quando o sistema se confirma em estruturas normativas de natureza jurídica, política ou econômica, ele toma o aspeto de regime⁽²⁹⁾.

O sistema econômico vem a exprimir, assim, na sua totalidade, a maneira como se relacionam e ajustam as diversas variáveis e componentes estruturais, tudo em sintonia com os critérios políticos e os institutos jurídicos que lhes correspondem e se destinam a dar-lhe eficácia. O sistema econômico pode ser concebido, portanto, como um conjunto coerente de instituições jurídicas e sociais que garantem e realizam o equilíbrio econômico⁽³⁰⁾. Interpenetra-se, por isso, com o sistema político, na medida em que dele precisa para as decisões necessárias ao seu funcionamento e organização. E com o sistema jurídico, em busca do ordenamento necessário à disciplina das atividades econômicas de produção e troca.

O papel do sistema jurídico, ao intervir no sistema econômico, manifesta-se de quatro maneiras: 1) na repartição dos recursos

(27) ORIANNE, *op. cit.*, p. 87.

(28) ORIANNE, *op. cit.*, p. 192.

(29) ORIANNE, *op. cit.*, p. 193.

(30) ORIANNE, *op. cit.*, p. 195.

e do poder econômico; 2) na multiplicação dos valores econômicos; 3) na regulamentação do mercado, e 4) na organização autoritária da economia (31).

No que diz respeito à "repartição dos recursos e do poder econômico", entendendo-se como poder econômico todas as possibilidades de influência sobre outrem no tocante à titularidade e disposição de recursos, tal repartição destina-se a obter, por meio do instrumental jurídico, a racionalização da economia, isto é, uma gestão eficaz dos recursos. Quanto à multiplicação dos valores econômicos, que consiste na criação artificial de valores de troca a partir de um desmembramento fictício dos bens reais, substituindo-se os valores econômicos pelos valores jurídicos, o que é matéria da grande maioria das instituições do direito civil e do direito comercial, em todos os setores da economia contemporânea desenvolve-se um sistema de trocas aceleradas, em que o direito tem uma grande e importante função instrumental, no sentido de colocar à disposição do sistema econômico todos os institutos úteis ao seu bom funcionamento e desenvolvimento, disciplinando, todavia, a atividade econômica com os princípios gerais de ordem axiológica que o orientam.

Quanto à regulamentação do mercado, o sistema econômico utiliza o sistema jurídico para reprimir a ação dos agentes econômicos, condicionando-se aos princípios da igualdade, da liberdade e do bem comum, intervindo, orientando e disciplinando o mercado, de modo a caracterizar, pelo menos nos países industrializados, o que hodiernamente se chama de "economia concertada" (32).

De tudo isso pode-se concluir que o direito fornece ao sistema econômico a estrutura de que ele precisa para funcionar, observando-se, porém, os valores fundamentais da liberdade, da igualdade e do bem-comum, pelo direito e a eficácia, pela economia. "Na medida em que a atividade econômica dá origem a relações sociais específicas, relações de troca, de cooperação, etc., ela fica diretamente subordinada ao direito, cuja intervenção vai-se tornar determinante, seja quando ele a reprime, seja, ao contrário, quando ele procura o quadro necessário a seu desenvolvimento."

5. *O princípio da liberdade de iniciativa econômica*

O princípio da liberdade de iniciativa econômica é o princípio axiológico segundo o qual os particulares têm o poder de criar e desenvolver uma atividade econômica, disciplinando-a juridicamente conforme seus interesses.

(31) ORIANNE, *op. cit.*, p. 195.

(32) ORIANNE, *op. cit.*, p. 200, et alii.

Sua história prende-se à evolução do direito de propriedade, com o qual sempre se apresentou de modo distinto até que, por força de razões econômicas, dele se destacou e autonomizou⁽³³⁾. Tal fratura ocorreu com o desenvolvimento do comércio, das feiras e das cidades mercantis da idade medieval e moderna. A atividade econômica passou a considerar-se como separada da propriedade, configurando-se dois núcleos autônomos no sistema da economia de então: 1) a propriedade, como simples direito subjetivo, embora dos mais importantes, pelas faculdades insertas no seu conteúdo, e por ser considerado, de modo absoluto, como atributo essencial da pessoa humana⁽³⁴⁾; 2) a liberdade de iniciativa, como outro núcleo, poder da burguesia, dos empresários, dos particulares enfim, de desenvolverem uma atividade econômica organizada para o fim da produção ou da troca de bens ou serviços⁽³⁵⁾. É por isso que a noção de empresa exprime a de atividade econômica, que pressupõe liberdade, isto é, liberdade dos particulares de utilizarem recursos materiais e humanos na organização de sua atividade produtiva, liberdade, enfim, dos particulares de decidirem o que, quando e como produzir.

A liberdade de iniciativa econômica é um *quid pluris*. Não se reduz à soma de outras liberdades, não se exaure no exercício do direito de propriedade e do da liberdade contratual. É um poder de utilização de faculdades jurídicas, reconhecido tanto à pessoa natural quanto à jurídica e, neste caso, manifesta-se principalmente na atividade coletiva da empresa, de acordo com o tipo societário escolhido⁽³⁶⁾.

O princípio da liberdade de iniciativa econômica é, por isso, a marca e o aspecto dinâmico do modo de produção capitalista⁽³⁷⁾, apresentando-se como a fonte axiológica da liberdade do cidadão perante o Estado e perante os demais cidadãos⁽³⁸⁾. Com tal princípio inserto no texto constitucional brasileiro, garante a nossa Constituição a permanência do modelo liberal capitalista que tem na empresa o elemento básico e prioritário de seu desenvolvimento.

(33) ANTONIO BALDASSARRE, "Iniziativa economica privata", in *Enciclopedia del Diritto*, XXI, Milano, 1971, p. 584.

(34) BALDASSARRE, *ibidem*, nota n.º 10.

(35) Código Civil Italiano, art. 2.082. Projeto de Código Civil brasileiro, art. 969.

(36) FRANCESCO GALGANO, "Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici", in *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*", Padova, 1977, p. 6.

(37) BRUNO CAVALLO e GIAMPIERO DI PLINIO, *Manuale di Diritto Pubblico dell'Economia*, Milano, 1982, p. 165.

(38) GALGANO, *op. cit.*, p. 7.

Seu fundamento é a liberdade, e sua expressão, no campo específico do direito privado, é a autonomia privada. Tais princípios não são, todavia, coincidentes. A iniciativa privada é conceito, por um lado, mais amplo que o da autonomia privada, enquanto se realiza, além dos negócios jurídicos, também nos atos meramente executivos ou em atividades materiais que não exprimem atuação da autonomia privada, como poder normativo; por outro lado, é conceito mais restrito, porquanto existem negócios jurídicos, e, portanto, atos de autonomia privada, que não entram no âmbito da atividade empresarial⁽³⁹⁾. Qualquer que seja o entendimento sobre tais conceitos, é manifesta a relação instrumental entre o princípio da liberdade de iniciativa econômica e o da autonomia privada, mais explicitamente, da autonomia contratual, expressão jurídica da liberdade dos particulares de organizarem a atividade produtiva, isto é, a liberdade dos particulares de decidir o que, quanto, quando, como e onde produzir⁽⁴⁰⁾.

6. *A natureza jurídica do princípio da liberdade de iniciativa econômica*

A Constituição brasileira insere o princípio da liberdade da iniciativa econômica no seu art. 160, I, na matéria referente à ordem econômica e social.

Tal princípio pode considerar-se, metodologicamente, sob o aspecto da norma jurídica que o exprime, sob o da relação jurídica que pode originar, ou ainda sob o do instituto jurídico que se materializa na conjunção das relações específicas e das normas que as regem nesse particular.

Como norma jurídica, é, essencialmente, norma programática⁽⁴¹⁾. Como tal, dirige-se ao legislador. Mas a matéria não é pacífica. Doutrina mais recente, superando a concepção clássica pela qual as normas programáticas seriam simples indicações ao legislador, reconhece nessas normas "um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição"⁽⁴²⁾, defendendo a aplicação, em sua plenitude, do princípio da efetividade dos direitos fundamentais, isto é, da eficácia de todos os direitos reconhecidos no texto constitucional. Não tem, assim, mais

(39) LUIGI FERRI, *L'Autonomia Privata*, Milano, 1959, p. 427.

(40) GALGANO, *op. cit.*, p. 4.

(41) PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1, de 1969*, Rio de Janeiro, 1978, p. 28.

(42) J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, Coimbra, 1983, p. 209.

sentido, a dicotomia, norma atual e norma programática, da Constituição de Weimar (43). Todas as normas são atuais e aplicáveis, pelo que, mesmo reconhecendo-se a natureza programática da norma, devem os juízes aplicá-las diretamente, assim como acolher a arguição de sua inconstitucionalidade, se for o caso. A norma, tanto se dirige ao legislador, como se aplica ao caso concreto, àqueles atos de iniciativa particular, os negócios jurídicos (44). A questão da imediata preceitividade da norma programática relaciona-se, por isso, com o tema da garantia constitucional.

Se considerarmos o princípio da liberdade de iniciativa sob o prisma da relação jurídica, destacaremos o seu conteúdo, os direitos subjetivos que emergem dos atos praticados no exercício do poder contido nesse princípio. Surge, assim, o vínculo de instrumentalidade entre a liberdade de iniciativa e a autonomia privada (45), justificando a assertiva de que a Constituição reconhece, se bem que de modo indireto, não expresso, a autonomia contratual (46). A liberdade contratual é, portanto, o principal equivalente jurídico da liberdade de iniciativa (47). Não é um direito natural, é um direito de liberdade, que dá a marca e a tônica ao regime. A própria taxinomia constitucional é indicativa da natureza desta matéria. Enquanto o artigo 153, no Capítulo IV, do Título II, da nossa Constituição, refere-se aos direitos e garantias individuais, concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, a liberdade de iniciativa encontra-se no Título III, artigo 160, pertinente à matéria econômica. De qualquer modo, é uma liberdade fundamental que se relaciona com as liberdades políticas (48), superando-se a clássica separação entre a liberdade econômica e a política.

Integrando-se no título da Ordem Econômica e Social, que significa o governo público da economia, caracterizado pelo estabelecimento de limites à iniciativa econômica privada, apresenta-se esta como liberdade de atividade empresarial no quadro estabelecido pelo Estado (49). Ora isso influi no conteúdo mesmo da liberdade de iniciativa econômica privada, que é uma pretensão do particular em face do poder público.

(43) CANOTILHO, *op. cit.*, p. 210.

(44) ORLANDO GOMES, *Novos Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, 1983, p. 83.

(45) GALGANO, *op. cit.*, p. 5.

(46) ORLANDO GOMES, *op. cit.*, p. 83.

(47) ANTONIO LISERRE, *op. cit.*, p. 10.

(48) GALGANO, *op. cit.*, p. 516.

(49) WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA, *Direito Econômico*, S. Paulo, 1980, p. 336.

A liberdade de iniciativa é, em substância, uma liberdade igual às outras que a Constituição assegura. É concebida como liberdade humana⁽⁵⁰⁾, independentemente das limitações de que possa ser destinatária e que visam, além de garantir o respeito aos demais princípios de ordem econômica social⁽⁵¹⁾, a preservação da própria liberdade de iniciativa como pressuposto e característica básica da ideologia capitalista, neoliberal, que a Constituição consagra.

Ora, o poder de agir reconhecido pelo direito, quando se contrapõe a um dever de observância de um comportamento necessário e correspondente a esse poder, nada mais é do que um direito subjetivo, o que reforça a tese do princípio em estudo como relação jurídica.

O direito subjetivo é a possibilidade que a norma atribui a um sujeito, de fazer ou de omitir licitamente algo. Poderíamos também dizer que "o exercício dos direitos subjetivos consiste na exteriorização de uma vontade que se move dentro do marco da faculdade normativa atribuída ao titular daquele⁽⁵²⁾. A vontade do titular exterioriza-se ao formular a pretensão. Se esta se faz valer dentro dos limites da faculdade normativa, essa pretensão é atribuída ao ordenamento jurídico e, conseqüentemente, converte-se em norma deste. O direito subjetivo tem, assim, possibilidades de criação normativa.

Dentre a classificação dos direitos subjetivos, podemos distinguir os direitos de exercício potestativo dos direitos de exercício obrigatório. Os primeiros exprimem o poder de se optar entre realizar ou não a possibilidade de conduta em que o direito consiste. Os segundos são os que exprimem um dever que o titular respectivo está adstrito a cumprir.

Os direitos subjetivos de exercício potestativo são expressão da liberdade como direito, considerando-se a liberdade como a faculdade de executar ou omitir, ao arbítrio do sujeito, todo ato não ordenado nem proibido por lei. Fala-se, portanto, de liberdade sempre que a relação com a norma não é de subordinação⁽⁵³⁾. A liberdade é, também, a faculdade que toda pessoa tem de optar entre o exercício e o não exercício de seus direitos subjetivos⁽⁵⁴⁾. É assim, juridicamente, uma *facultas optandi*, já que consiste no

(50) GALGANO, *op. cit.*, p. 513.

(51) Constituição Brasileira, art. 160, II a VI.

(52) EUGENE BUCHER, *Das Subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, Tübingen, 1965, p. 61.

(53) HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, Coimbra, 1976, p. 197.

(54) EDUARDO GARCIA MAYNEZ, *Filosofía del Derecho*, México, p. 391.

direito, concebido ao respectivo titular, de optar entre o exercício e o não exercício dela.

A liberdade jurídica, ou liberdade como direito, deve distinguir-se da liberdade da vontade, ou liberdade como poder. Como direito, a liberdade é a possibilidade de fazer ou omitir licitamente algo, isto é, a faculdade de optar entre o exercício e o não exercício de seus direitos subjetivos. O exercício da liberdade como *direito* implica o da liberdade como *poder* ou, o que é igual, a manifestação exterior do arbítrio de cada um.

Já não se pode afirmar, todavia, como faziam os teóricos do liberalismo, que a liberdade é o fim jurídico supremo, como também não se pode sustentar que o livre jogo das forças econômicas, superada a concepção de que a uma igual liberdade formal corresponde uma igual capacidade real de exercício dos direitos subjetivos, seja um meio idôneo da realização da justiça. Por isso, os princípios da justiça distributiva têm de ser complementados, muitas vezes, pelos da chamada justiça protetiva ⁽⁵⁵⁾.

A liberdade de iniciativa econômica privada, entendida como liberdade contrária ao governo público da economia, não tem mais razão de ser. Ela não é mais que uma liberdade que se exprime em um mundo somente seu, separado do mundo das outras liberdades. Deve ser reconstruída como "liberdade entre as liberdades do cidadão e, principalmente, com a liberdade política".

Quanto à questão da liberdade de iniciativa econômica privada, pode definir-se como direito inviolável, incluindo-se nos "direitos humanos", segundo a tradição jusnaturalista que vem da "Declaração de Direitos" do período revolucionário francês; a liberdade econômica considera-se atributo essencial da pessoa humana, enquanto realização direta da sua capacidade. No curso do último século, porém, verificaram-se, nos ordenamentos jurídicos, modificações que investiram contra os fundamentos históricos e econômicos desta concepção. O desaparecimento das empresas individuais e a presença preponderante de grandes instituições econômicas dotadas de personalidade jurídica puseram em evidência a fratura real entre a iniciativa privada e a pessoa humana, mostrando a insubsistência de uma exigência prática relativa à extensão às pessoas jurídicas das garantias asseguradas à subjetividade humana. Reduziram-se, então, os fundamentos jurídicos que justificavam a recompreensão da propriedade e da iniciativa econômica no conjunto dos valores inerentes à personalidade ⁽⁵⁶⁾. A liberdade de iniciativa não é, portanto, direito da personalidade.

(55) MAYNEZ, *Op. cit.*, p. 197.

(56) BALDASSARRE, *op. cit.*, p. 582.

De qualquer modo, embora não se queira aqui advogar qualquer funcionalidade nesse princípio, o certo é que a sua importância no contexto econômico-social justifica, e até impõe, as limitações que se estruturam no sistema da ordem econômica e social.

Finalmente, a consideração da matéria, sob o ângulo institucional, levaria ao estudo das normas que se estruturam sobre a referida relação jurídica, disciplinando-lhe a existência, a eficácia, os vínculos que a limitam (57) e a proteção de que dispõe.

7. *As garantias constitucionais da liberdade de iniciativa econômica*

A liberdade de iniciativa surge, no processo histórico, como o poder reconhecido aos particulares para desenvolverem uma atividade econômica.

Como não existem no direito conceitos, categorias e estruturas absolutamente neutras (58), isto é, as normas e os sistemas jurídicos não podem considerar-se exclusivamente sob o ponto de vista técnico, instrumental, é no correspondente modelo econômico e social que se encontram os valores informativos das fórmulas legislativas. A interpretação e o estudo das instituições jurídicas e, neste caso, dos princípios de direito privado insertos na Constituição exigem, portanto, seja considerado o respectivo modelo que lhe serve de suporte ideológico, pois cada sistema jurídico exprime a relação entre ele e a realidade social que o produz.

A interpretação da norma que encerra o princípio da liberdade de iniciativa, com o verificar de sua eficácia e garantia, não pode, portanto, limitar-se ao dado normativo. Exige a compreensão do processo histórico de que esse emerge e, principalmente, dos valores que lhe servem de fundamento. Nessa perspectiva histórica avulta a criação do modelo teórico em que se destaca o princípio da autonomia privada e sua expressão constitucional, a liberdade de iniciativa.

É, assim, na evolução do sistema econômico que se encontra a gênese desse princípio, precisamente na fase em que da propriedade, como direito, se destaca a atividade humana, passando ambas a consistir nas condições básicas de existência do modo de produção capitalista (59). Tal atividade exigia, por sua vez, ampla liberdade

(57) MODESTO CARVALHOSA, *A Ordem Econômica na Constituição de 1969*, S. Paulo, 1972, p. 138.

(58) PIETRO BARCELLONA, *Diritto Privato e Processo Economico*, Nápoles, 1980, p. 4.

(59) BARCELLONA, *op. cit.*, p. 51.

de troca, liberdade de mercado (*laissez-faire, laissez-passer*), liberdade de iniciativa econômica. E para melhor permitir a generalização das relações de troca, a ciência jurídica do século XIX realizou a "máxima abstração das figuras jurídicas", criando-se, como resultado do seu maior esforço de abstração, a figura do negócio jurídico, instrumento e forma de expressão dessa liberdade, agora já reconhecida como poder vinculante, como autonomia privada.

Para garantia da construção jurídica correspondente ao modelo econômico do capitalismo e ao político do liberalismo, criou-se o Estado de direito, o Estado liberal, cujos principais postulados eram a separação dos poderes, a limitação do poder político, a dicotomia direito público-direito privado, o primado da lei, com o caráter abstrato e geral das suas normas. Quanto ao poder jurígeno, o Estado atuava por meio de imperativos, comandos, deixando, porém, ao indivíduo ampla esfera de atuação no campo de seus interesses, reconhecendo-lhe o poder de criar normas individuais e concretas por meio do negócio jurídico, principalmente o contrato. Além disso, limitava-se ainda o Estado com o chamado princípio da reserva de lei, pelo qual as restrições aos poderes individuais só poderiam realizar-se através da lei, jamais por meio de atos do Poder Executivo ou dos seus entes administrativos.

O princípio da autonomia privada não ficou expresso nas Constituições nem nos Códigos Civis. Como tal princípio se realizava nas relações jurídicas econômicas, isto é, naqueles vínculos necessários à produção e circulação de bens e serviços (pelo que a autonomia privada não se manifesta nas relações familiares), tecnicamente representados pelas obrigações, mecanismos jurídicos das relações econômicas⁽⁶⁰⁾, era na figura abstrata do negócio jurídico que se encontrava, e se encontra, sua origem e expressão. Nas Constituições o que se reconhecia era e é o princípio da liberdade de iniciativa econômica que, como já referido, é mais amplo, pois compreende também os atos de mera atividade que não são negócios jurídicos. Certo é, todavia, existir manifesta relação de instrumentalidade entre iniciativa econômica e autonomia privada, sendo os atos em que esta se manifesta também expressão do poder de iniciativa econômica.

Consequência imediata dessa colocação é a circunstância de que todos os limites opostos à livre iniciativa se refletem na autonomia contratual, embora a recíproca não seja verdadeira.

Aceita tal colocação histórico-dogmática e seu consequente mecanismo de aplicação das normas jurídicas, o da subsunção, em

(60) PHILLIPPE MALINVAUD, *Les Mécanismes Juridiques des Relations Économiques*, Paris, 1985, p. 2.

que o enquadramento dos fatos sociais na respectiva hipótese de aplicação (*fattispecie, Tatbestand*) leva a determinadas consequências previstas no dispositivo, problema que se constitui em tema central da experiência jurídica (61), e aceito o negócio jurídico como instrumento histórico de composição de interesses opostos (62), ressalta a importância do princípio que lhe é subjacente, o da autonomia privada, inserido, no plano constitucional, no da liberdade de iniciativa (63).

Reveste-se, por isso, de especial importância a garantia constitucional da autonomia privada, mormente quando se verificam os limites crescentes que o Estado intervencionista lhe apõe, pela insuficiência do mercado em resolver seus problemas de desequilíbrio, o que exige do Estado o encargo da disciplina econômica com o fim de implantar a democracia econômica (64). Tal contradição dialética, autonomia privada e intervenção do Estado, constitui, assim, o problema central da organização jurídica das relações econômicas (65).

A expressão garantia constitucional tem dois sentidos. Em acepção mais geral e empírica, significa a existência, no texto da Constituição, de princípio, instituto ou situação subjetiva, o que já significaria, pela estabilidade e certeza, uma proteção de natureza constitucional. Em segunda acepção, mais restrita, significa "todos os mecanismos jurídicos de segurança que o sistema constitucional estabelece para defesa da sua própria existência" (66). Na primeira, é a própria inserção no texto constitucional que consiste na garantia. Na segunda, é a própria Constituição que precisa de ser garantida, é o objeto, não o sujeito da proteção.

Em uma visão mais objetiva do problema, a garantia constitucional é o meio com que se assegura o direito declarado, protegendo a liberdade contra o arbítrio do poder (67), o que, de modo geral, se realiza através da função jurisdicional do Estado.

São elementos lógicos da idéia de garantia: a) a existência de um interesse ou um objetivo a garantir; b) a previsão de um

(61) LISERRE, *op. cit.*, p. 1.

(62) LISERRE, *ibidem*, p. 8.

(63) Com opinião contrária, ANA PRATA, *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Coimbra, 1982, p. 196.

(64) LUIGI MENGONI, "Forme giuridiche dell'economia contemporanea", in *Giustizia*, 1962, p. 19.

(65) BARCELONA, *op. cit.*, p. 285.

(66) SERIO GALEOTTI, "Garanzia costituzionale", *Enciclopedia del Diritto*, Milano, XVIII, 1969, p. 491.

(67) PAULINO JACQUES, *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, 1974, p. 348.

perigo; e c) a existência de um mecanismo apto a conceder ao titular a segurança, a certeza de realização do interesse ou objetivo (68).

Quanto ao elemento axiológico, fundamento da garantia constitucional, é a crença em um personalismo ético e democrático, isto é, uma filosofia política baseada no reconhecimento dos valores da pessoa humana e da democracia.

Na verificação dos mecanismos constitucionais de garantia podemos utilizar a mesma metodologia utilizada pela teoria geral na apreciação do fenômeno jurídico, isto é, a análise jurídica sob o ponto de vista da norma, da relação e da instituição, podendo esta, como complexo normativo que é, inserir-se na categoria da norma jurídica.

7.1. *O direito como norma*

7.1.1. *A declaração de inconstitucionalidade*

Se preferirmos enfrentar a questão sob o ângulo da norma jurídica, e indagarmos a espécie de norma que o art. 160, I, da nossa Constituição contém, veremos que se trata de uma norma jurídica programática, a qual, para a doutrina dominante no Brasil, teria por finalidade estabelecer programas de ação, sem gerar direito público subjetivo (69). Tal opção implicaria em reconhecer a necessidade de outra lei que estabelecesse, concretamente, a norma de comportamento. Desse modo, o art. 160, I, conteria apenas uma norma dirigida ao legislador, sem imediata operatividade.

Qual o mecanismo constitucional de garantia tendo por objeto uma lei? A arguição de inconstitucionalidade dessa lei.

Se, todavia, com base na tendência da doutrina mais recente, atenta ao princípio da efetividade, reconhecermos na norma programática um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao das demais normas constitucionais (70), e mais ainda, ser a "positividade das normas programáticas o que justifica a necessidade de intervenção dos órgãos legiferantes" (71), reconheceremos a imediata eficácia preceptiva nas normas programáticas. A norma do art. 160, I, seria, assim, uma garantia constitucional da autonomia privada a operar *ex se* nas relações intersubjetivas, o que se conecta,

(68) GALEOTTI, *op. cit.*, p. 493.

(69) ROSAH RUSSOMANO, *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, 1984, p. 38.

(70) CANOTILHO, *op. cit.*, p. 209.

(71) CANOTILHO, *ibidem*.

diretamente, com o reconhecimento da função criadora do juiz na gênese do direito (72). E, nesse caso, da imediata preceptividade do art. 160, I, configurar-se-lam os direitos subjetivos e as pretensões, o que deslocaria o nosso discurso para o item seguinte, o da relação jurídica.

Quanto à declaração de inconstitucionalidade em si, existem no direito brasileiro duas vias. Uma, reflexo do direito americano, consiste na declaração incidental de inconstitucionalidade, proferida por juiz de qualquer grau de jurisdição, chamado a julgar caso concreto. É o sistema de controle difuso, por via incidental, consagrado na Constituição de 24 de fevereiro de 1891 e na Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894 (73), vigente até hoje (74).

Outro sistema, de ação direta, por via principal, chamado de controle concentrado, foi instaurado com a Constituição de 1934 (75), inicialmente restrito aos atos praticados no âmbito da competência estadual (76) e, posteriormente, alargado para o conhecimento de qualquer norma legal, da Constituição, lei federal, estadual ou municipal (77). A competência para conhecer da ação direta de declaração de inconstitucionalidade é privativa do Supremo Tribunal Federal, por iniciativa do Procurador-Geral da República. A sentença tem efeito apenas *inter partes*, sendo a competência para suspender a execução geral da norma do Senado Federal.

Concluindo, então, podemos dizer que no Brasil o sistema de controle da constitucionalidade é o jurisdicional, cabendo a qualquer juiz decidir da inconstitucionalidade das leis (78). Pode realizar-se por via incidental, sendo possível, a qualquer interessado, suscitar a questão em qualquer processo e em qualquer juízo. E pode fazer-se por via direta, em casos especiais, mediante representação do Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal. Neste caso, seus efeitos são *inter partes* e *ex tunc* para o caso concreto, e *ex nunc* para a decisão do Senado de suspender a executoriedade da norma (79).

(72) LISERRE, op. cit., pp. 30, 121, 125.

(73) ROGÉRIO LAURIA TUCCI, "Ação declaratória de inconstitucionalidade" Enciclopédia Saraiva de Direito, II, p. 284.

(74) Código de Processo Civil, art. 480.

(75) Constituição brasileira de 1934, art. 12, § 2.º

(76) JOSÉ LUIZ ANHAYA MELLO, "Ação direta de inconstitucionalidade", Enciclopédia Saraiva de Direito, III, p. 130.

(77) Idem, ibidem.

(78) JOSÉ AFONSO DA SILVA, Curso de Direito Constitucional Positivo, S. Paulo, 1984, p. 19.

(79) Idem, ibidem.

7.1.2. *A reserva de lei*

O princípio da reserva de lei relaciona-se com o conteúdo das normas constitucionais. Quer nas Constituições de conteúdo mais restrito, quer nas de conteúdo mais extensivo, o poder constituinte, para melhor garantia das matérias que renuncia a regular diretamente, serve-se da chamada reserva de lei, dispondo que somente o Poder Legislativo poderá estatuir a respeito⁽⁸⁰⁾. Quer dizer, a Constituição estabelece precauções vinculantes por si sós, dependendo, porém, de um detalhamento posterior sobre a respectiva execução, de competência do Poder Legislativo. O princípio da reserva de lei significa, portanto, que a regulamentação de certas matérias referidas no texto constitucional há de ser feita, necessariamente, por lei⁽⁸¹⁾. A Constituição reserva à lei formal determinada matéria, subtraindo-a à disciplina de outras fontes⁽⁸²⁾. Envolve, assim, uma questão de competência, pois a reserva legal garante que será o legislador que irá regular a matéria em apreço⁽⁸³⁾.

No caso do art. 163 da nossa Constituição, em que se permite a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, tais medidas, dialeticamente opostas a essa liberdade, só se poderão efetivar mediante lei federal⁽⁸⁴⁾. Existe, aí, um caso de reserva absoluta de lei, pois a Constituição reserva tal matéria à disciplina da lei federal. Exclui-se, portanto, o recurso a uma disciplina legal inferior, sendo preclusa qualquer outra escolha para regular-se tal matéria.

A estatuição da reserva de lei é, conseqüentemente, mais uma garantia constitucional da liberdade de iniciativa econômica e, *ipso facto*, da autonomia privada, o que se coaduna com o caráter suplementar ou subsidiário da atividade empresarial do Estado.

7.2. *O direito como relação. O mandado de segurança*

Se apreciarmos o princípio da liberdade de iniciativa do art. 160, I, da Constituição federal, sob o ângulo da teoria rela-

(80) PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto Costituzionale*, Napoli, 1974, p. 267.

(81) JOSÉ AFONSO DA SILVA, *op. cit.*, p. 567

(82) VEZIO CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto Costituzionali*, II, Padova, 1975, p. 52.

(83) CHRISTIAN STARK, *El Concepto de Ley en la Constitución Alemana*, Madri, 1979, p. 404.

(84) JOSÉ AFONSO DA SILVA, *op. cit.*, p. 514.

cional, isto é, da relação jurídica, como produto da atuação da liberdade econômica, a questão que se apresenta, e da maior relevância, é a do seu conteúdo, o direito subjetivo.

O mandado de segurança é instituto de direito processual constitucional, inserindo-se no sistema de garantia básico que a função jurisdicional do Estado representa. Quanto à sua natureza jurídica, é uma ação de que dispõem todos aqueles que sofrem lesão em direito subjetivo líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, violado ou ameaçado de violação por ato de autoridade, praticado com ilegalidade ou abuso de poder ⁽⁸⁵⁾.

Seu objetivo é a proteção dos direitos individuais que não sejam os atinentes à liberdade de locomoção. Esses direitos devem configurar-se como líquidos e certos, não permitindo dúvida quanto à sua existência nem quanto à sua configuração. Assim, o direito subjetivo é líquido e certo quando não for contestável, quando não precisar "ser aclarado com o exame de provas em dilações" ⁽⁸⁶⁾. É direito subjetivo material, privado ou público ⁽⁸⁷⁾, compreendendo as expectativas de direito.

Tal medida não cabe se possível a interposição de recurso administrativo com eficácia suspensiva independente de caução, ou se do despacho ou decisão judicial visada se puder interpor recurso processual, ou se for passível de correção, ou quando visar ato disciplinar, salvo se praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial.

O mandado de segurança é, assim, remédio processual de natureza constitucional posto à disposição do titular de direito subjetivo lesado ou ameaçado de lesão, por ato comissivo ou omissivo de autoridade. Seu fundamento é a ilegalidade que, no caso da liberdade de iniciativa ou de autonomia privada, se manifesta nos atos do Estado ou de seus agentes delegados, que excedam o âmbito de sua atuação subsidiária previsto na Constituição.

No campo das relações jurídicas patrimoniais, o direito subjetivo nasce das manifestações de autonomia privada, expressão e prova da liberdade de iniciativa econômica constitucionalmente consagrada.

(85) Constituição brasileira, art. 153, p. 21.

(86) PONTES DE MIRANDA, apud NAILLÉ RUSSOMANO DE MENDONÇA LIMA, "Do mandado de segurança — aspectos históricos e constitucionais", Forum, 1984, p. 100.

(87) LUIZ FERNANDO WHITAKER DA CUNHA, "Direitos públicos subjetivos e mandado de segurança", *ibidem*, p. 59.

El Ombudsman en América Latina

JORGE LUÍS MAIORANO

Profesor Titular de Derecho Administrativo (Universidad de Belgrado, Buenos Aires, Argentina), Profesor Asociado de Derecho Administrativo (Universidad del Salvador, Buenos Aires, Argentina). Asesor del Senado de la Nación Argentina. Vicedecano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Belgrado (Buenos Aires, Argentina). Miembro Mayor de la International Bar Association y de la Interamerican Bar Association.

1. **Introducción:** Este trabajo aspira a reseñar el estado que ofrece la consideración del tema del "ombudsman" o "defensor del pueblo", como se lo denomina castizamente, en los países de América Latina, tanto desde el punto de vista constitucional, legislativo como doctrinario.

La institución, nacida en tierra escandinava a principios del siglo XIX y difundida vertiginosamente desde la segunda mitad de este siglo por todo el mundo, no despertó al mismo tiempo en Latinoamérica un interés similar al que sucitó en otras regiones del planeta.

No obstante ello, en los últimos años diversas iniciativas legislativas así como reuniones internacionales y una proficua labor doctrinaria parecen estar evidenciando que los sistemas jurídicos latinoamericanos están saliendo de aquel letargo, generalmente impuesto por peculiares contingencias políticas.

2. **Los orígenes de la institución:** cabe recordar que corresponde a Suecia el privilegio de haber acunado al primer "ombudsman" allá por 1809 como resultado de la pugna dialéctica que el Parlamento mantenía con el Rey, siendo concebido como un medio de equilibrar las amplias facultades otorgadas al soberano y su Consejo por una Constitución de tipo monárquico. Las funciones que le fueron asignadas por la ley constitucional del 6 de junio de aquel año consistían en "controlar la observancia de las leyes por los tribunales y los funcionarios y demandar ante los tribunales competentes, de acuerdo con las leyes, a aquellos que en el ejercicio de su función hubieren, por parcialidad, favor o cualquier otro motivo, cometido ilegalidades o descuidado el correcto desempeño de los deberes propios de su cargo" (1).

(1) Conf. MAIORANO, Jorge Luis. El ombudsman argentino, ¿defensor del pueblo y de la democracia?, Revista *Ideas en Ciencias Sociales*, año II, número 2, página 107, Buenos Aires, 1986.

El aumento de sus labores de fiscalización determinó, posteriormente, la creación de otro órgano con competencia exclusiva para el ámbito militar. Este nuevo comisionado el ombudsman militar o *militieombudsman* — fue designado en 1915 coexistiendo desde entonces junto al ombudsman encargado del sector civil. Esta división de órganos diversos con funciones paralelas y estatutos propios se mantuvo hasta diciembre de 1967 cuando se produjo la fusión de ambas dependencias.

3. Su difusión universal: durante muchos años la institución nórdica permaneció prácticamente oculta para el resto del mundo quien no reparó en ella sino a partir de la década de 1950. En realidad, su difusión se produjo en dos etapas bien definidas. En la primera, fue otro país escandinavo, Finlandia, quien lo adoptó siguiendo el modelo de su vecino sueco. A partir de allí hubo que esperar que finalizara la Segunda Guerra Mundial para que la figura adquiriera verdadero auge. Comenzaba aquí la segunda etapa durante la cual el ombudsman, con denominaciones no coincidentes ⁽²⁾ pero funciones sustancialmente similares, alcanzó una asombrosa expansión por todo el mundo.

En este proceso de expansión le correspondió a Dinamarca un papel protagónico al haberlo incorporado a su Constitución de 1953 y luego llevar a cabo una enconada labor de difusión. Por otra parte, la experiencia danesa demostraba la posibilidad de adaptar la institución a sistemas jurídicos diversos al sueco. Como ha dicho LEGRAND, "la audacia de los daneses consistió en trasplantar un árbol al que se le hablan cortado las raíces" ⁽³⁾.

Durante 1962 fue adoptado por Noruega y Nueva Zelanda; posteriormente, en 1966, por Guyana; Gran Bretaña (1967); Islá Mauricio (1968); Irlanda del Norte (1969); Israel (1971); Francia (1973); Austria y Portugal (1975); en el continente africano en Ghana, Sudán, Zambia (1973) y Tanzania (1966). En ámbitos territoriales o materiales limitados fue incorporado en Alemania Federal (sólo para el ámbito militar, en 1957); Canadá, en las provincias de Aiberta (1967), New Brunswick (1967), Manitoba (1969), Nueva Escocia (1971), Saskatchewan (1972), Ontario (1975); en los Estados Unidos de Norteamérica en diversos Estados, entre otros, Hawaii (1967), Alaska (1975), Iowa (1972) y Nebraska (1969); en Australia Occidental (1971); Australia Meridional (1972), Victoria (1973), Quensland (1974), Nueva Gales del Sur (1974); en la India ha sido adoptado en los Estado de Bihar (1973), Maharastra (1971) y Rajasthan (1973); en Italia, por su parte,

(2) En Portugal: Proveedor de Justicia; en Francia: Mediador; en Gran Bretaña: Comisionado Parlamentario; en Italia: Defensor Cívico; en España: Defensor del Pueblo; en Israel: Comisario para las quejas.

(3) LEGRAND, André. *L'Ombudsman Scandinave. Études Comparées sur le Contrôle de l'Administration*, página 228, París 1970.

en las regiones de Toscana y Liguria (1974), Campania (1978), Umbría (1979), Lombardía y Lazio (1980), mientras que en Suiza, en la ciudad de Zurich (1971). Últimamente ha sido adoptado en España con la denominación de Defensor del Pueblo (1981) constituyendo éste un valioso antecedente para los esfuerzos que se llevan a cabo en nuestra América Latina hacia su institucionalización.

La nómina transcripta, simplemente enunciativa, trasciende continentes, regiones y sistemas políticos determinados evidenciando ello la vocación universalista de la figura que constituye hoy día un instrumento destacado en la afirmación y reconocimiento de los derechos individuales.

4. Caracterización: definido por la American Assembly en su trigésima segunda sesión llevada a cabo en octubre de 1967 como “un funcionario independiente de alto nivel jerárquico que recibe quejas, efectúa investigaciones dentro de las materias involucradas en aquéllas, y hace recomendaciones para una toma de decisión oportuna” (4) puede configurárselo como un órgano de control de la Administración Pública, de cuño predominantemente parlamentario, destinado a la salvaguardia de los derechos individuales. Su característica peculiar es que carece del tradicional poder de imperium no encontrándose facultado, asimismo, para revocar o anular actos administrativos; su poder es moral, casi pedagógico y su arma fundamental, la publicidad de sus investigaciones.

5. Las razones de su difusión: pero, ¿cuáles han sido las razones que han ocasionado la creciente transcendencia de esta institución de singular importancia en el concierto jurídico internacional? Me adelanto a sostener que esas razones han sido, fundamentalmente, dos: 1) el intervencionismo estatal con su secuela de enfrentamientos entre los dos términos de una relación aparentemente antitética: autoridad y libertad; 2) la insuficiencia de los mecanismos de control tradicional que no llegan a constituir valladar suficiente para frenar los abusos estatales. A continuación analizaré cada una de estas razones.

6. Del Estado individualista liberal al Estado intervencionista social: desde que el hombre decidió constituir esa forma superior de organización llamada Estado — respondiendo así a su natural condición de animal social y político a fin de superar el estado de aislamiento inicial — ha sido una constante no desmentida a través del tiempo la permanente pugna entre la autoridad y la libertad; entre el interés público y el interés privado; entre el Estado y el individuo.

De una concepción liberal del Estado, cuya filosofía era el “dejar hacer, dejar pasar” — y donde se predicaba que “el mejor Estado

(4) *Ombudsman for American Government*, editado por Stanley V. Anderson, Universidad de Columbia, Estados Unidos, 1968.

era el menor Estado", se ha pasado a una concepción social en la cual el moderno Estado de Bienestar no adopta ya la originaria actitud contemplativa y abstencionista sino, por el contrario, una actitud interventora, realmente conformadora de la realidad social.

El Estado policía, guardián, juez, árbitro, fiscal, vigilante y responsable de que la conducta de los agentes de la vida social no perjudicara los derechos de sus semejantes o la buena marcha y funcionamiento del orden público — y que constituyera, como adelanté, el estereotipo paradigmático del pensamiento liberal — se transformó en un Estado regulador, redistribuidor, corrector, orientador y aún, planificador de los objetivos de la actividad social.

Así es hoy un valor entendido que el Estado de nuestros días — auténtico Estado administrativo — adopta universalmente el rol de promotor de las transformaciones sociales que realiza a través de su decisiva participación en la actividad económica, en la industria, en la educación, en la cultura, en el deporte, en la investigación, etc.

Empero, la transformación apuntada no se ha limitado a un mero aspecto cuantitativo; por el contrario, ha importado al mismo tiempo un redimensionamiento cualitativo de los medios y formas de actuación estatal; en este sentido, cabe puntualizar que, para el ejercicio de esos objetivos conformadores de la sociedad, el Estado se ha visto en la necesidad de acrecentar su capacidad de coacción puesto que sin ella no podría realizar muchas de las acciones indispensables para alcanzar los fines propuestos.

Pero en este proceso no todos los órganos estatales han resultado beneficiados por igual; constituye un hecho innegable que la administración Pública — como complejo orgánico inserto en la órbita del Poder Ejecutivo — es la unidad organizativa en la que ha concentrado el Estado la mayor cantidad y calidad de cometidos, funciones e instrumentos limitativos de las libertades individuales.

El fenómeno apuntado ha determinado la necesidad de establecer frenos a este moderno Leviathan a fin de que el ejercicio del Poder no se convierta en arbitrario, ilegítimo y contrario a las altas finalidades que lo justifican ya que, como decía JUAN XXIII en su Encíclica *Pacem in Terris*, el Poder es la facultad de mandar según la razón.

7. La insuficiencia de los tradicionales mecanismos de control: como sostuviera GORDILLO, existe bastante unanimidad en los países desarrollados en el sentido de que la tutela brindada a los administrados frente a la Administración Pública es, en muchos aspectos, insuficiente y no puede ser corregida por un simple mejoramiento o perfeccionamiento de los mecanismos clásicos de control (5).

(5) GORDILLO, Agustín A. *Problemas del Control de la Administración Pública en América Latina*, página 125, Madrid, 1981.

En momentos en los cuales la actividad administrativa envuelve casi todas las esferas de la vida civil, se ha producido una auténtica estatalización de la sociedad, como señalara PECES BARBA (6); dentro de este marco se generó una ampliación de las zonas de conflicto entre la Administración y los administrados convirtiendo al control de aquélla en una tarea prácticamente inabordable por los instrumentos establecidos por el Estado liberal.

Soslayando diversas clasificaciones de los mecanismos de control — que nos apartarían del tema central de este trabajo —, resulta prudente recordar que las categorías más usuales giran en derredor del control administrativo, del control legislativo y del control judicial.

El primero de ellos, desarrollado en el seno de la propia Administración Pública, se encamina a la verificación de la legitimidad y de la oportunidad, conveniencia o mérito de la acción administrativa. Se promueve tanto de oficio como a instancia de la parte interesada, debidamente legitimada para ello.

Por su parte, el control legislativo tradicional constituye, principalmente, un control de tipo político por el cual no pueden revocarse ni anularse actos administrativos. Los ordenamientos constitucionales de los diversos países, si bien con diferencias de matices, determinan que él se manifiesta, por ejemplo, a través del acuerdo que presta para la designación de diversos funcionarios; la aprobación o rechazo de los tratados celebrados con las demás naciones; la interpelación a los Ministros y la fijación del presupuesto de gastos y recursos del Estado.

Por último, el control judicial tiene como fin inmediato la tutela de los derechos e intereses individuales, aunque el objetivo supremo sea la conservación del orden y la regularidad de la acción administrativa. Las vías de que disponen los administrados para alcanzar esa protección son las acciones contenciosoadministrativas, la acción o juicio de inconstitucionalidad, la acción o juicio de amparo, el recurso de **habeas corpus** y las acciones judiciales comunes (expropiación, daños y perjuicios, etc.).

Con todo este arsenal jurídico pareciera aventurado expresar la insuficiencia de protección jurídica de los administrados; sin embargo, la existencia del ombudsman en la mayoría de los países desarrollados es prueba más que evidente de la certeza de esa convicción.

En el caso del control administrativo se observa que si bien la revisión de los actos administrativos se extiende no sólo a la legitimidad sino también a la oportunidad, conveniencia o mérito, falta la independencia del órgano responsable del control el cual, además, pone especial hincapié en la legitimidad en desmedro de la oportu-

(6) PECES BARBA, Gregorio. *Derechos Fundamentales*, página 28. Madrid, 1980.

nidad o conveniencia del acto. Además, para determinadas tramitaciones se requiere patrocinio letrado y el cumplimiento de ciertos recaudos de carácter formal que no resultan excusados por la aplicación del informalismo a favor del administrado. Todos estos factores constituyen aspectos cuestionables y vulnerables del control administrativo.

Por su parte, el control legislativo tradicional — que se desenvuelve principalmente en el plano político partidista — se ve debilitado por la circunstancia de que el titular del Poder Ejecutivo y la mayoría del Parlamento pertenecen a la misma fracción política lo cual dificulta enormemente el normal funcionamiento de los mecanismos de esta naturaleza. Además, este tipo de control no protege directa e inmediatamente al administrado quien adopta, frecuentemente, la actitud de mudo testigo ante el ejercicio de sus diversas modalidades.

Por último, el control judicial — si bien es el más efectivo de todos ya que se realiza mediante órganos imparciales e independientes que tienen a su cargo asegurar el imperio de la Constitución y de las leyes dictadas en su consecuencia — presenta el inconveniente de que sólo puede referirse a la legitimidad, excluyendo el mérito oportunidad o conveniencia de la actividad administrativa. De esta forma quedan fuera de su ámbito los comportamientos discrecionales de la Administración, los cuales pueden ser más perjudiciales para los intereses de la comunidad que las irregularidades verificadas en la legitimidad de la actividad administrativa. Además, el control judicial está limitado en cuanto a su alcance ya que los órganos jurisdiccionales pueden anular o confirmar el acto cuestionado, pero nunca reformarlo o sustituirlo por otro puesto que en este caso se estaría invadiendo una esfera que es privativa de la Administración, afectándose el principio de la división o separación de los poderes del Estado. Otra dificultad que presenta el control judicial es el prolongado tiempo que demandan las tramitaciones procesales al punto de tornar ilusorias las expectativas de los administrados quienes, además, sufren restricción por el elevado costo que suele acompañar la promoción de acciones judiciales contra el Estado; de hecho esta circunstancia se convierte en un obstáculo insalvable para ciertos sectores de la población de escasos recursos.

Pero donde se manifiesta de manera evidente la insuficiencia de los mecanismos tradicionales de control administrativo es en aquellas “enormes minucias”, como diría CHESTERTON, insuficientes para promover el control judicial, irrelevantes para el control parlamentario y ajenas al control administrativo. Esas enormes minucias constituyen, dentro de la vida cotidiana del habitante de las grandes ciudades, verdaderos dramas difíciles de superar. Es que frente al poder público que se manifiesta en multitud de hechos, en apariencia nimios

e intrascendentes, al administrado le resulta poco menos que imposible articular defensa alguna que no sean los procedimientos formalistas previstos por la legislación administrativa.

El Poder se transforma así en el "pequeño poder" que esgrimen diestros burócratas que detrás de un escritorio agravian al usuario que acude a una oficina pública por un trámite, el pago de una factura, un sello o un comprobante. Es que este "pequeño poder" es infatigable en su fabricación de pequeñas injusticias. ¿Cómo se quitan esas espinosas molestias? ¿Con cartas de lectores que testimonian un esfuerzo postero por ser oído? ¿Con protestas entre dientes en una sufrida cola de administrados? ¿Con costosos, inacabables y desgastantes pleitos contra la Administración Pública? ¿Con resignación y descreimiento hacia las instituciones cívicas?

De esta forma el ciudadano medio — frente al crecimiento del Estado y la insuficiencia de los medios jurídicos que lo sumen en desamparo — se ha acostumbrado, o para ser más preciso, resignado a vivir con incertidumbre y desconfianza hacia el poder público; es que su más inmediato gestor — la Administración Pública — lo trata con arrogancia, con hosquedad, cuando no con intimidación.

Frente a esa experiencia cotidiana que demuestra que la Administración Pública incurre a diario en comportamientos abusivos, arbitrarios, inoportunos, discriminatorios ineficientes en perjuicio de los administrados, el ombudsman se ha manifestado, universalmente, como el medio idóneo para defender a ese ser humano desvalido que se ha habituado a ser tratado más bien como súbdito que como ciudadano.

8. La situación en Latinoamérica: los países de América Latina no han permanecido ajenos a las razones que provocaron la difusión del ombudsman. Por el contrario, la condición de países en vías de desarrollo que invisten la mayoría de aquéllos, le asigna al tratamiento de este tema una consideración singular.

Como sostuviera GROS ESPIELL, puede adelantarse que en nuestra América Latina la inexistencia del ombudsman fue el resultado de nuestra herencia jurídica, de una tradición constitucional influída básicamente por los modelos francés, estadounidense y español que ignoraban esta institución y por la presencia de otras más o menos análogas (Fiscal General, Procurador General etc.) que podían considerarse como aptas para cumplir atribuciones del tipo de las que posee el ombudsman (7). A estos obstáculos iniciales, con los que coincido, le agrego la recurrente inestabilidad que afectó las instituciones de muchos países latinoamericanos. No debe olvidarse que la existencia de un sistema democrático constituye una condición *sine qua non* para la admisión de esta figura. Como sostuviera don JOA-

(7) GROS ESPIELL Héctor: ponencia presentada al Primer Simposio Latinoamericano del Ombudsman, página 3, Buenos Aires, 1985.

QUIN RUIZ GIMÉNEZ, Defensor del Pueblo español, en su esencia el ombudsman es un signo de identidad democrática (8) en la medida que constituye un baluarte de la paz social y un medio de fortalecimiento de la justicia.

La normalización institucional de diversos países latinoamericanos luego de atravesar sucesivos periodos de gobiernos de hecho (Argentina, Brasil, Uruguay, entre otros); la creación de la Defensoría del Pueblo española, así como la tesonera labor de diversas entidades de carácter continental han sido los factores más destacados que provocaron el creciente interés que la figura del ombudsman ha suscitado en los círculos políticos y jurídicos de los países americanos.

A continuación detallaré las principales manifestaciones de este interés, comenzando con las reuniones interamericanas que se han realizado hasta la fecha en Venezuela y Argentina.

8.1. Eventos de carácter continental: un grupo de eminentes juristas se reunió en la ciudad de Caracas, Venezuela, en junio de 1983 sentando las bases del Instituto Latinoamericano del Ombudsman, organización privada, sin ataduras políticas que se encuentra integrada por ciudadanos de diversos países latinoamericanos que se han impuesto la misión de promover en sus propios países capítulos de dicho Instituto. Actualmente en Venezuela, Costa Rica, Brasil, Chile y Argentina funcionan capítulos de aquél.

La "Declaración de Caracas", nombre que recibió el documento suscripto en esa oportunidad, testimonió el compromiso asumido por los participantes de aquel evento en orden a "contribuir con nuestros recursos intelectuales, profesionales o políticos a la difusión e implantación de instituciones como la del ombudsman en América Latina de acuerdo a las necesidades y características específicas de cada sociedad..." (9).

Como continuación de ese Primer Coloquio sobre el Proyecto Ombudsman para la América Latina, se celebró en Buenos Aires, Argentina, el Primer Simposio Latinoamericano del Ombudsman, organizado por la Dirección Regional para Latinoamérica del Foro integrante de la International Bar Association. Con la presencia de destacados especialistas de América Latina y la participación especial del Defensor del Pueblo español, se consideraron del 18 al 20 de noviembre de 1985 cuatro diversos temas, a saber: 1) necesidad y conveniencia de adoptar la institución del ombudsman; 2) su compatibilidad con los sistemas constitucionales latinoamericanos; 3) establecimiento de algunas pautas básicas para una legislación uniforme y 4) experiencias similares (protección de los derechos humanos, tutela del consu-

(8) Discurso de apertura del Primer Simposio Latinoamericano del Ombudsman, página 19, Buenos Aires, 1985.

(9) Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, página 210, julio-diciembre, 1985, San José de Costa Rica.

midor, desburocratización, etc.) concretadas o en estudio o proyectos en Latinoamérica.

Con relación al primero de esos temas, se arribó a las siguientes conclusiones: A) "Destacar la necesidad y conveniencia de instituir esta figura sobre la base de la existencia de dos órdenes de razones diversas pero complementarias: 1º — Creciente intervencionismo estatal como resultado del papel protagónico que el Estado se ha reservado en la sociedad contemporánea. Esta actitud interventora y conformadora que él lleva a cabo, se realiza con alarmante frecuencia con menoscabo de los derechos, intereses y garantías de los individuos; 2º — Frente a la transformación apuntada, los remedios jurídicos tradicionales se han manifestado insuficientes para proteger integralmente al individuo aislado y a la sociedad toda contra los abusos estatales. Falencias de diverso carácter que se advierten en aquellos órganos y procedimientos tradicionales atentan contra la plena vigencia de los derechos humanos, no sólo los de carácter cívico y político, sino también los de índole económico. B) A esos fines, el ombudsman o defensor del pueblo se ha manifestado universalmente como un instrumento adecuado para complementar la labor garantística que llevan a cabo los procedimientos tradicionales. En este sentido los integrantes de este grupo destacan que el ombudsman o defensor del pueblo *no debe ser concebido para sustituir los remedios ya existentes*, de los cuales se constituiría en un refuerzo en todos aquellos aspectos que escapan a ellos. C) Y estos aspectos que escapan a estos controles se hallan representados por una multitud de pequeños dramas que padecemos a diario los administrados como resultado de comportamientos abusivos, negligentes, inoportunos, disfuncionales y arbitrarios que llevan a cabo los agentes públicos, en ocasiones en flagrante contradicción con la dignidad humana. D) El ombudsman o defensor del pueblo, como auténtico y cabal rector de los derechos del pueblo según lo ha demostrado la experiencia de los numerosos países que lo han adoptado, puede constituir un importante aporte, en relación dinámica con otros factores, a los efectos del tutelaje y consolidación de la democracia en orden al logro del bien común. E) Están persuadidos que esta institución, sin constituirse en una panacea o remedio mágico, puede extender sus beneficiosos efectos, desde su formulación jurídica hacia otros campos tales como la protección eficiente de aquellos sectores de la población más carenciados, es decir, los de menores recursos, quienes generalmente no sólo se ven impedidos de defender sus facultades jurídicas frente al obrar abusivo de la Administración, sino, lo que es aún más grave, ignoran cuales son las vías para defenderlos..." (10).

8.2. Iniciativas proyectadas: Argentina: como consecuencia del restablecimiento de la democracia en Argentina, tomaron mayor impulso

(10) *Publicación de las conclusiones del Primer Simposio Latinoamericano del Ombudsman*, página 34, Buenos Aires, 1985.

los estudios tendientes a implantar al ombudsman o defensor del pueblo. Ello se manifestó en la celebración de numerosas conferencias, simposios y congresos; la publicación de valiosos trabajos sobre el tema y la presentación de diversos proyectos legislativos. A la fecha una de esas iniciativas, la de los Senadores Menem y Sánchez, cuenta con media sanción del Senado Nacional encontrándose a estudio de la restante Cámara Legislativa, Diputados (11). La Defensoría del Pueblo, según esta iniciativa, se instituye como órgano dependiente del Congreso aunque gozando de autonomía funcional para el control de los actos, hechos u omisiones que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inoportuno de sus funciones, incluyendo aquellos capaces de alterar o dañar los ecosistemas naturales. Todo ello, obviamente, con el objetivo supremo de proteger los derechos e intereses de los individuos y de la comunidad. Siguiendo, en general, los lineamientos de la legislación española el proyecto argentino más avanzado excluye del ámbito del control al propio Poder Legislativo y al Poder Judicial.

Junto a las iniciativas que esperan concreción, también debe destacarse el establecimiento de la figura del Controlador General Comunal en el ámbito municipal de la Ciudad de Buenos Aires el cual no obstante haber sido instituido en octubre de 1985, todavía no ha sido puesto en funciones (12).

Brasil: este país no ha permanecido ajeno al interés suscitado por la figura. Ya en 1961, por Decreto nº 50.533, se instituyeron en las capitales de los Estados, Subgabinetes de la Presidencia de la República con atribuciones, entre otras, de presentar ante los respectivos órganos de la Administración federal las reclamaciones y pedidos de interés de las poblaciones locales. Antes de ser puesta en práctica, la iniciativa fue revocada por el Decreto nº 51.333 del 8 de septiembre de 1961. En 1977 la Comisión de Valores Mobiliarios, dependiente del Ministerio de Hacienda, creó un cargo de ombudsman que no llegó a cubrirse (13).

Entre los principales proyectos normativos se encuentra la propuesta de enmienda constitucional, cuyo autor fuera el diputado Mendonça Neto, aprobada por una Comisión Mixta del Congreso Nacional, por la cual se creaba en la Administración Federal la Procuraduría General del Pueblo destinada a fiscalizar los actos del Poder Ejecutivo, investigar las violaciones a la ley y preservar los derechos fundamentales del ciudadano (14). En el mismo año, el Diputado José Costa

(11) Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación Argentina, sesiones de los días 22 y 28 de agosto de 1985.

(12) Ordenanza Municipal n.º 40.831, sancionada el 17 de octubre de 1985.

(13) BARROSO LEITE, Celso; ponencia presentada al Primer Simposio Latinoamericano del Ombudsman, página 6, Buenos Aires, noviembre de 1985.

(14) BARROSO LEITE, ob. citada, página 6, Buenos Aires, noviembre de 1985.

presentó un proyecto de enmienda constitucional destinada a la creación de la Procuraduría General del Poder Legislativo como el correspondiente brasileño del ombudsman.

En 1983, el Senador Luiz Cavalcanti propuso la implantación del ombudsman en Brasil como heroica tentativa para extirpar de la vida pública nacional el cáncer de la corrupción. En el mismo sentido, debe anotarse la iniciativa de enmienda constitucional propiciada por el Diputado Ney Lopes "creando un órgano parlamentario de investigación, ligado al Congreso Nacional, de acuerdo al modelo de ombudsman existente en Suecia..."⁽¹⁵⁾. Otro proyecto, este de 1984 que fuera luego archivado al igual que los anteriores, presentado por el diputado Jonathan Nunes, instituyó una Procuraduría Popular con la atribución, entre otras, de "recibir y tramitar las quejas o denuncias escritas de cualquier ciudadano que se sienta perjudicado por actos de la Administración Pública"⁽¹⁶⁾. Actualmente se encuentra en trámite una iniciativa presentada el 5 de diciembre de 1984 por el Senador Marco Maciel instituyendo el cargo de "Ouvidor Geral" para la protección de los ciudadanos con relación a las acciones y omisiones lesivas a sus intereses. Entre sus atribuciones se cuenta la de velar por la celeridad y racionalización de los procedimientos administrativos criticando y censurando, a esos efectos, los actos de la Administración Pública⁽¹⁷⁾.

Otra interesante iniciativa — ésta en el ámbito municipal — es la que propiciara en octubre de 1984 la incorporación a la ley orgánica del Municipio de San José dos Campos de un precepto que regulara la creación de una *Corregedoria Administrativa*, a cargo de un Defensor del Interés Público⁽¹⁸⁾.

Costa Rica: se presentó en este país un proyecto de Reforma parcial por adición al artículo 48 de la Constitución creando un ombudsman o defensor del pueblo. Este proyecto fue informado negativamente por mayoría de una Comisión especial de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, el 12 de septiembre de 1983. Actualmente se encuentra a consideración otra iniciativa por el cual se instituye, en el ámbito legislativo, un Defensor de los Habitantes⁽¹⁹⁾.

(15) BARROSO LEITE, ob. citada, página 7.

(16) BARROSO LEITE, ob. citada, página 7. Conf. PROVENCIANO GALLO, Carlos Alberto: O Ouvidor Geral e o Ombudsman: duas instituições distintas, ponencia presentada al Primer Simposio Latinoamericano del Ombudsman, Buenos Aires, noviembre, 1985; ANDRADE DE OLIVEIRA, Fernando y XAVIER, Pedro Henrique: ponencia presentada al Primer Simposio Latinoamericano del Ombudsman, Buenos Aires, noviembre, 1985.

(17) BARROSO LEITE, ob. citada, página 7.

(18) BARROSO LEITE, ob. citada, páginas 7 y 8.

(19) Conf. ROJAS FRANCO, Enrique. La necesidad y conveniencia de adoptar la institución en Costa Rica, ponencia presentada al Primer Simposio Latinoamericano del Ombudsman, Buenos Aires, noviembre 1985.

Chile: en Chile, a pesar de la peculiar situación institucional que allí se vive y en la cual no tienen vigencia sociológica las normas constitucionales, existe un acentuado interés en la figura que nos ocupa. Así, por ejemplo, de manera individual, es decir, sin acreditar representación política, el Grupo de Estudios Constitucionales (llamado Grupo de los 24) ha elaborado un proyecto de ley tendiente a regular, en 28 artículos, el Defensor de los Derechos Humanos (20).

Uruguay: en Uruguay se han protestado hasta el momento y luego de restablecido el sistema democrático, dos proyectos de ley: el primero, formalizado el 16 de junio de 1985, suscripto por el Senador del Partido Colorado Raumar Jude; el restante, por el representante nacional por Montevideo del mismo Partido Colorado, Daniel Lamas, el 17 de setiembre del mismo año. A dichas iniciativas cabe agregar un proyecto de ley que procura tutelar los derechos de los consumidores presentado por el Senador colorado Pedro W. Cersósimo el 4 de octubre de 1985. Sobre este particular ha sostenido ESTEVA GALLICCHIO que "las iniciativas presentadas en Uruguay en los últimos meses acogen sustancialmente dicho modelo (se refiere al vigente en España) y — no obstante su escasa originalidad — constituyen una base que — luego de la tarea legislativa de consolidación y perfeccionamiento — permitirá la vigencia del instrumento jurídico que describiera acertadamente FIX ZAMUDIO como... el funcionario designado por el Parlamento e por el Gobierno, que tiene la función esencial de recibir y tramitar de manera informal las reclamaciones de los afectados por la actividad administrativa..." (21).

Según lo proclama el Programa de Principios del Partido Colorado (agrupación política a la que pertenecen los autores de los diversos proyectos) "lo que se procura crear es una magistratura que disfrute de gran prestigio y autoridad moral: que ejerza una influencia fundamentalmente docente sobre la Administración, no a través de la confrontación sino de la colaboración crítica con ella; y que atendiendo celosamente los casos concretos, aún cuando no involucren cuestiones de interés general, representen el rostro humano de un aparato estatal por fin sensibilizado a las quejas y reclamos del hombre común, y diligente en la atención de ellos" (22).

(20) QUINZIO FIGUEREDEO, Jorge Mario y PINTO GIRAUD, Bernardo. El Ombudsman: defensor de los derechos humanos, ponencia presentada por el Grupo de Estudios Constitucionales al Primer Simposio Latinoamericano del Ombudsman, Buenos Aires, noviembre 1985.

(21) ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo. Compatibilidad del establecimiento del Ombudsman o Defensor del Pueblo con el sistema constitucional uruguayo. *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, página 176. Montevideo, octubre-noviembre 1985, número 9. Conf. FRUGONE SCHIAVONE, Héctor. *El Defensor del Hombre*, ob. citada, páginas 177 y sigtes; SARAVIA ANTUNEZ, Jose R. *La Defensoría del Pueblo en Uruguay*, ob. citada, páginas 163 y sigtes.

(22) Ob. citada en nota anterior, página 188.

8.3. Formas de institucionalización: en América Latina puede afirmarse que no existe en funciones ningún órgano que, en su forma pura, represente al tradicional ombudsman; en cambio, existen sucedáneos o aproximaciones a dicha institución que constituyen versiones vernáculas del difundido comisionado parlamentario. Estos son los países que han admitido esas figuras: Argentina, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Perú y Venezuela.

Argentina: como ya adelantara, en Argentina se ha creado recientemente para el ámbito municipal de la ciudad de Buenos Aires el cargo de *Controlador General Comunal* cuya misión fundamental será la de proteger los derechos, intereses legítimos y difusos de los habitantes contra las arbitrariedades, desviaciones de poder y errores administrativos a fin de dar satisfacción a quienes se consideren afectados por deficiencias, abusos, negligencias, demoras excesivas y otras desconsideraciones hacia el público. La Ordenanza n° 40.831, sancionada por el Consejo Deliberante de la Ciudad de Buenos Aires el día 17 de octubre de 1985, si bien fuera promulgada por el Departamento Ejecutivo, a la fecha todavía no ha entrado en vigencia atento que no se ha cubierto el cargo del titular del organismo aludido.

Brasil: por Decreto n° 91.469, de 24 de julio de 1985, el Poder Ejecutivo brasileño creó el Consejo Nacional de Defensa del Consumidor con la finalidad de asesorarlo en la formulación y conducción de la política nacional al respecto, incluyendo entre sus competencias la proposición de medidas para evitar fraudes y abusos contra el consumidor, participando en ello representantes de las entidades públicas y privadas interesadas. La Ley n° 7.347, sancionada en la misma fecha, reguló la acción pública de responsabilidad por daños causados al medio ambiente, al consumidor, a los bienes y derechos de valor artístico, estético, turístico y paisajístico otorgando legitimación para su ejercicio, no sólo al Ministerio Público Federal y Estadual, sino también a las entidades que conforman la Administración Pública indirecta y a las asociaciones privadas vinculadas a la defensa de los intereses comunes.

Costa Rica: por Decreto del 21 de agosto de 1985 se crearon tres Defensores (de los Derechos Humanos de los Refugiados; de los Derechos Humanos de los Internos del Sistema Penitenciario y de los Usuarios del Registro Nacional). Estos se suman a los Procuradores de Derechos Humanos y del consumidor, existentes con anterioridad. Por Ley n° 6.815, del 28 de septiembre de 1982, se sancionó la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República como órgano superior consultivo técnico-jurídico de la Administración Pública; entre sus atribuciones se cuenta la de poner en conocimiento de los jefes respectivos de la Administración Pública — formulando las recomendaciones que estime convenientes — cualquier incorrección de los servidores públicos que encontrare en los procedimientos jurídico-administrativos (artículo 3º, inciso ch).

Ecuador: en este país, el Tribunal de Garantías Constitucionales no es, en verdad, un Tribunal en el sentido técnico-jurídico del término, ya que no decide; es un verdadero ombudsman colectivo puesto que sus funciones, de acuerdo al artículo 141 de su Constitución vigente desde el 1º de junio de 1978, son: 1) velar por la ejecución de la Constitución, para lo cual excitará a las autoridades y demás funcionarios de la Administración Pública; 2) formular observaciones acerca de decretos, acuerdos, reglamentos o resoluciones dictados en violación a la Constitución o a las leyes, luego de oír a la autoridad u organismos que lo hubieren pronunciado. Si las observaciones no fueren aceptadas, el Tribunal las publicará por la prensa y las pondrá a disposición de la Cámara Nacional de Representantes o del plenario de las Comisiones Legislativas, en receso de aquélla, a fin de que resuelvan lo pertinente; 3) conocer de las quejas que formule cualquier persona natural o jurídica, por quebrantamiento de la Constitución; preparar la acusación contra los responsables y, salvo lo dispuesto en la ley penal, presentar a la Cámara Nacional de Representantes o, en receso de ésta, al plenario de las Comisiones Legislativas, para que, según el caso, los enjuicien u ordenen enjuiciarlos; 4) ejercer las demás atribuciones que le señalen la Constitución y la ley.

Guatemala: el artículo 274 de la nueva Constitución de este país prescribe que el Procurador de los Derechos Humanos es un Comisionado del Congreso de la República para la defensa de los derechos humanos que la Constitución garantiza. Entre sus atribuciones se encuentran: a) promover el buen funcionamiento y la agilización de la gestión administrativa gubernamental, en materia de derechos humanos; b) investigar y denunciar comportamientos administrativos lesivos a los intereses de las personas; c) investigar toda clase de denuncias que le sean planteadas por cualquier persona, sobre violaciones a los derechos humanos; d) recomendar privada o públicamente a los funcionarios la modificación de un comportamiento administrativo objetado; e) emitir censura pública por actos o comportamientos en contra de los derechos constitucionales.

Honduras: la Constitución de 1982 ha instituido la Dirección de Probidad Administrativa como organismo de control auxiliar del Poder Legislativo, sobre todo para detectar los casos de enriquecimiento ilícito de los agentes públicos.

México: en este país se ha institucionalizado desde el 29 de mayo de 1985 una de las variantes del ombudsman tradicional, acotado específicamente al ámbito universitario. En efecto, por resolución del Consejo Universitario de la Universidad Autónoma se aprobó el Estatuto de la Defensoría de los Derechos Universitarios, de acuerdo al proyecto enunciado por el propio rector de la UNOM, Dr. Jorge Carpizo.

Los fundamentos de la medida propiciada señalan que “este órgano viene a colmar un espacio que otros medios o mecanismos para asegurar el cumplimiento de los derechos de los universitarios no pueden cubrir adecuadamente, debido a sus específicas esferas de competencia. . .” (23).

El régimen vigente prescribe que la Defensoría es un órgano independiente que tiene por finalidad la recepción de las reclamaciones individuales de los estudiantes y de los miembros del personal académico de la UNAM por la afectación de los derechos otorgados por la legislación universitaria; a tal efecto, se encuentra facultado para promover, de oficio o a petición de parte, las investigaciones pertinentes proponiendo, en su caso, soluciones ante las autoridades de la propia Universidad. La competencia de la Defensoría comprende el conocimiento de las reclamaciones, quejas, inconformidades y denuncias que formulen los estudiantes, profesores, investigadores y técnicos académicos frente a la infracción de sus derechos de carácter individual por actos, resoluciones u omisiones contrarios a la ley universitaria cuando sean irrazonables, injustos, inadecuados o erróneos o cuando se hayan dejado sin respuesta las solicitudes dentro de un plazo razonable.

Panamá: en este país existe el ombudsman de la Comisión del Canal de Panamá, originado en las relaciones internacionales de dos países, Estados Unidos de Norteamérica y Panamá, a raíz del Tratado del Canal suscripto en el año 1977. La norma por la cual se creó la Oficina del Ombudsman de la Comisión del Canal de Panamá es la Ley número 96-70. Ella prevé que se creará una oficina del ombudsman dirigida por un funcionario elegido por la Junta Directiva de la Comisión del Canal por recomendación del Administrador de la Comisión. El ámbito de su actuación queda limitado al territorio antes denominado Zona del Canal, alcanzando a las oficinas y departamentos que se encuentran bajo el control de la Comisión y del Gobierno Federal. Tiene facultades para solicitar cualquier información que considere necesaria para aclarar un determinado caso. Su actuación puede promoverse por quejas recibidas por teléfono, carta o personalmente sin ninguna formalidad; tanto es así que la ley no obliga al reclamante a identificarse.

Una sensible diferencia entre este modelo y la figura tradicional consiste en que nunca recurre a la publicidad de sus actuaciones; usualmente acude a la discreción como el instrumento más adecuado para alcanzar su objetivo, en especial debido a que, siendo su radio de acción considerablemente restringido y la comunidad sobre la que actúa relativamente pequeña en número, la publicidad adversa le ocasionaría mayor daño que el bien pretendido.

(23) Gaceta de la UNAM, 3 de junio de 1985, página 2 y sigtes.

Para el tamaño de la población y la situación generada por la asunción de instituciones panameñas de la gestión de diversos públicos existentes en el área de la Zona del Canal, puede considerarse que el ensayo de un ombudsman para ayudar a los residentes a una ordenada etapa de transición ha sido todo un éxito, aún contra el parecer de ciertos funcionarios panameños que se mostraron reticentes al proyecto ⁽²⁴⁾.

Perú: la Constitución de 1979 prevé un Ministerio Público autónomo con funciones de "defensor del pueblo", cuando en su artículo 250, inciso 4, establece de manera expresa: "actuar como defensor del pueblo ante la Administración pública". Igualmente le atribuye las funciones de promover de oficio o a petición de parte la acción en defensa de la legalidad, de los derechos ciudadanos y de los intereses públicos tutelados por la ley; velar por la independencia del Poder Judicial y por la recta administración de justicia, además de representar en juicio a la sociedad.

Venezuela: formando parte del Título de la Hacienda Pública, la Constitución venezolana establece a la Contraloría General de la República como el órgano encargado del control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes nacionales, así como las operaciones relativas a los mismos. Por su parte, el Ministerio Público cuenta entre sus funciones las de velar por el respeto de los derechos y garantías constitucionales y por la celeridad y buena marcha de la administración de justicia; asimismo, velar por el correcto cumplimiento de las leyes y la garantía de los derechos humanos ⁽²⁵⁾.

9. **Conclusión:** los antecedentes señalados ponen en evidencia que Latinoamérica se está aproximando al ombudsman, sin haber llegado todavía a realizaciones concretas de mayor significación. Por ello el compromiso es aún mayor. Debe recordarse que el ombudsman responde a una auténtica necesidad histórica de la cual no está ausente América Latina. Esta parte de América lucha permanentemente por superar estados de postración fruto de injusticias acumuladas por decenios. No debe verse, empero, en el ombudsman un artificio mágico que revertirá inmediatamente esas situaciones. Pero sí, puede confiarse que él constituirá un medio de tutela eficaz de los derechos humanos nacientes, que no son los clásicos de las libertades públicas, de los derechos cívicos y políticos sino un capítulo fundamental de los derechos de igualdad y solidaridad, especialmente en los países en vías de desarrollo. En suma, debe verse en el ombudsman o comisionado parlamentario un medio para alentar la lucha por la paz con justicia, la única paz verdadera y duradera.

(24) BALLARD VARGAS, Richard, tesis inédita, páginas 142 y sigtes. Panamá, 1984.

(25) Ponencia venezolana al Primer Coloquio sobre el Proyecto Ombudsman, Revisión de las instituciones y leyes existentes. SOGA, Cecilia, páginas 17 y sigtes. Caracas, 1983.

O Ouvidor-Geral e o Ombudsman: duas instituições distintas

CARLOS ALBERTO PROVENCIANO GALLO
Professor de Direito Constitucional

Tenho visto ultimamente ser confundida a figura do Ombudsman com o nosso Ouvidor-Geral do Brasil-Colônia. Iludem-se, porém, os que associam o Ouvidor-Geral ao Ombudsman.

Convém, primeiramente, distinguir Ouvidor de Ouvidor-Geral. A princípio, adotado o sistema das chamadas Capitâneas Hereditárias, por Portugal, o capitão-donatário tinha a atribuição de exercitar tanto a jurisdição civil quanto a criminal. Eram, então, nomeados os seus ouvidores auxiliares diretos, sendo instituída a competência e a alçada, o que perdurou até 1548, quando foi estabelecido o regime do Governo-Geral.

Com a criação do Governo-Geral, a justiça colonial acabou sendo unificada com base, sobretudo, na Ouvidoria-Geral. Assim, os altos interesses da Justiça, quer dizer, as aplicações das regras de direito aos casos concretos, ficavam a cargo do Ouvidor-Geral. Foram mantidos os Ouvidores, tendo eles jurisdição em grau superior. O Ouvidor-Geral era incumbido de julgar e punir, na maioria dos casos, sem que pudesse ser interposto o recurso de apelação ou de agravo e, somente em alguns casos, havia a audiência do Governador (Apud MARTINS JUNIOR, *História do Direito Nacional*).

O Ouvidor-Geral devia residir na mesma capitania em que se fixasse o Governador-Geral, procedendo como Corregedor-Geral da Justiça, podendo fazer devassas, tendo competência na totalidade das capitanias.

Talvez porque pudesse fazer devassas é que alguns acabam por compará-lo ao Ombudsman.

E o Ombudsman, esse desconhecido, quais são então suas atribuições? O Ombudsman é um cargo que foi criado na Suécia em 1809 pela Constituição que foi até bem pouco tempo a mais antiga da Europa, fortemente influenciada pelas idéias de Montesquieu, para coibir abusos praticados contra cidadãos por funcionários da Administração Pública, por funcionários da Administração da Justiça e por militares que tenham cometido qualquer ilegalidade mediante favor, parcialidade ou qualquer motivo, ou não tenham preenchido de maneira satisfatória os deveres e atribuições inerentes a seus cargos. Hoje, os Justitieombudsman, altos funcionários do Parlamento, são em número de quatro e devem velar, sobretudo, pelo respeito às leis e aos regulamentos do Reino da Suécia (a nova Constituição foi promulgada em 1974). Ressalte-se que mesmo cidadãos não residentes na Suécia podem recorrer ao Ombudsman. Os soldados e militares que estiverem subordinados a oficiais poderão apresentar denúncias ao Ombudsman, que poderá agir até mesmo de ofício.

O primeiro Ombudsman da Suécia e no mundo foi o Barão Lars Augustin Mannerheim, eleito pelo Parlamento em 1º de março de 1810.

Existem ainda outros Ombudsman não eleitos pelo Parlamento: o Ombudsman antitruste, o Ombudsman para os consumidores, o Ombudsman para a Imprensa e o Ombudsman para a Igualdade de Oportunidades, criado quando da entrada em vigor da Lei da Igualdade entre Mulheres e Homens no Trabalho, de 1º de julho de 1980.

Desse modo, aqueles que aparentemente confundem o Ombudsman, eleito por um Parlamento que, de 1809, até o advento

da reforma constitucional ocorrida nos anos de 1968 e 1969 era bicameral, após as eleições de 27 de setembro de 1970, passando a ser unicameral, com o nosso Ouvidor-Geral, que pertencia à Administração da Justiça do Brasil-Colônia, não têm tido tempo de acompanhar certamente os meus trabalhos de longa data sobre tão palpitante tema (o primeiro deles está arquivado no "Svenska Institutet" de Stockholm, em língua portuguesa).

Mais próximo do espírito do Ombudsman estaria o Juiz do Povo, proposto pelo Deputado José de Souza Mello, representante da Província de Alagoas, em 1823, antes, portanto, da Constituição Imperial, previsto no art. 5º de seu projeto:

"Para desafogo, e liberdade dos povos, haverá em cada província um "Juízo do Povo" a quem este recorra nos casos de opressão para apresentar na Corte as suas queixas, o que o mesmo juiz do povo deverá fazer *ex officio*."

A expressão Ombudsman deve ser traduzida por Comissário Especial do Congresso Nacional.

Convém ressaltar que a palavra Ombudsman é muito comum na Suécia, significando representante ou procurador. Há muitas pessoas nesse país que são chamadas Ombudsman; "trade unions", isto é, sindicatos, bancos e companhias de seguro têm, por exemplo, Ombudsman.

Em face do que expusemos, temos de convir que o Ouvidor-Geral está ligado intimamente à instituição do Corregedor da Justiça.

A procura de raízes do Ombudsman no direito pátrio certamente perder-se-á na noite dos tempos, já que essa instituição, que teve sua origem na Suécia, como vimos, é ímpar, não se podendo dizer que é idêntica a outras instituições. O que se pode afirmar é que o velar pela observância de leis, decretos e regulamentos era a finalidade do Ouvidor-Geral, que pertencia à Administração da Justiça no Brasil-Colônia, ao passo que o Ombudsman, embora

haja essa mesma finalidade, está ligado ao Poder Legislativo, por este eleito, necessário, não só ao "due process of law", como também às modernas democracias. Ele é indispensável à fixação do princípio de que todo poder emana do povo, devendo ser exercido por este.

O Ombudsman do Legislativo é, no direito constitucional comparado, um dos guardiães supremos das leis, isso ocorrendo tanto em regimes democráticos que adotaram quer a forma republicana de governo, como a Finlândia, quer a monarquia parlamentar constitucional, como é o caso da Suécia e da Noruega e Dinamarca, países que o acolheram posteriormente.

O número de países que o instituíram aumenta a cada dia. A Argentina já tem o seu projeto de lei que trata do "Defensor del Pueblo", em tramitação no Senado, devendo ser proximamente examinado pela Câmara Federal.

É preciso ter em conta que o Ombudsman não deve pertencer ao Ministério Público, já que tem poderes para fiscalizar as atividades do Ministério Público e não é considerado Ministério Público pela doutrina do direito constitucional comparado. Procura-se, na Suécia, escolher os Ombudsman sem que haja quaisquer envolvimento deles com outras instituições. Ele deve ser independente, agir com independência e imparcialidade. Desse modo, devem ser evitados vínculos que certamente o afastariam da isenção de ânimo com que deve agir sempre para a solução de casos concretos que lhe são submetidos ou agindo de ofício. Os ideais de justiça devem prevalecer, bem como o velar pela coisa pública e pelos direitos dos cidadãos. O Poder Legislativo é o poder que deve estar mais próximo do povo. Eis a razão pela qual deve ser o Ombudsman um "Lord Protector" dos direitos e garantias individuais, sendo escolhido por esse Poder para velar pela observância e execução das leis. Poder-se-ia remotamente comparar o Ombudsman a um Tribuno da Plebe. Essa comparação estaria um pouco conforme com a natureza e a finalidade da instituição, mas são também tênues as comparações. O que se deve afirmar é que se trata de uma instituição oriunda da terra de opção de Bernadotte, essencialmente, positivamente, sueca.

Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos

RODOLFO CARLOS BARRA

Profesor de Derecho Administrativo en la
carrera de Abogacía y Profesor de Ciencia
y Política de la Administración en la ca-
rrera de Ciencias Políticas — Facultad de
Derecho y Ciencias Políticas — Universi-
dad Católica Argentina

Introducción

La compleja, heterogénea y extraordinariamente difundida actividad estatal, propia de las circunstancias económicas, sociales y políticas de nuestra época, han llevado al instituto de la "responsabilidad del Estado" a un punto de máxima importancia, en donde las viejas soluciones privatistas no son capaces ya de dar una respuesta integral y satisfactoria a esta problemática.

Lo cierto es que la citada moderna gestión estatal lleva a este órgano máximo de la comunidad a desarrollar tantas actividades que el riesgo de producir daños en la persona o patrimonio de sus administrados es una situación ya casi de tipo permanente.

Este estado de cosas no puede resolverse ni con la pretensión de una reducción de la actividad estatal — lo que, de todas maneras, es un problema metajurídico — ni tampoco con los tradicionales instrumentos jurídicos con que el derecho privado resolvió y resuelve la relación entre responsabilidad-indemnización frente a actos o hechos contrarios a derecho y productores de un daño en un tercero.

De aquí que las modernas doctrinas ius-administrativas hayan, en estas últimas décadas, avanzado muchísimo en la elaboración de una teoría propia y sustantiva del derecho administrativo, relativa a la solución de los conflictos generados en los daños provocados por el quehacer estatal.

Por supuesto que las soluciones dadas — desde el punto de vista de la ciencia jurídica administrativa — no tienen una difusión uniforme ni aceptación pacífica por parte de la generalidad de la doctrina, a la vez que reconocen respuestas jurisprudenciales y estructuras legislativas sumamente variadas según los distintos países de que se trate.

No es intención de este trabajo la recopilación de las distintas corrientes doctrinarias relativas al tema de la responsabilidad estatal, ni tampoco ofrecer y fundamentar una solución propia. Lo que se busca en este artículo es analizar un supuesto especial que genera la obligación del Estado de responder por los daños causados en los administrados, en los supuestos de revocación por razones de interés público (la llamada revocación unilateral por razones de oportunidad, mérito o conveniencia) de sus actos o contratos.

De todas maneras es cierto que para un mejor desarrollo del tema que aquí nos ocupa, resulta necesario realizar una breve incursión en lo que hace al fundamento de la responsabilidad estatal y a los distintos tipos de causas generadoras de la responsabilidad que pueden existir.

I. Fundamento y Clasificación de la Responsabilidad Estatal

Desde nuestra perspectiva la responsabilidad estatal — señalándola como la obligación de indemnizar por los daños producidos en la realización de sus cometidos, cualquiera sea la forma jurídica en que se haya instrumentado dicha actividad — tiene un fundamento genérico común, pero que puede reconocer peculiaridades según los casos concretos.

Tal fundamento de la obligación del Estado de indemnizar los daños causados por su quehacer, reside en las exigencias de la justicia distributiva que da la base a la relación jurídica administrativa (1).

Muy rápidamente puede aquí señalarse que la justicia distributiva es aquella especie de la virtud de la justicia que obliga a una persona pública a reconocer en una persona privada su derecho a recibir la parte del bien común que, como carga o beneficio, le corresponde en razón de ser miembro de la comunidad regida por dicha persona pública.

La justicia distributiva se caracteriza por: a) el sujeto distribuidor tiene que recibir el carácter de persona pública; b) el derecho objeto del acto justo consiste en la parte del bien común que, como carga o beneficio, a cada uno le corresponde, y c) la igualdad del acto justo está dada, no por un estricto ajuste aritmético entre prestación y contraprestación, sino por una relación proporcional o comparativa entre lo debido a la parte privada, sujeto de esa especial relación de justicia y la situación, real o hipotética, en la que pueden estar otros miembros de la comunidad en casos, naturalmente, comparables.

Quizás el aspecto más importante en el estudio de esta especie de la virtud de la justicia y de las relaciones jurídicas que en ella se

(1) Sobre la relación justicia distributiva-derecho público-derecho administrativo, ver BARRA, Rodolfo Carlos, *Principios de Derecho Administrativo*, Abaco, Buenos Aires, 1980, en especial Capítulo IV

fundan, reside en esta manera de medir "el ajuste". Para decirlo de una forma muy simple, la justicia distributiva supone el hecho de que, al ser el bien objeto de la relación una parte del bien común, lo que se le dé de más o de menos a un determinado sujeto, se le está dando de menos o de más al resto de la comunidad que se encuentra en una situación de equiparación o situación comparativa con ese sujeto.

La relación jurídica administrativa es una expresión de la virtud de la justicia distributiva y las normas positivas que hacen al derecho administrativo, no son otra cosa que cuerpos jurídicos garantizadores de que, en la concreta relación jurídica, las exigencias de la justicia distributiva sean estrictamente respetadas.

La justicia distributiva inspira entonces a todo el derecho administrativo, a cada una de las normas, principios e instituciones que hacen a esta rama del derecho. Por consiguiente, también la justicia distributiva es el fundamento común del instituto de la responsabilidad del Estado.

Desde la óptica de la justicia distributiva la responsabilidad del Estado no requiere basarse tanto en el reproche subjetivo de su actuación (dolo, culpa o negligencia) sino en la lesión patrimonial sufrida por un determinado administrado, en la medida que ese daño patrimonial o personal lo descompense, le quite la situación de igualdad comparativa que debe tener respecto del resto de la comunidad (2).

Es entonces desde la situación de la víctima y no desde la intencionalidad de la acción del victimario, desde donde se debe analizar la cuestión atinente a la responsabilidad del Estado, instituto en el cual quizás con mayor claridad se vea esta presencia de las exigencias de la justicia distributiva.

Lo expuesto antes no quiere decir que todo supuesto de responsabilidad objetiva (que de esto se trata) supone una aplicación de las exigencias de la justicia distributiva. En el derecho privado, al que suponemos fundado en relaciones jurídicas que expresan a la justicia conmutativa, las doctrinas tradicionales (entendiendo por tales las

(2) *Ibidem*, páginas 120 a 123. Así lo ha señalado la jurisprudencia, Cámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial Federal, Sala III, octubre 18-1984, en autos Andreotti, Guerrino c/Luchetta, Leonardo: "El instituto público del resarcimiento estatal que destaca la presencia del daño desigual, que es injusto cuando destruye el principio de los sacrificios igualitarios frente al bien común, no considera si fue provocado por un acto administrativo legítimo o ilegítimo, por el hecho de la cosa o con la cosa. Lo esencial es la presencia del daño desigual, la relación directa de éste con la actividad o cosas provenientes de la Administración Pública y el injusto tratamiento al derecho o ámbito individual en forma mensurable y al respecto, no cabe considerar el mal proceder del agente, pues esto corresponde a la responsabilidad de este frente al administrador público", *El Derecho* del 28 de abril de 1986.

anteriores a la evolución intelectual individualista, es decir la gran transformación cultural que comienza con el antropocentrismo renacentista, la reforma protestante y la Revolución francesa, expresándose de una manera palmaria en el Código Napoleónico) también reconocían el fundamento de la obligación de responder, en el daño sufrido por la víctima mucho más que en el dolo o culpa del agente. En el derecho privado también entonces la responsabilidad tenía un carácter objetivo, si bien ello se fue "subjetivizando" a partir de los fenómenos culturales antes señalados, hasta llegar a la expresión que hoy reconoce su fórmula en el art. 1.109 de nuestro Código Civil: "Todo el que ejecuta un hecho que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio..." (3).

Pero, volviendo atrás, aún cuando en el derecho privado fuese posible una integral aplicación de la doctrina de la responsabilidad objetiva fundada en las exigencias de la justicia conmutativa (se habla de una integral aplicación, no la parcial regulación que se encuentra en el art. 1.113 del Código Civil) no cabe duda que será distinta la forma de medir el daño sufrido por la víctima cuando esta medición tenga que ser hecha según los criterios "aritméticos" de la justicia conmutativa (donde sólo interesará el daño patrimonial sufrido, con exclusión de otras consideraciones, por lo menos en principio) que cuando esa medida deba ser hecha según las pautas de la justicia distributiva, es decir según una regla comparativa y con referencia a la situación general de la vida comunitaria.

La responsabilidad del Estado es entonces una responsabilidad directa y objetiva, que, por encontrar sus propios fundamentos en las exigencias de la virtud de la justicia distributiva, es decir en el régimen de derecho público, tiene un, precisamente, régimen jurídico sustantivo, propio, específico y distinto al del derecho civil.

Pero si esta es la causa fundante de todo el sistema de la responsabilidad estatal, ella no es excluyente por cuanto permite que en determinadas situaciones, sin renunciar a la aplicación de la justicia distributiva, el problema planteado pueda tener solución de acuerdo con las normas del derecho civil.

Así habrá casos en que la obligación de responder encuentre fundamento en normas como los citados artículos 1.109 y 1.113 del Código Civil (4), en donde jugará entonces la doctrina de la respon-

(3) Sobre el particular ver el completo estudio que sobre el tema hiciera SOTO KLOSS, Eduardo, *La Responsabilidad Pública: Enfoque Político* (un retorno a la idea clásica de restitución) en la publicación conjunta *Responsabilidad del Estado*, UNSTA, Tucumán 1982.

(4) Artículo 1.109 (Código Civil): "Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil."

(Continúa en página siguiente)

sabilidad subjetiva, o bien la responsabilidad indirecta por el hecho del dependiente o por el vicio propio de la cosa, sin perjuicio de que, al momento de medir la indemnización las reglas de la justicia distributiva mantengan su vigencia.

Desde esta perspectiva la clasificación que puede hacerse de la responsabilidad estatal, según el origen de la obligación de responder, es la siguiente:

1. **Subjetiva:** fundada en la imputación de dolo, culpa o negligencia en el quehacer estatal. Lógicamente este reproche subjetivo sólo puede hacerse respecto de la persona física que haya actuado en el caso concreto. Sin embargo, de acuerdo con nuestro Código Civil, por sus artículos 43 ⁽⁵⁾ y 1.113, la persona jurídica es responsable por los hechos de sus administradores o directores, como así también por los hechos de sus dependientes. Estas normas civilistas no están en contradicción (si bien tampoco coinciden exactamente) con la llamada teoría del órgano, del derecho administrativo. En el derecho administrativo la actuación del órgano se imputa directamente (no indirectamente) a la persona jurídica Administración Pública, de una manera que parece estar prevista o por lo menos no contradicha en el citado artículo 43 del Código Civil.

De todas formas es discutible calificar como órgano estatal a todo empleado público. En una primera aproximación podemos afirmar que sólo tiene carácter de órgano aquel que haya recibido atribución de competencia para emitir actos con efectos jurídicos sobre los administrados (se tiene que tratar de actos y no de meros hechos) o bien competencia para emitir actos con efectos modificatorios de la estructura organizativa interna de un determinado servicio administrativo. Quien no tiene esta atribución de competencia, no es órgano sino mero dependiente.

Nadie puede dudar que la Administración Pública (persona jurídica Estado) es responsable por los hechos ilícitos que pudo haber cometido un ordenanza o una dactilógrafa, siempre dentro de la órbita del cumplimiento de sus obligaciones laborales, pero nadie podría calificar al ordenanza o a la dactilógrafa como órganos del aparato estatal.

(Continuación de la nota 4)

Artículo 1.113 (Código Civil): "La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado."

(5) Artículo 43 (Código Civil): "Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el título: "De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos."

La responsabilidad subjetiva nace entonces en la actuación de un órgano (persona física) o un dependiente de la Administración Pública y puede estar generada por las siguientes situaciones:

a) **Por hecho ilícito**, conforme con lo regulado por el art. 1.113 del Código Civil y sometido al plazo de prescripción establecido por el art. 4.037 (6) del mismo cuerpo legal. Corresponde señalar que el ejercicio de la acción por responsabilidad no está sujeto al plazo de caducidad establecido por el art. 25 de la Ley 19.549 (puesto que no se trata de la impugnación de ningún acto administrativo) y puede ser demandado directamente en la vía judicial conforme con lo establecido en el art. 32 inciso d) de la misma Ley de procedimientos Administrativos (7).

b) **Por acto ilícito**, según lo regulado en los artículos 1.056, 1.057, 1.066, 1.067 y 1.077 del Código Civil (8). Se trata aquí de la respon-

(6) Artículo 4.037 (Código Civil): "Prescribese por dos años, la acción por responsabilidad civil extracontractual."

(7) Artículo 25 (Ley de Procedimientos Administrativos): "Plazos dentro de los cuales debe deducirse la impugnación (por vía de acción o recurso). La acción contra el Estado o sus entes autárquicos deberá deducirse dentro del plazo perentorio de 90 días hábiles judiciales, computados de la siguiente manera: a) si se tratare de actos de alcance particular, desde su notificación al interesado; b) si se tratare de actos de contenido general contra los que se hubiere formulado reclamo resuelto negativamente por resolución expresa, desde que se notifique al interesado la denegatoria; c) si se tratare de actos de alcance general impugnables a través de actos individuales de aplicación, desde que se notifique al interesado el acto expreso que agote la instancia administrativa; d) si se tratare de vías de hecho o de hechos administrativos, desde que ellos fueren conocidos por el afectado. Cuando en virtud de norma expresa la impugnación del acto administrativo deba hacerse por vía de recurso el plazo para deducirlo será de 30 días desde la notificación de la resolución definitiva que agote las instancias administrativas." Artículo 32: "El reclamo administrativo previo a que se refieren los artículos anteriores no será necesario si mediare una norma expresa que así lo establezca y cuando: ... d) se reclamaren daños y perjuicios contra el Estado o se intentare una acción de desalojo contra él o una acción que no tramite por vía ordinaria."

(8) Código Civil: Artículo 1.056: "Los actos anulados, aunque no produzcan los efectos de actos jurídicos, producen, sin embargo, los efectos de los actos ilícitos, o de los hechos en general, cuyas consecuencias deben ser reparadas." Artículo 1.057: "En los casos en que no fuese posible demandar contra terceros los efectos de la nulidad de los actos, o de tenerlos demandados, corresponde siempre el derecho a demandar las indemnizaciones de todas las pérdidas e intereses." Artículo 1.066: "Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese impuesto." Artículo 1.067: "No habrá acto ilícito punible para los efectos de este código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia." Artículo 1.077: "Todo delito hace nacer la obligación de reparar el perjuicio que por él resultare a otra persona."

sabilidad del Estado por haber emitido un acto o regulamento (no cabe, a estos efectos, haber ninguna distinción en cuanto al contenido particular o general del acto, sin perjuicio de admitir que el reglamento es una categoría diferente a la del acto administrativo) afectado por un vicio que lo califique como de "nulo, de nulidad absoluta e insanable" según lo establecido por el artículo 14 de la Ley de Procedimientos Administrativos (9). Sobre el particular hay que señalar que frente a la ilicitud del acto la culpa o negligencia de la Administración se presumen, con una presunción que es *iuris et de iure* pues no cabe, dentro del régimen de la "administración de legalidad", suponer que la Administración pueda emitir actos afectados por un vicio insusceptible de saneamiento, sin que corresponda hacerle aquel reproche subjetivo. El supuesto de dolo, en cambio, deberá ser probado por la víctima, quien deberá demostrar la intención de dañar requerida por el art. 1.072 del Código Civil (10) y, en ciertos casos, que la ilicitud fue cometida "a sabiendas".

El régimen de la responsabilidad por acto ilícito es, hasta este punto, similar al regulado por el derecho civil. Sin embargo hay que recordar que de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 de la Ley de Procedimientos Administrativos (11), el acto administrativo goza de presunción de legitimidad, por lo tanto, corresponde interpretar que para requerir la indemnización derivada del acto ilícito (indemnización, entonces, que sólo será procedente en la medida

(9) Artículo 14 (Ley de Procedimientos Administrativos): "Nulidad. El acto administrativo es nulo, de nulidad absoluta e insanable, en los siguientes casos: a) cuando la voluntad de la Administración resultare excluida por error esencial; dolo en cuanto se tengan como existentes hechos o antecedentes inexistentes o falsos; violencia física o moral ejercida sobre el agente; o por simulación absoluta; b) cuando fuere emitido mediando incompetencia en razón de la materia del territorio, del tiempo o del grado, salvo, en este último supuesto, que la delegación o sustitución estuvieren permitidas; falta de causa por no existir o ser falsos los hechos o el derecho invocados; o por violación de la ley aplicable, de las formas esenciales o de la finalidad que inspiró su dictado."

(10) Artículo 1.072 (Código Civil): "El acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro, se llama en este código "delito."

(11) Artículo 12 (Ley de Procedimientos Administrativos): "Presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria. El acto administrativo goza de presunción de legitimidad; su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios — a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial — e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos salvo que una norma expresa establezca lo contrario. Sin embargo la Administración podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta."

que el acto tenga esa calificación) será necesario primero hacer caer aquella presunción de legitimidad ⁽¹²⁾.

Lo expuesto nos coloca frente al problema de la relación entre la impugnación de la validez del acto administrativo y la reclamación por los daños y perjuicios generados en ese acto.

Este es un problema no suficientemente resuelto en nuestro derecho y que puede conducir a situaciones de grave injusticia para los derechos del administrado.

Sin embargo entendemos que la cuestión puede resolverse en la medida que se distinga: a) la declaración de invalidez del acto puede tener efectos inmediatos sobre la medida o intensidad del daño, o bien es susceptible de colocar al administrado en la misma situación real que tendría si el acto no hubiese sido dictado o, emitido, no hubiese estado viciado; b) la extinción del acto, a través de la declaración de su invalidez no tiene en sí mismo efectos sobre aquella intensidad del daño, o no puede volver las cosas al mismo estado real anterior.

En el primer caso será necesaria la impugnación administrativa del acto a través de los recursos establecidos en el reglamento de procedimientos administrativos, recursos que deben ser interpuestos en plazos breves, el máximo de los cuales no supera los quince días hábiles. Decidido el recurso y suponiendo que la decisión final rechace la impugnación, el administrado deberá demandar judicialmente la declaración de invalidez del acto, estando sometido al plazo de caducidad de 90 días hábiles judiciales que establece el artículo 25 de la Ley de Procedimientos Administrativos.

En este caso la solución es lógica pues la ley busca la caída rápida del acto irregular en orden a impedir que el mantenimiento del acto agrave sus efectos dañosos, de ahí entonces los plazos breves a que se encuentra sometida la vía impugnatoria en poder del administrado. No respetados esos plazos el acto queda firme, excluyendo toda posibilidad de indemnización, pues ya no puede discutirse la licitud del acto, salvo que el administrado pueda también alegar la procedencia de la indemnización por acto lícito según las razones que se verán más adelante.

Siendo necesario, entonces, recorrer esta vía rápida de impugnación del acto administrativo, cabe interpretar que la acción resarci-

(12) Así surge de la doctrina establecida en el fallo plenario "Petracca e Hijos S. A. C. I. F. I. c/Estado Nacional" del 24 de abril de 1986, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal: "No es admisible la acción de cobro de pesos o indemnización de daños sin impugnar, dentro del plazo del art. 25 de la Ley 19.549, la legitimidad del acto administrativo que ha desestimado la misma pretensión o cuyo contenido excluye el pago de lo reclamado."

toria debe ser intentada a **posteriori** de la caída de la presunción de legitimidad del acto, lo que no obsta a que el administrado puede ejercer contemporáneamente ambas acciones. Por consiguiente el plazo de prescripción comenzará a correr desde la declaración de la nulidad del acto, que es el momento en que el administrado ha tenido certeza, o más exactamente es el momento que para el orden jurídico, existe certeza acerca de la invalidez de ese acto.

El otro supuesto, es decir cuando la extinción del acto no tiene, ni puede tener efectos sobre la intensidad del daño, comparte con el anterior la misma exigencia acerca de la necesidad de demandar la nulidad, pues siempre estaremos frente a un acto que goza de la presunción de legitimidad. Pero en este caso no será necesario impugnar el acto por la vía de los recursos administrativos del Decreto 1.759/72. Por el contrario la nulidad podrá ser demandada directamente y dentro del plazo ordinario de prescripción acumulándose o no la acción resarcitoria que, como en el caso anterior, tendrá un plazo de prescripción distinto pero dependiente del de la acción de nulidad, pues el mismo, si la acción no se ejerce acumulada con la de nulidad, deberá contarse recién a partir de la declaración de nulidad (13).

En cualquier supuesto, el plazo de prescripción de la acción resarcitoria es, en general, el fijado por el artículo 4.023 (14) del Código Civil, ya que, cuando se trata de la responsabilidad derivada del acto ilícito de la Administración Pública no se está ante el supuesto de una acción por responsabilidad "extracontractual", sino se trata de una responsabilidad que se origina en la existencia de una determinada relación jurídica que es la que nace del mismo acto adminis-

(13) En contra, Corte Suprema de Justicia de la Nación, entre otros, Fallos 299-149, que al sostener y aplicar en el ámbito del Derecho Administrativo la doctrina civilista que afirma la independencia de los regímenes de nulidad y del resarcimiento de daños y perjuicios, por responder a distintas finalidades, lo que se proyecta sobre el término y cómputo de la prescripción de ambas acciones (conf., LLAMBIAS, Jorge, *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, T. II, págs. 433 y ss.) olvida su propia doctrina en el precedente "Los Lagos", Fallos 190-142 según el cual la aplicación del derecho civil sobre relaciones jurídicas regidas por el Derecho Administrativo, debe hacerse respetando la naturaleza propia de esta disciplina sin violentar las exigencias que emergen de su propio régimen jurídico. La doctrina de la Corte aquí criticada, al aplicar la tesis civilista de la independencia de las acciones de nulidad y daños y perjuicios a efectos de la prescripción, olvida al Instituto de la presunción de legitimidad del acto administrativo, lo que es extraño (exorbitante) al derecho civil. En el mismo sentido, CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, T. I, págs. 308 y 309. Abelledo Perrot, Buenos Aires, 1963.

(14) Artículo 4.023 (Código Civil): "Toda acción personal por deuda exigible se prescribe por diez años, salvo disposición especial. Igual plazo regirá para interponer la acción de nulidad, tratándose de actos nulos o anulables, si no estuviere previsto un plazo menor."

trativo el que, cabe reiterar, goza de la presunción de legitimidad hasta la declaración de su invalidez.

Por lo demás, es necesario recordar que el artículo 4.037 del Código Civil está haciendo referencia a la responsabilidad civil extracontractual, mientras que la responsabilidad derivada por acto ilícito de la Administración no es civil sino que está fundada en la calificación de ilicitud del acto de acuerdo con las normas del derecho administrativo, a las que sólo analógicamente se le van a aplicar los principios y el régimen de las nulidades regulados por el Código Civil (15).

c) Responsabilidad por incumplimiento contractual. También en este caso estamos en presencia de un supuesto de responsabilidad regulado analógicamente por las mismas normas que las aplicables en una relación jurídica privada.

Así, en el caso que la Administración Pública no cumpla con una obligación de tipo contractual (comprendiendo en el caso a todos los supuestos de obligaciones nacidas de actos administrativos bilaterales) resultará aplicable la norma del art. 1.204 del Código Civil (16).

(15) Conf. CASSAGNE, ob. cit., pág. 315. También Superior Tribunal de Cnubut, octubre 28-1983, en autos Somarva, René c/Colegio Profesional de Ingeniería, Arquitectura y Agrimensura, El Derecho del 10 de marzo de 1986: "No siempre es fácil establecer los límites precisos entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. Pero cuando esa distinción se proyecta al Derecho Público, adquiere, necesariamente, caracteres propios. Es preciso allí atender especialmente al orden obligacional que pueda derivarse de un vínculo legal que forje un marco en el que las conductas son exigibles y pueden violarse. Por eso se incurre en responsabilidad contractual y no extracontractual dentro del derecho público ante cualquier forma de responsabilidad que pueda derivarse por una relación particular entre un ente público y un sujeto privado determinado, aún al el origen no es un contrato sino un acto administrativo."

(16) Artículo 1.204 (Código Civil): "En los contratos con prestaciones recíprocas se entiende implícita la facultad de resolver las obligaciones emergentes de ellos en caso de que uno de los contratantes no cumpliera su compromiso. Mas en los contratos en que se hubiese cumplido parte de las prestaciones, las que se hayan cumplido quedarán firmes y producirán, en cuanto a ellas, los efectos correspondientes. No ejecutada la prestación, el acreedor podrá requerir al incumplidor el cumplimiento de su obligación en un plazo no inferior a quince días, salvo que los usos o un pacto expreso establecieran uno menor, con los daños y perjuicios derivados de la demora; transcurrido el plazo sin que la prestación haya sido cumplida quedarán resueltas, sin más, las obligaciones emergentes del contrato con derecho para el acreedor al resarcimiento de los daños y perjuicios. Las partes podrán pactar expresamente que la resolución se produzca en caso de que alguna obligación no sea cumplida con las modalidades convenidas; en este supuesto la resolución se producirá de pleno derecho y surtirá efectos desde que la parte interesada comunique a la incumplidora, en forma fehaciente, su voluntad de resolver. La parte que haya cumplido podrá optar por exigir a la incumplidora la ejecución de sus obligaciones con daños y perjuicios. La resolución podrá pedirse aunque se hubiese demandado el cumplimiento del contrato; pero no podrá solicitarse el cumplimiento cuando se hubiese demandado por resolución."

sin perjuicio de las disposiciones que la legislación que regule cada contrato, o el texto propio de cada contrato, establezcan al efecto, por ejemplo, imponiendo cláusulas penales, limitando la extensión del deber de reparación o medida de la indemnización etc.

No cabe duda que en el caso nos encontramos frente a la prescripción decenal del art. 4.023 del Código Civil y que el plazo de prescripción comienza a correr a partir del momento mismo del incumplimiento, si éste no es susceptible de ser reparado con la continuación de la ejecución del contrato, o bien desde el momento del acto final que cierre la ejecución del contrato (por ejemplo el certificado final de cierre de cuentas, en el contrato de obra pública) conforme lo establece la doctrina de los actos coligados (17).

De acuerdo con estos principios, si para demandar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de un contrato por parte de la Administración Pública fuese necesario la impugnación de un acto administrativo (por ejemplo el que deniega la concreta petición del administrado, o el que funda el incumplimiento del contrato, así el acto que ordena el administrado rehacer una parte de la obra, en un contrato de obra pública, o el acto que rechaza la petición del administrado que se le certifiquen ciertos trabajos no previstos) el plazo de caducidad para impugnar judicialmente ese acto, luego de agotadas las instancias administrativas, será el establecido por el art. 25 de la Ley de Procedimientos Administrativos, que regirá desde la notificación del acto en sí mismo o desde el acto final, siempre que el primero tenga efectos propios e insusceptibles de ser reparados durante la normal ejecución del contrato, o bien que no los tenga, de acuerdo con lo expuesto en la citada doctrina de los actos coligados (18).

2. Responsabilidad objetiva: pero, como ya fue dicho, la Administración Pública también responde aún cuando no haya un reproche subjetivo en el sentido tradicional de este término, por su actuación jurídica o fáctica.

Esta responsabilidad objetiva tiene lugar bajo distintas circunstancias, en algunos casos regulada por el legislador, y en otros no.

(17) BARRA, Rodolfo Carlos, *Contrato de Obra Pública*, T. I, págs. 218 a 224 Abaco, Buenos Aires, 1984.

(18) Cabe aquí también remitir a la doctrina legal emergente del plenario "Petracca" citado en nota 12, en su primera cuestión: "La impugnación de los actos administrativos prevista en los incisos a y b del art. 23 de la Ley 19.549, dictados durante la ejecución de un contrato de la Administración, está sujeta al plazo instituido por su artículo 25". Cabe aclarar que del contexto del fallo surge que la Cámara de Apelaciones está refiriendo al caso del acto definitivo emitido durante la ejecución de un contrato administrativo, lo que permite integrar esta doctrina con la relativa a los actos coligados.

aún cuando receptada por la doctrina y, más recientemente, por la jurisprudencia (19). Como se ha visto todos estos supuestos tienen un denominador común que es, a nuestro entender, el de la justa distribución de las cargas públicas, sistema que en algunos casos es más generoso para el administrado víctima que si se tratase de una cuestión regulada por la justicia conmutativa y, en otros supuestos, más severo o restrictivo para la procedencia de la indemnización.

Aún cuando muchos de estos supuestos se superponen, lo que es razonable dado su fundamento común, los casos más comunes pueden clasificarse de la siguiente manera:

a) **Falta de servicio:** este supuesto de responsabilidad objetiva estatal, calificado con la misma denominación introducida por el Consejo de Estado Francés (20), ocurre cuando el hecho dañoso acaece por el funcionamiento irregular de un servicio público, entendiéndose como servicio público no el sentido estricto prestacional con que se utiliza esta expresión normalmente en el derecho administrativo, sino como comprensivo de todo cometido encargado a la Administración Pública. El funcionamiento irregular de un servicio público o servicio administrativo no supone necesariamente el reproche subjetivo a la Administración (a través de la imputación orgánica) sino un reproche objetivo, pues toma en cuenta no la grossa falta en la prestación del servicio sino el defecto en su prestación ocurrido en condiciones normales, lo que se podría denominar como las insuficiencias generales y normales de todo servicio administrativo dentro de determinadas circunstancias de tiempo y de lugar.

En este caso no hay estrictamente (sin perjuicio de que además lo pueda haber) un reproche subjetivo o un vicio en la conducta de

(19) Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos Vadell, Jorge c/Provincia de Buenos Aires, diciembre 18-1984, con nota de CASSAGNE, Juan Carlos, *La Responsabilidad Extracontractual del Estado en la Jurisprudencia de la Corte*, *El Derecho* 112-777; también en autos Hotelera Río de la Plata S.A. c/Provincia de Buenos Aires, junio 4-1985, *La Ley* del 19 de marzo de 1986. En ambos casos la Corte acepta la doctrina de la "falta de servicio", fundada en la aplicación del artículo 1.112 del Código Civil, lo que importa admitir la tesis de la responsabilidad objetiva.

(20) Ver jurisprudencia citada por VEDEL, Georges, *Derecho Administrativo*, pág. 303, Aguilar, Madrid 1980. Según el autor, la falta de servicio se caracteriza por no tener el carácter de falta personal del agente, separable del servicio. Es toda falta a las obligaciones de servicio, que puede consistir tanto en una falla de su funcionamiento como en un defecto de organización. Un buen resumen del estado de la cuestión en la jurisprudencia y doctrina francesa se encuentra en WALINE, Marcel, *La Responsabilité Administrative in Diritto Francese*, en la obra conjunta *La Responsabilità della Pubblica Amministrazione*, UTET, Torino, 1976, págs. 41 a 85; también en la monografía excelente de BLASCO ESTEVE, A. Avelino, *La Responsabilidad de la Administración por Actos Administrativos*, Civitas, Madrid, 1981, Cap. II.

la Administración. Jurídicamente esto significa que no será necesario demostrar el dolo o la culpa del agente, ni tampoco que existió un riesgo o vicio de la cosa, en la terminología del art. 1.113 del Código Civil. Basta con el perjuicio objetivo sufrido por el administrado como consecuencia de ese desempeño irregular del cometido administrativo. Se trata no de una responsabilidad emergente del resultado de una conducta personal de un funcionario de la Administración, sino de una consecuencia propia del estado concreto de la organización del servicio administrativo (21).

Pero no toda falta de servicio será indemnizable sino que la será sólo aquella que cause en el administrado víctima un sacrificio especial, es decir un sacrificio individualizado, destacado, que suponga en ese administrado la asunción de una carga mayor a la que comparativamente le corresponde de cara al resto de la comunidad.

No toda falta de servicio es indemnizable por cuanto, por definición, estamos suponiendo un comportamiento que si bien es anormal en cuanto que irregular, es también ordinario en tanto que generalizado. Se trata de defectos en la prestación de los servicios que son usuales en determinadas circunstancias y que por lo tanto todos los administrados se encuentran suportando. Por eso será necesario demostrar el sacrificio especial para poder tener título a la indemnización, pues de lo contrario, de no existir ese sacrificio especial, esa situación individualizada, el reconocimiento de la indemnización importaría romper el equilibrio comparativo ahora en favor de la supuesta víctima, en perjuicio del resto de la comunidad.

Frente a prestaciones irregulares de los servicios administrativos, el administrado que pretende una indemnización estará eximido de demostrar la existencia del sacrificio especial, si prueba el dolo o culpa en la administración prestataria o bien que el daño se produjo por el riesgo o vicio propio de la cosa, actuando entonces a través de la vía del art. 1.113 del Código Civil y cayendo en los supuestos vistos más arriba.

La necesidad de demostrar el sacrificio especial hace coincidir parcialmente el supuesto de la "falta de servicio" con el siguiente.

(21) La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha hecho expresa aplicación de esa doctrina en los fallos citados en la nota 19, con apoyo en una amplia interpretación del art. 1.112 del Código Civil: "Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título" Esta interpretación del artículo 1.112 del Código Civil está sustentada por CASSAGNE en las obs. citadas. En contra GUARTAVINO, Elias P., "La Responsabilidad de los Funcionarios y de la Administración Pública", *El Derecho* del 12 de febrero de 1986.

b) **Responsabilidad por acto lícito.** Aún cuando no existe "falta de servicio", es decir aún cuando no haya ninguna irregularidad en la prestación del servicio público, culpable o no culpable, la Administración deberá responder por sus hechos o actos **lícitos** frente a los administrados, si generan en éstos una **carga o sacrificio especial**, de tal manera que la situación del administrado queda individualizada, destacada, respecto de la del resto de la comunidad en lo que al soporte de dichas cargas se refiere. Las exigencias de la justicia distributiva imponen, entonces, la obligación de reparación.

La responsabilidad de la Administración por acto lícito se plantea en una cantidad heterogénea de casos. en realidad en todo lo que la Administración pueda hacer o decidir, actuando lícitamente, de acuerdo con su competencia y con estricta sujeción a la ley. Así por ejemplo, para citar los casos más comunes, la responsabilidad por la ejecución de obras públicas, la responsabilidad por el cambio de condiciones reglamentarias (que se asemeja a la responsabilidad del Estado por acto legislativo) etc.

Corresponde aquí — antes de seguir con la enumeración de los casos de responsabilidad objetiva del Estado — hacer, a título de paréntesis, una aclaración sobre los efectos prácticos de todas las distinciones hechas hasta el presente.

Parecería que, en la medida en que la Administración es responsable tanto por su acto ilícito como por su acto lícito, por los hechos ilícitos como por los hechos lícitos, etc., esta calificación de licitud o ilicitud no tiene efectos prácticos, y por lo tanto tampoco tiene efectos prácticos la distinción o clasificación en sí misma.

Esto no es así, por lo menos en nuestro régimen jurídico. Debe notarse primero que cada una de estas categorías puede ofrecer diferencias en cuanto al plazo de prescripción, tanto respecto del momento de arranque como, más especialmente, a la misma duración del periodo de prescripción.

Si bien en los **hechos ilícitos** no cabe duda que la responsabilidad de la Administración Pública está regida por el art. 4.037 del Código Civil, no puede decirse lo mismo respecto de la responsabilidad por **hecho lícito**, pues esta no es la responsabilidad "civil extracontractual" que está contemplando el legislador civil.

En el caso del **acto lícito**, frente al supuesto de responsabilidad por el **acto ilícito**, también hay diferencias en cuanto a las vías procesales y sus efectos, que están en poder del administrado. Ya hemos visto, de manera muy sintética cuál es la situación en el supuesto del acto ilícito. En el caso del acto lícito no corresponde aquí ninguna impugnación del acto administrativo, que por definición es improcedente pues el acto es total y absolutamente válido. Por lo tanto

la acción de daños y perjuicios no guarda relación con ningún tipo de acción o recurso administrativo impugnatorio del acto, que no existe. La acción prescribe a los diez años desde que se produjo el daño (sin perjuicio de los matices y distintos supuestos que se presentarán impuestos por las circunstancias de cada caso en concreto) mientras que en la responsabilidad por acto ilícito, el plazo de prescripción es también por diez años, pero con los requisitos impugnatorios previos, según los casos que ya se han visto.

Pero, además de esta cuestión procesal existen también diferencias sustanciales en una y otra categoría de responsabilidades.

Es que, en nuestro derecho, el reproche subjetivo de la acción dañosa no es indiferente.

La actuación con dolo o con culpa, la calidad del agente, su deber de diligencia, tiene importantes efectos en cuanto a la medida o extensión del deber de reparar.

Así, y sin pretender adoptar una clasificación, puede señalarse que cuanto más grave sea el reproche subjetivo que se haga al autor del daño, más extensa será la medida de su deber de reparar: por ejemplo si el daño nace de un hecho que a la vez puede ser calificado como un delito penal, la extensión de la reparación es máxima, lo mismo que si el autor del daño obró con dolo, supuesto en que deberá responder también por los daños eventuales; si la responsabilidad se basa en un hecho ilícito, el autor deberá responder por los daños inmediatos y también por los mediatos; si en cambio estamos dentro del campo de la responsabilidad objetiva de la Administración, no cabe duda que sólo se deberá responder por las consecuencias inmediatas, con exclusión de todo otro tipo de daño, incluso el daño moral. Es de señalarse que cuando aquí mencionamos a las consecuencias inmediatas no estamos refiriendo a las que resultan del curso ordinario de las cosas, mientras que las mediatas suponen la conexión del hecho con un acontecimiento distinto y ajeno al autor del daño. Por consiguiente la afirmación de que en la responsabilidad por hechos y actos lícitos de la Administración sólo se debe responder por las consecuencias inmediatas no implica que esto suponga una restricción al principio de la reparación integral, que incluye al daño emergente y al lucro cesante, pues ambos conceptos son consecuencias inmediatas del hecho dañoso.

Corresponde ahora volver a la clasificación que estamos desarrollando.

c) Responsabilidad por la revocación por razones de interés público de un acto o contrato administrativo: se trata aquí de un supuesto especial de la actividad lícita del Estado.

Como se verá más adelante esta prerrogativa revocatoria de la Administración Pública se funda en los principios básicos del Derecho Administrativo⁽²²⁾, en la potencialidad natural que tiene la Administración Pública de cumplir con los intereses públicos que ella valora en cada momento, y de aquí tal prerrogativa extintiva de sus decisiones anteriores. Por supuesto que si estas decisiones anteriores habrían generado derechos en algún administrado, el cambio de opinión o cambio de decisión de la Administración Pública no puede suponer una lesión en sus derechos y por ello la ley establece (art. 18 de la Ley de Procedimientos Administrativos) que el perjudicado deberá ser indemnizado⁽²³⁾.

d) Por último hay **situaciones especiales** en donde la obligación de indemnizar de la Administración está fijada por las leyes que regulan cada caso en concreto, como el supuesto de **expropiación**, la **ocupación temporaria** etc. Se trata, como fue dicho, de situaciones especiales que tienen su propio régimen y fundamentación jurídica sin perjuicio de responder todas al mismo criterio de justicia distributiva que impera sobre el conjunto del sistema que estamos analizando.

Tanto estos supuestos especiales como el de la revocación del acto o contrato administrativo por razones de oportunidad, serán analizados más en extenso en los párrafos siguientes.

II. **Revocación de Actos y Contratos. Igualdad sustancial del Régimen Jurídico**

La revocación de actos y contratos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, es decir por razones de interés público, responde a un mismo fundamento, tal cual es el conceder a la Administración todos los elementos necesarios para la efectiva realización del bien común.

Es que no podría sostenerse válidamente que, cuando por distintas circunstancias (reales o supuestas) la Administración Pública se convenciese de que la continuación de la ejecución de un acto o contrato es contraria al interés público, aquélla se viese obligada a cumplir

(22) BARRA, Rodolfo Carlos, ob. cit., **Principios del Derecho Administrativo**, págs. 148 a 161.

(23) **Artículo 18 (Ley de Procedimientos Administrativos):** Revocación del acto regular. El acto administrativo regular, del que hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los administrados, no puede ser revocado, modificado o sustituido en sede administrativa una vez notificado. Sin embargo, podrá ser revocado, modificado o sustituido de oficio en sede administrativa si el interesado hubiere conocido el vicio, si la revocación, modificación o sustitución del acto lo favorece sin causar perjuicio a terceros y si el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario. También podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados."

con las obligaciones emergentes de esos actos jurídicos por el simple hecho de haber asumido tal compromiso en forma previa y no verse liberado de ellos por el respectivo acreedor.

De ahí entonces que la ley, tal es el caso del citado artículo 18 de la Ley de Procedimientos Administrativos, le otorgue a la Administración la prerrogativa, propia del régimen jurídico exorbitante característico del derecho administrativo, de poder extinguir sus *propios actos y contratos, como una garantía instrumental en orden a la realización del bien común.*

Como ya fue dicho esto no es gratuito, es decir la Administración no por esto se ve liberada de responder ante el administrado perjudicado por tal decisión revocatoria. En el art. 18 de la ley se establece la obligación a indemnizar los perjuicios que tal decisión causare en los administrados.

Sin perjuicio de que esta norma es aplicable analógicamente a los contratos, tal como lo dispone el último párrafo del art. 79 del mismo cuerpo legal, el principio indemnizatorio es emanado del propio ordenamiento administrativo y suele estar establecido en regulaciones específicas para cada contrato, tal es el caso del rescate (medio revocatorio que supone la continuación de la explotación por parte de la Administración) en los supuestos del contrato de concesión de servicio público. En nuestro país distintas legislaciones provinciales en materia de contrato de obra pública también regulan la potestad revocatoria por razones de interés público, estableciendo los criterios para medir la indemnización que le corresponde al contratista perjudicado.

III. Revocación y Expropiación

Precisamente el problema de la medida indemnizatoria ha generado, en nuestro medio, una importante controversia que se vincula con la relación (existente o no) entre revocación por razones de interés público y expropiación.

Es posible decir que esta cuestión hizo crisis en nuestro derecho con ocasión de un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A.I.C.F.I. c/Dirección Nacional de Vialidad" (24).

En el caso se había tratado de un contrato celebrado por la citada entidad administrativa (Dirección Nacional de Vialidad) para la construcción de una obra vial, contrato adjudicado y celebrado de acuerdo con lo establecido en la Ley 13.064 de Obras Públicas. Luego de celebrado el contrato y tras un cierto tiempo de estar suspendido

(24) *El Derecho*, 111-550, con nota de DIANCHI, Alberto, "Nuevos Alcances en la Extensión de la Responsabilidad Contractual del Estado."

en su ejecución, la comitente estatal decidió su extinción alegando dificultades de tipo económico-financiero para la continuación de las obras. El contratista reclamó la indemnización que fue admitida por la comitente sólo en lo que hace al daño emergente, rechazando el rubro lucro cesante. Llegada la causa a decisión de la Corte Suprema de Justicia, luego de los pronunciamientos del Tribunal de Primera Instancia y de la Cámara de Apelaciones, que rechazaron la procedencia del rubro lucro cesante, la Corte Suprema de Justicia la admitió fundando su decisión en la doctrina de la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos, distinguiendo este supuesto del establecido en la ley de expropiaciones (que excluye la indemnización por lucro cesante) y no admitiendo la aplicación por vía analógica de esa ley. Afirmó la Corte que, frente a la inexistencia de exclusión legal expresa, corresponde aplicar el principio jurídico que establece que todo daño debe ser reparado integralmente, aplicando este principio no sólo al caso del contrato administrativo sino incluso al supuesto directamente previsto por el artículo 18 de la Ley 19.549, es decir la revocación por razones de interés público del acto administrativo. Corresponde destacar que esta sentencia fue votada por la mayoría de los integrantes del Tribunal, mientras que la minoría rechazó la procedencia del lucro cesante, siguiendo la tradicional doctrina de la aplicación analógica de la ley de expropiaciones y de la aplicación también analógica de otros principios contenidos en la misma ley de obras públicas en los que expresamente, y frente a supuestos distintos del de revocación por razones de oportunidad, se excluye la indemnización por lucro cesante.

El fallo comentado significó una innovación en nuestro derecho ya que hasta el momento predominaba la opinión de que la indemnización por la revocación de actos y contratos por razones de oportunidad, y siempre que tal revocación fuese lícita, es decir no afectada por algún vicio, estaba regida por las reglas contenidas en la ley de expropiaciones, la que (como también en el régimen anterior al actual) excluye expresamente la indemnización por lucro cesante.

El caso Sánchez Granel motivó un interesante estudio crítico del Dr. Marienhoff publicado en *El Derecho* 114-949 con el sugestivo título de "El Lucro Cesante en las Indemnizaciones a cargo del Estado — Lo Atinente a la Revocación de Actos o Contratos Administrativos por Razones de Oportunidad, Mérito o Conveniencia".

En el citado trabajo el Dr. Marienhoff parte de salvar un error en el que habían incurrido tanto la minoría de la Corte Suprema como las sentencias de Cámara y de Primera Instancia en el caso Sánchez Granel. Para Marienhoff la ley de expropiaciones no es de aplicación analógica al supuesto contemplado en Sánchez Granel, es decir a las revocaciones por razones de interés público de actos y contratos. Esta afirmación es importante y muestra que el citado

autor no dejó de advertir la imposibilidad jurídica de aplicar por vía analógica normas que son restrictivas de derechos. A nadie se le escapa que la prohibición contenida en la ley de expropiaciones en cuanto a la indemnización del lucro cesante sufrida por el expropiado es una restricción al principio jurídico general de la indemnización integral, que en definitiva es una manera de proteger la garantía constitucional de la propiedad. Es que, conforme con una reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que cuenta con la conformidad de la doctrina, el concepto de propiedad patrimonial contemplado en la Constitución Nacional debe ser considerado como el conjunto de bienes que ingresan a la esfera jurídica de un sujeto de derecho⁽²⁵⁾. Dentro de esos bienes sin duda está la expectativa cierta de una ganancia, producto de cualquier tipo de relación jurídica, con referència a personas o cosas, que es lo que se denomina precisamente lucro, y su falta lucro cesante.

Por esta razón, por no ser admitida técnicamente la analogía en este tipo de supuestos, la ley de expropiaciones no podía llevar su denominado "efecto extensivo" a casos en los que tal limitación a la extensión de la indemnización no estaban expresamente previstos. Incluso la misma razón obstativa al recurso de la analogía, dentro ya del régimen de la Ley de Obras Públicas Nº 13.064, hizo que no se considerase en el estudio de Marienhoff la posibilidad de aplicar otras normas de la Ley de Obras Públicas (que luego serán aquí comentadas) que prevén la extinción del contrato por causales determinadas, y sin que esa extinción, sin culpa del contratista, le genere el derecho al resarcimiento del lucro cesante.

Rechazada la aplicación analógica de la Ley de Expropiaciones, la afirmación del Dr. Marienhoff, sin embargo, fue mucho más allá: la aplicación de la Ley de Expropiaciones al caso planteado en Sánchez Granel y a todo supuesto en el que se produzca la revocación de un acto o contrato por razones de interés público, no es por analogía "sino porque ese (el régimen de la expropiación) es también el régimen propio y directo de este tipo de revocación de actos o contratos administrativos". Y sigue diciendo el Dr. Marienhoff: "Ello es así porque la **revocación** por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, sustancialmente no es otra cosa que la **expropiación** referida específicamente a la extinción de un derecho de origen y naturaleza administrativo, debiéndose recordar que ese modo de extinguir tales derechos constituye una potestad propia de la Administración Pública".

De manera muy sintética esta tesis del Dr. Marienhoff parte de distinguir la existencia de dos clases de derechos en un administrado: aquellos que tienen un origen y naturaleza común (civil o comercial) y aquellos de origen y naturaleza administrativa. Aunque el Dr.

(25) Entre otros, Fallos 145-307, 172-29, 184-137.

Marienhoff no lo señala expresamente, cabe inferir del texto de su trabajo que en el primer caso el derecho tiene su origen, ya sea en los llamados "derechos humanos", plasmados y garantizados por la Constitución Nacional (así para un cierto sector iusfilosófico) o bien en relaciones jurídicas regidas por el derecho privado. El otro supuesto, los derechos administrativos, tienen su origen en una relación jurídica regida por el derecho administrativo, fundamentalmente relaciones jurídicas en las que la Administración Pública sea parte.

Lo que el destacado autor señala es, desde esta perspectiva, bastante sencillo: cuando la acción de la Administración Pública lesiona un derecho de origen común la indemnización es amplia e integral, comprensiva tanto del daño emergente como del lucro cesante, según lo dispuesto en los artículos 505, inciso 3º, 519 y 520 del Código Civil (26), y da como ejemplo una resolución de un órgano administrativo que establezca como precio máximo de venta de una mercadería un valor inferior al costo del producto. En este caso el industrial o comerciante tendría derecho a que se le indemnice por el daño causado por la decisión administrativa, sin limitaciones en cuanto al alcance de la indemnización, por haberle sido afectados derechos comunes asegurados por la Constitución Nacional.

En cambio si se trata de un derecho de origen y naturaleza administrativo, la extinción del mismo decidida por revocación por razones de interés público sólo comprende el daño emergente y no así el lucro cesante.

El autor no da razones para justificar este aserto. Sostiene, en cambio que la expropiación es un medio para extinguir derechos comunes y la revocación para extinguir derechos de origen y naturaleza administrativos, em razón del privilegio especial que tiene la Administración Pública em esta materia. Según Marienhoff la expropiación tiene un alcance más amplio ya que a través de ella, en realidad, se pueden **expropiar** tanto derechos comunes como derechos administrativos, em cambio no pueden ser **revocados** derechos de origen común. pues ésto — sigue diciendo Marienhoff — sería una vía de alterar el principio constitucional de la división de poderes ya que el único que puede incidir sobre los derechos de origen comun es el Poder Judicial, incluso en el supuesto de expropiación cuando ésta deba ser discutida judicialmente. Señala también Marienhoff que el Estado puede libremente decidir, cuando se trata de extinguir un dere-

(26) Código Civil: Artículo 505: "Los efectos de las obligaciones respecto del acreedor son: ... 3º -- Para obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes." Artículo 519: "Se llaman daños e intereses el valor de la pérdida que haya sufrido, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor de la obligación, por la inejecución de ésta a debido tiempo." Artículo 520: "En el resarcimiento de los daños e intereses sólo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación."

cho de origen administrativo, si va a recurrir al procedimiento de la expropiación o al procedimiento de la revocación. De esta manera se demuestra que tanto la expropiación como la revocación tienen un fundamento y una finalidad comunes, la satisfacción de un interés general o público y por lo tanto tienen que tener los mismos efectos, ya que resultaría chocante con la idea de justicia que en el supuesto de expropiación se excluya el lucro cesante y en cambio en el supuesto de revocación este rubro indemnizatorio fuese incluido.

Sin dejar de reconocer la gran importancia de este profundo estudio de nuestro maestro Marienhoff nos atrevemos a disentir firmemente con sus conclusiones.

Puede aceptarse, siquiera provisionalmente (pues su análisis más profundo corresponde a otro tipo de estudios) la existencia de esas dos categorías de derechos: los de origen y naturaleza común y los de origen y naturaleza administrativa. Lo cierto es que hay derechos que se ejercitan en razón de una determinada decisión administrativa, de manera que si no mediara tal decisión el derecho no podría ejercerse salvo que el mismo fuese reconocido por los Tribunales a través de una acción judicial.

Así por ejemplo la autorización urbanística para construir supone, con anterioridad a ella, los derechos constitucionales de la propiedad, de ejercer toda actividad lícita, etc., pero siempre sometido en las leyes que reglamenten el ejercicio de esos derechos, dentro de las cuales deben tenerse en cuenta — incluso en un sentido material — las regulaciones de policía.

Puede ocurrir que emitido el acto administrativo de autorización para construir, un cambio en la consideración del interés público, obligue a posteriori a modificar los requisitos que habilitan a esa actividad constructiva, revocándose así por razones de interés público la autorización antes concedida (si bien tal revocación resultará también justificada en un cambio del derecho objetivo).

Lo mismo cabe decir respecto de la ejecución de un contrato ya celebrado por la Administración e incluso en vías de ejecución, pero que a posteriori la Administración decide que su realización va a afectar a razones de interés público y por lo tanto decide extinguir ese contrato, pues el objeto del mismo ya no hace al interés público que la Administración persiguió al contratar.

En realidad, a título de paréntesis, cabe aclarar que esta potestad revocatoria de la Administración puede predicarse exclusivamente de lo que es su actividad **discrecional**, pues en aquellos casos en que la actividad sea **reglada**, la potestad revocatoria no existe, ya que así como la Administración no podría negar el derecho requerido por el administrado, tampoco luego de otorgado lo podría revocar. Tal es el

supuesto de los beneficios jubilatorios para poner un ejemplo sencillo. Una vez comprobada la existencia de los requisitos previstos por la norma que otorga el beneficio, la Administración no puede sino emitir el acto administrativo que posibilita la percepción de esa retribución jubilatoria: no puede negarse, ni por razones de interés público, y luego no podría revocarlo, tampoco por razones de interés público. Incluso, por lo menos en ese ejemplo concreto, ni siquiera una modificación en el derecho objetivo podría hacer caer el derecho a continuar percibiendo el beneficio ya acordado, que como tal ingresó al patrimonio del administrado.

Distinto es lo que ocurre en el supuesto de contratos administrativos, ya que si bien las obligaciones y derechos emergentes del contrato son regladas, no así la decisión de la Administración Pública a obtener el objeto contratado. Esto es siempre discrecional tanto en su origen (en el momento en que la Administración decide llevar a cabo la contratación) como en su consecución o ejecución. Siempre la Administración tiene que estar dispuesta o mantener su disposición a obtener ese determinado resultado contractual.

Por ello, en cualquier caso en que hablamos de revocación, de lo que se trata realmente es de un **cambio en la voluntad administrativa**, que el legislador permitió que **fuese libre**, incluso que **se pudiese modificar libremente**.

Quizás no sea entonces un problema relativo al origen y naturaleza de los derechos, sino más bien un problema de **qué cosas la Administración puede hacer**: ciertamente no puede incidir sobre la vida de los derechos de que gozan los administrados, ajenos a la órbita de la libre decisión de la Administración Pública; pero sí puede incidir sobre el mantenimiento, modificación, extinción de derechos de los administrados cuya existencia concreta depende de libres decisiones de la Administración Pública, es decir del **libre desarrollo de la gestión y cometidos administrativos**.

Por eso la Administración tiene distintas vías para incidir sobre los derechos. Una de ellas le es propia e independiente, de su exclusiva voluntad, y es la vía revocatoria pero sólo en los casos en que ésta corresponda. Otra, que no es independiente, es la vía expropiatoria, pero dependiendo de la voluntad del Congreso de la Nación quien debe, previo a todo, sancionar la ley que declare al bien objeto de la expropiación como de utilidad pública: "La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada" (artículo 17, Constitución Nacional).

La expropiación entonces no es una técnica revocatoria, precisamente **porque no es una técnica para extinguir derechos**. La expropiación, según se ha mencionado en ciertas ocasiones y especialmen-

te para distinguirla de la revocación ⁽²⁷⁾, es una vía de “despojo”. Es que en realidad lo que el Estado busca a través de la expropiación es una transferencia patrimonial: traspasar algo que estaba en el patrimonio de un particular al patrimonio público, estatal o de otro sujeto público o de un delegado de la Administración Pública, como puede ser un concesionario de servicio público.

La expropiación no busca **extinguir un derecho**, ni, estrictamente hablando, **modificarlo**. La expropiación busca hacer que el bien que servía a un fin privado, incorporado a un patrimonio privado, sirva a un fin público determinado por incorporarse a un patrimonio público. Como tal el derecho no se extingue sino simplemente se transfiere, sin perjuicio de que para el expropiado, que ha perdido su propiedad, el derecho se ha extinguido, pero éste sigue viviendo en el mundo jurídico ahora en poder de un sujeto público que va a utilizar a ese bien con una finalidad de interés público.

Se ve así la distinción entre la expropiación y la revocación, quizás no muy nitidamente, porque en realidad no se puede pretender una gran nitidez en la medida que, y en esto hay que coincidir con Marienhoff, todas estas instituciones y muchas otras del derecho administrativo (sin duda todos los institutos del derecho administrativo) tienen como finalidad la satisfacción del interés público, la realización del bien común.

Pero el planteo es claro: la revocación permite extinguir un derecho sobre el cual la Administración conserva una prerrogativa relativa a su mantenimiento en las mismas condiciones existentes, su modificación, e su extinción, pues ese derecho no se podría ejercer sin la voluntad de la Administración, sin perjuicio de que en algunos casos y frente a arbitrarias decisiones de la Administración Pública el administrado podría encontrar protección y satisfacción a sus derechos en el Poder Judicial.

En cambio en la expropiación lo que la Administración Pública busca es obtener la transferencia a su patrimonio de un derecho que existía antes con independencia de cualquier manifestación de voluntad administrativa.

El legislador entendió que estas dos situaciones merecían un tratamiento diferente, que la expropiación era un caso de mucha mayor gravedad, de gravedad institucional, en cambio la revocación era una *gestión ordinaria de los habituales cometidos administrativos*.

Por eso el legislador, primero el constituyente, rodeó a la expropiación de una garantía especial: la “publicación” de un patrimonio privado no puede llevarse a cabo por un mero acto de voluntad de la

(27) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón Curso de Derecho Administrativo, T. II. Civitas, Madrid, 1977, pág. 321.

Administración Pública. Se necesita una declaración legal de utilidad pública, además del previo pago de la justa indemnización, declaración legal que sólo puede emanar del Congreso de la Nación. Esta es la protección especial: no es el capricho o la voluntad acertada, pero siempre emanada de un órgano de la Administración Pública, la más de las veces de un órgano que no tiene siquiera una verdadera responsabilidad política (pensemos en el Administrador General de la Dirección Nacional de Vialidad, para el caso Sánchez Granel). Para la expropiación se busca que quienes la decidan sean los "representantes del pueblo" que, más allá del concepto mítico-político de esta expresión, se trata de personas que tienen responsabilidad política, que van a tener que enfrentar en el público debate parlamentario la oposición de otros legisladores que van a tener que ser votados en la próxima elección y que, además de sus ventajas o perjuicios políticos personales, con sus acciones traen ventajas o perjuicios políticos para los partidos que los llevaron a esas bancas. La situación por ser metajurídica, no por ello es menos trascendente para el campo del derecho. En definitiva lo que el legislador quiso, es rodear a este supuesto de excepción de unas garantías de excepción. Incluso ante la opinión pública la expropiación es un acto trascendente y hay muchos supuestos de expropiaciones queridas y frustradas sólo por el hecho de campañas de prensa que se ocuparon del tema. En nuestro país esto es algo hoy presente en materia de la expropiación de unos determinados inmuebles rurales en la Provincia de Buenos Aires, incluso esta misma campaña de prensa tuvo influencia para evitar expropiaciones que se pretendieron hacer durante gobiernos no constitucionales. Pero no recordamos haber visto campañas de prensa tendientes a evitar revocación de un determinado acto administrativo, pues en definitiva al revocar el acto no se está socializando o "publicando" la propiedad, simplemente se está agravando la situación de un administrado concreto, si bien con medidas compensatorias de ese agravio.

Por lo tanto la expropiación no es el régimen legal general relativo a la indemnización por responsabilidad del Estado.

Por el contrario, de acuerdo con lo que hemos visto en los párrafos anteriores, la expropiación es sólo un caso especial, junto con la ocupación temporánea, que tiene una regulación determinada, por así haberlo querido el legislador. Esta regulación determinada impide la indemnización por lucro cesante. Que, en nuestro sistema, esta sea o no una disposición constitucional, y que además de constitucional o inconstitucional sea o no una medida acertada, es una cuestión que no trataremos aquí.

Pero lo cierto es que esta limitación a la medida de la indemnización está impuesta por un texto legal concreto para una determi-

nada situación concreta que en nada (salvo la misma finalidad abstracta de utilidad pública, como en todas las instituciones de derecho administrativo) se parece a la revocación.

La expropiación y la ocupación temporánea son casos especiales de responsabilidad estatal y de régimen indemnizatorio. Por consiguiente, puede decirse, que la expropiación no es la regla ni el género, sino sólo una especie de la institución genérica de "responsabilidad del Estado".

El género es la obligación del Estado de responder ante los daños que cause en los administrados, fundada en razones de justicia distributiva.

Este género contiene a muchas y muy variadas especies, que en general se manifiestan como meras técnicas jurídicas con efectos sobre las vías para accionar, la incidencia sobre la medida de la indemnización, la simplicidad o complejidad de la prueba, etc. La expropiación y la ocupación temporánea son unas de esas especies, para los casos previstos en la legislación respectiva. Así, puede afirmarse que la expropiación es una excepción al principio general, principio general que, como ya fue visto, hace referencia a la indemnización integral por el perjuicio sufrido.

Explican los autores⁽²⁸⁾ que en materia de responsabilidad estatal, muy especialmente, el concepto clave es el de la **lesión antijurídica**. En definitiva sólo se indemniza a aquel administrado sobre quien no pesaba un título o razón jurídica que lo obligara a soportar el daño sufrido. De ahí entonces la tesis del sacrificio especial, pues todos soportamos un "título jurídico" que nos obliga a sufrir los daños generados en el orden normal de la convivencia, en las circunstancias normales de la actividad política, de la actividad de los servicios públicos, etc. Pero cuando el sacrificio es especial ese título jurídico desaparece, pues no hay razón jurídica que me obligue a soportar un daño por encima de lo ordinario, un daño que es **incomparable** con la situación de los restantes administrados.

Es precisamente esto lo que ocurre en materia expropiatoria, con referencia a la exclusión de la indemnización por lucro cesante. Lo que nos dice la ley aquí es, precisamente, que el Estado debe indemnizarnos cuando transfiere a su favor nuestra propiedad, pero que todos tenemos el título jurídico de soportar esa transferencia con el requisito de las indemnizaciones fijadas por la ley, **excluyendo el lucro cesante**. Es decir el legislador nos ha impuesto el título o razón jurídica que nos obliga a soportar sin indemnización el lucro perdido como consecuencia de la medida expropiatoria.

(28) *Ibidem*, pags. 321 y 322.

En cambio, en materia de revocación, y en la medida que no haya ley que establezca algo semejante al régimen expropiatorio, tal título jurídico no existe. Por el contrario el art. 18 de la Ley de Procedimientos Administrativos establece, sin ningún tipo de excepción o distinción, que los administrados deben ser indemnizados por los daños sufridos como consecuencia de la revocación.

Entonces aquí no hay título jurídico que nos obligue a soportar el lucro cesante: estamos en el supuesto genérico de responsabilidad estatal y no en el supuesto excepcional específico de la expropiación.

Claro que cabe cuestionar la justicia de este tratamiento desigual entre la situación del sujeto pasivo de la expropiación y del de la revocación, pero en todo caso tal cuestionamiento debe atacar a la regulación hecha por la Ley de Expropiaciones y no a la inversa.

De cualquier manera puede intentarse la siguiente "equación": a) a mayor garantía formal, menor garantía patrimonial (expropiación); b) a menor garantía formal, mayor garantía patrimonial (revocación).

IV. Efectos de la Revocación por Razones de Interés Público

Por consiguiente, en el supuesto de revocación de actos y contratos administrativos por razones de interés público, se mantiene el principio de la reparación integral, de ahí entonces que el administrado perjudicado deba ser indemnizado en todos los perjuicios inmediatos sufridos, lo que incluye el daño emergente y el lucro cesante que no sea meramente eventual o hipotético, sino aquel que razonablemente hubiese ocurrido conforme al orden normal de los acontecimientos y que incluso puede ser valorado prudencialmente por el juez.

Por tratarse de una actividad lícita de la Administración no corresponderá indemnización por las consecuencias mediatas, ni por las casuales, ni por el daño moral. En cambio si el Administrado logra demostrar que en el caso ocurrió "desviación de poder", mediando dolo en el agente administrador, sus pretensiones resarcitorias podrán ampliarse, de acuerdo con los principios vigentes en el Derecho Civil, aplicables al caso por vía de integración analógica, como ya fue expuesto antes.

Corresponde destacar que si esto es así en materia de revocación de actos administrativos, mucho más debe ser afirmado respecto de contratos administrativos, o incluso a actos relativos al ejercicio de derechos que tienen una finalidad lucrativa para el titular de los mismos.

No cabe duda que quien es contratista de la Administración lo hace, por lo menos en la mayoría de los casos, en razón de su propia

actividad empresarial, que está dirigida a la obtención de un beneficio. El lucro que se va a obtener de un contrato, es una **consecuencia inmediata** de ese contrato, que no depende de factores extraños, o por lo menos sólo depende de que las circunstancias operen como razonablemente un diligente contratista pudo tener en cuenta en el momento de contratar. El lucro o beneficio integra por definición el precio de un contrato administrativo, cuando ese contrato es de colaboración, o integra el contenido del objeto determinante de la contratación, cuando ese contrato es de atribución, como por ejemplo la concesión de uso de un espacio del dominio público para desarrollar allí alguna actividad comercial.

Podría preguntarse entonces por qué motivo si, en el supuesto de la expropiación la Administración ahorra el lucro cesante, va a recurrir a la revocación que le obligaría a indemnizar ese lucro cesante.

La pregunta es en sí misma ingenua y contradictoria. Hay que recordar, reiterando lo anterior, que la expropiación tiene como fin transferir un bien del dominio privado al dominio público, por razones de utilidad pública. La Administración no puede extinguir un contrato expropiándolo porque no hay razón de utilidad pública que sustituya el contenido de la prestación contractual, o en la medida que no la haya.

Pero además recurrir a la vía expropiatoria para extinguir un contrato podría ser atacada por inconstitucionalidad, es decir se podría plantear la inconstitucionalidad de la ley que declare como de utilidad pública y por tanto expropiable, a un contrato en orden a su extinción. Esto es así porque, como ya fue visto, la expropiación sólo debe ser usada frente a aquellos derechos que no pueden ser materia de revocación por parte de la Administración Pública, no para aquello que es revocable por su propia naturaleza. Utilizar la vía de la expropiación para sortear la obligación de indemnizar lucro cesante, cuando el punto podría ser resuelto a través de la revocación, es notoriamente inconstitucional pues afecta la garantía de la propiedad, contradice al fin expropiatorio contemplado por la Constitución, y afecta también a la garantía de la igualdad en las cargas públicas.

Hay aquí desviación de poder no ya en el actuar de la Administración Pública sino en la misma ley, en el actuar del legislador: la ley expropiatoria se convierte en irrazonable y por lo tanto atacable en su constitucionalidad (29).

En materia de algunos contratos administrativos, en particular en el contrato de obra pública, también puede decirse que lo aquí postula-

(29) Sobre la tacha de inconstitucionalidad por la irrazonabilidad o desproporción (entre el derecho reconocido por la Constitución y su reglamentación) ver LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las Leyes*, Astrea, Buenos Aires, 1970.

do es absurdo por cuanto la Administración tendría otras vías para liberarse del cumplimiento del contrato, sin estar obligado al pago de la indemnización por lucro cesante.

Es que la Ley Nacional de Obras Públicas Nº 13.064 en su artículo 53 prevé distintos supuestos de rescisión contractual que puede ser decidida por el contratista frente a determinados incumplimientos de la Administración o frente a determinados hechos objetivos que impidan la normal ejecución del contrato. El art. 54 dice expresamente que "no se liquidará a favor del contratista suma alguna por concepto de indemnización o beneficio que hubiere podido obtener sobre las obras no ejecutadas", una vez ejercido el derecho rescisorio por parte del contratista. Cabe aclarar, como ya se dijo, que los arts. 53 y 54 de la Ley de Obras Públicas están enumerando una serie de causales rescisorias (art. 53) y sus efectos (art. 54) dentro de los cuales **no se incluye** la posibilidad de la revocación administrativa por razones de interés público. Por el contrario se trata en todos los casos de causales rescisorias **en favor del administrado** por hechos, en general, de responsabilidad de la Administración. En cambio los artículos 50 y 51 contemplan los derechos rescisorios de la Administración Pública, sus consecuencias, frente a incumplimientos del contratista, es decir tampoco se trata de la prerrogativa de revocación por razones de interés público.

Volviendo a nuestra pregunta anterior (es decir por qué la Administración va a revocar el contrato por razones de interés público si tiene otros medios que le ahorran el lucro cesante) la respuesta es muy sencilla.

Esos medios que le ahorran el lucro cesante, no están a la mano de la Administración, sino **son derechos** del contratista. En los casos del art. 53 es el contratista el que provoca la extinción del contrato, por lo tanto no lo puede hacer la Administración. Claro que acá viene otra pregunta: por qué motivo la ley cuando hay un reproche contra la Administración Pública **excluye** la indemnización por lucro cesante y no lo hace así cuando la Administración Pública, al revocar por razones de interés público actúa lícitamente.

Aquí también la respuesta es sencilla. Los casos del art. 53 están todos señalando (salvo el supuesto del caso fortuito que impide absolutamente la ejecución del contrato) situaciones en las que se dan incumplimientos de la Administración que el contratista puede soportar y esperar por su solución. Son casos en los que la ejecución de la obra se interrumpe por un determinado tiempo, o donde la Administración no cumple con las prestaciones prometidas, etc. En todos esos supuestos el contratista puede aguardar que la Administración cumpla; incluso cuando ve paralizada su obra puede aguardar su reanudación todo el tiempo que quiera, pues sabe primero que la Administración "es siem-

pre solvente" (es decir no hay riesgo de que el agravamiento del incumplimiento, o el paso del tiempo, tornen en insolvente a su deudor) y sabe también que los mayores perjuicios que va sufriendo por aguardar (por ejemplo, los gastos improductivos) le van a ser indemnizados por la misma Administración comitente. Frente a esas seguridades lo que el legislador quiso es la continuación del contrato. Es decir el legislador ha pretendido que el contratista se sienta lo suficientemente ligado al contrato como para no renunciar al mismo. El legislador quiere que las obras continúen y terminen, no que haya una extinción del contrato, un litigio como consecuencia de la rescisión, y una posterior convocatória a nueva licitación pública, con los gastos y perjuicios que eso ocasiona para el interés público, sin perjuicio de tener obras paralizadas, a medio hacer, en ese triste espectáculo que suele verse en muchas partes de nuestro país.

Por eso el legislador, en los supuestos del art. 53 de la Ley de Obras Públicas lo que quiere es desalentar al contratista en cuanto al ejercicio de su derecho rescisorio; lo fuerza a ser paciente, a aguardar, para continuar luego la ejecución de los trabajos en condiciones normales. Para desalentarlo, limita el contenido indemnizatorio, le dice: usted que contrató buscando un beneficio, va a perder ese beneficio si rescinde. En cambio si no rescinde, como la obra se va a continuar y como la Administración va a pagarle todos sus créditos, usted obtendrá el beneficio esperado, incluso a valores actualizados y con reconocimiento de la variación de costos, con la garantía o respaldo de toda una muy profusa legislación sancionada a esos efectos.

No son entonces situaciones comparables (ni la expropiación, ni los supuestos rescisorios de la Ley de Obras Públicas) con el caso de revocación por razones de interés público. El comitente no puede elegir (por lo menos en la normalidad de los casos) uno u otro camino; en todo caso el administrado frente a esa elección tendrá defensas relativas a obtener la indemnización plena que, eventualmente, la Administración no quiso reconocerle.

Todo lo expuesto no quita que, como un anhelo de política legislativa, se establezca en las legislaciones que regulen los distintos contratos de la Administración Pública o que regulen los ejemplos más constantes de supuestos en los que se hace necesario la revocación de un acto administrativo por razones de interés público, un régimen indemnizatorio que tase o limite la indemnización por lucro cesante, no que la excluya sino que simplemente la limite en un valor porcentual objetivo, lo que tendría dos resultados beneficiosos: por un lado evitaría los litigios y las dificultades probatorias, por otro lado establecería para la Administración un riesgo ya predeterminado, valorado, para cuando esta se vea impulsada a ejercer su prerrogativa revocatoria. Así fue hecho en algunas legislaciones provinciales de

nuestro país en materia de obras públicas, como fue dicho precedentemente⁽³⁰⁾.

En síntesis la responsabilidad del Estado, como instituto clave del moderno derecho administrativo, si bien reconoce una causa única, no tiene un régimen jurídico uniforme.

Hay muchos supuestos de responsabilidad estatal y por lo tanto hay muchas acciones por responsabilidad estatal que están previstas expresamente en la ley o surgen de los principios generales del derecho administrativo. Así entonces, resultará un grave error confundir estos supuestos en orden a darle a uno las soluciones que fueron expresamente previstas para el otro, sin contemplar sus diferencias esenciales de régimen jurídico y sus diferencias fundantes en cuanto a las valoraciones políticas tenidas en cuenta al momento en que el legislador estableció ese concreto régimen jurídico.

(30) Ley de Obras Públicas de la Provincia de Buenos Aires, n.º 6.021, artículo 64, inciso e): "... liquidación a favor del contratista de los gastos generales comprobados y beneficios correspondientes al monto de obra que ha dejado de ejecutar"; Ley de Obras Públicas de la Provincia de Río Negro, n.º 286, artículo 64 inciso e), con la misma redacción que la anterior; Ley de Obras Públicas de la Provincia de Tucumán, n.º 95, artículo 67, inciso f): "... liquidación a favor del contratista de los gastos generales comprobados y resarcimiento por los daños y perjuicios que probare sufrir a causa de la rescisión"; Ley de Obras Públicas de la Provincia de Santa Fé, n.º 5.188, artículo 92, inciso e): "... liquidación a favor del contratista de un porcentaje de los beneficios correspondientes a la parte de obra que faltare ejecutar igual al porcentaje del monto de obra ejecutado". Lo mismo ocurre en otros países de similar régimen jurídico que el nuestro: así el artículo 54 de la Ley de Contratos del Estado española (Edic. Boletín Oficial del Estado, Madrid 1976, pág. 92: "Si la Administración decidiese la suspensión definitiva de las obras o dejase transcurrir un año desde la suspensión temporal sin ordenar la reanudación de las mismas, el contratista tendrá derecho al valor de aquellas efectivamente realizadas y al beneficio industrial de las dejadas de realizar". En el derecho italiano, el artículo 345 de la Ley de lavori pubblici" concede a la Administración Pública la prerrogativa de "risolvere in qualunque tempo il contratto, mediante il pagamento dei lavori eseguiti e del valore del material util esistente in cantiere, oltre al decimo dell'importo dell'opere non eseguite", según cita de CIANFLONE, Antonio. *L'Appalto di Opere Pubbliche*, Giuffrè, Milán 1981, pág. 170. En pág. 173, citando a JEZE, refiere que los cahiers des charges traen disposiciones semejantes a las antes comentadas (ver también BENOT, Francis Paul. *El Derecho Administrativo Francés*, Inst. de Estudios Administrativos, Madrid, 1977, pág. 808). Ya concluido el presente trabajo, fue publicado en *El Derecho* de los días 27 y 28 de mayo de 1986, un excelente estudio de GUASTAVINO, Elías P., titulado "Indemnizaciones por la actividad lícita lesiva del Estado", donde comenta el fallo (también publicado el 27 de mayo) en autos "Ramos, José c/Municipalidad de Buenos Aires", CNCiv., Sala F, noviembre 19-1985 que aplica análogamente la limitación indemnizatoria de la Ley de Expropiaciones.

En lo que aquí interesa, cabe señalar que el autor acepta la procedencia de la indemnización del lucro cesante en los casos de revocaciones por oportunidad de actos y contratos administrativos, en particular el de obra pública, sintéticamente por las siguientes razones: a) deber de reparación integral del daño patrimonial; b) inaplicación al caso de la restricción establecida en la ley de expropiaciones; c) inexistencia de limitación en la Ley de Obras Públicas n.º 13.064.

O habeas corpus e o interdictum de homine libero exhibendo

EDSON DE ARRUDA CAMARA
Magistrado

"Alles Recht in der Welt ist erstritten worden, jeder wichtige Rechtssatz hat erst denen, die sich ihm widersetzen, abgerungen werden müssen, und jedes Recht, sowohl das Recht eines Volks wie das eines Einzelnen, setzt die stete Bereitschaft zu seiner Behauptung voraus" (RUDOLF VON JHERING, in "Der Kampf um's Recht", op. cit.)

"... a liberdade, o único valor imperecível da História" (ALBERT CAMUS).

"Nem o Estado, nem sua soberania são um fim em si mesmos, mas estão a serviço do homem e são limitados pelos direitos humanos" (MONTESQUIEU).

SUMÁRIO

1. *Introdução*
2. *A idéia de LIBERDADE entre os romanos*
3. *Os tempos modernos; LIBERDADE e ESTADO DE DIREITO*
4. *O habeas corpus -- suas origens; discussão*
5. *Os interditos; o interdictum de homine libero exhibendo*
6. *Conclusões*
7. *Bibliografia*

1. Introdução

Vários Autores têm visto no *interdictum de homine libero exhibendo* a origem romana do instituto do *habeas corpus*.

Tal posição doutrinária — com a qual não concordamos — chamou-nos a atenção, traduzido esse chamamento por um certo incômodo quanto ao citado posicionamento, e resolvemos analisar e observar mais de perto o problema. Disto resultou a elaboração do presente trabalho monográfico, em que procuraremos nos cingir ao cotejo crítico dos dois institutos — HC e interdito —, deixando, outrossim, de falar em institutos outros que guardam certa parecença com os institutos enfocados — como os forais e outros, referidos no direito português e passando, deste, ao brasileiro — por entendermos não serem verdadeiros elos de cadeia entre o HC e os *interdicta*, conquanto vozes existam a se oporem à nossa tese. Falaremos, aqui, sim, dos interditos e do HC, como dissemos, em cotejo crítico, simplesmente, deixando, inclusive, muitas de nossas assertivas adstritas a conhecimento anterior ou *a latere* da matéria.

Certos Autores têm visto nos *interdicta* dos romanos o proto-ovo do *habeas corpus*. Discordamos, como dissemos. E o demonstraremos.

Não nos parece, entretanto, que dita demonstração, dentro do tema que elegemos para o presente trabalho, seja viável de se desenvolver a partir de uma cronologia cujo “marco zero” se finque na distante Roma, e, a partir daí, cheguemos até aos dias que correm. O caminho inverso nos parece o ideal para uma melhor compreensão do tema, quando, inexoravelmente, constataremos a inexistência de liames espaço-temporais, quer objetivos, quer subjetivos, a vincular os dois institutos focalizados. E as razões são várias:

a uma, por tratar-se o *habeas corpus*, principalmente considerado em face de todos os aperfeiçoamentos que recebeu, de instituição relativamente recente, que se vincula a conceitos também recentes, (direitos humanos, estado de direito, liberdade individual, estado constitucional, etc., sendo de se considerar o aspecto da liberdade individual tal como a concebemos modernamente, em toda a sua plenitude, limitada apenas pela barreira da lei, sendo esta formalmente posta a partir de poder legitimamente constituído pela vontade popular), conceitos com os quais, ao que parece, não estavam os antigos romanos tão preocupados ou pelo menos comprometidos, embora o conceito liberdade surja nítido em alguns de seus institutos;

a duas, por vincular-se o *habeas corpus* a idéias consubstanciadas na existência mesma de um estado de direito, estado constitucional, desconhecido dos juristas romanos;

a três, em razão da própria concepção moderna de liberdade individual, tão distanciada daquela vigente na romana *societas*;

a quatro, por sugerir o instituto do *habeas corpus*, por várias razões, inclusive de raízes comuns, a idéia de um *direito penal* e, obviamente, de um *direito processual penal*, formalmente postos, em moldes jamais pensados pelos juristas romanos, além de várias outras razões (que expomos no corpo do presente trabalho), sendo uma das principais, quicá a principal, o fato de que o ponto de cotejo que iremos estabelecer no curso da presente monografia (*habeas corpus*, para o direito atual; *interdicta*, para o direito romano), não é, a nosso ver, jamais *origem e originário*, posto que não há entre os interditos e o instituto do HC um perceptível *processus* de evolução, não havendo, temporal e espacialmente, nenhum liame referencial, além do que eram os interditos instituições de direito privado, ao passo que o HC é, efetivamente, de direito público, até mesmo em se considerando a clássica divisão (a *summa divisio*) do direito romano em *publicum* e *privatum* e suas respectivas definições: *Ius publicum est quod ad Statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem* (ULPIANO — D.I, 1, 1, 2). Assim é que os *interdicta de homine libero exhibendo* visavam à garantia da liberdade em fatos ocorridos entre particulares (o “Estado” romano seria, aí, intocável), enquanto o HC protege o particular do arbítrio do próprio Estado, através de seus agentes. Deste modo, interditos e HC podem ser considerados como figuras que guardam entre si traços de identidade, mas que são fundamentalmente diferentes a partir mesmo de sua natureza, de sua *ratio essendi*.

Em realidade, conforme sugere MEZGER, *op. cit.* p. 27, a denominação DIREITO PENAL (que não pode estar apartada do conceito de *habeas corpus*) é bem recente e teria sido empregada por REGNERUS ENGELHAR em 1756 e, embora, como assinala MACALHÃES NORONHA, *Direito Penal, op. cit.*, p. 20, “a história do direito penal é a história da humanidade”, surgindo com o homem e o acompanhando através dos tempos, posto que o crime, “qual sombra sinistra, nunca dele se afastou”, é inegável que os romanos, embora com vantagem sobre outros povos, não se elevaram no direito penal às culminâncias atingidas no direito civil, havendo mesmo quem se referisse ao fato como sendo os romanos gigantes no direito civil e pigmeus no direito penal. Em verdade, não tiveram os romanos o cuidado com a disciplina dos fatos puníveis, essencial para o estabelecimento de um direito penal, importando-se, tão-somente, a nível jurisprudencial dos casos particulares, a estabelecer regras destinadas à “prática do justo em relação aos fatos cotidianos”. “*Ars boni et aequi*” (ANIBAL BRUNO, *op. cit.*), muito embora os esparsos textos penais que legaram aos pósteros.

Fato é que, numa sociedade que admitia homens livres e escravos — estes entendidos como *res* —, os romanos trataram do bem liberdade a nível de direito privado.

Não poderiam, assim, admitir, os romanos, jamais o *habeas corpus* nos mesmos moldes pelos quais hoje — considerado o real desenvolvimento

histórico do instituto — o concebemos, ou mesmo como o conceberam as comunidades jurídicas do tempo de João Sem Terra, conquanto possuíssem os interditos exhibitórios citados (institutos de direito privado), que, tal qual o HC, visavam (a seu modo, diga-se) à garantia da liberdade de locomoção.

Realmente, numa sociedade em que a escravatura se institucionalizara, a distância axiológica é infinita em face do que hoje se pode admitir no contexto do estado de direito, onde a liberdade pessoal, constitucionalmente declarada em sua Carta Política, posta esta por Poder Constituinte legitimamente representativo da vontade popular, é a áurea pedra de toque e somente de forma excepcional pode ser restringida, assim mesmo nos casos em que a lei prevê tais restrições, ditadas estas por normas talqualmente postas pela vontade do corpo social através de seus legisladores, obedecidos princípios como os do *nullum crimen, nulla poena sine proevia lege penale* (em cuja base, como assinala DONNEDIEU DE VABRES in *Les Leçons...*, *op. cit.*, p. 388, existe “une vérité de valeur permanente et universelle: savoir qu’un homme ne doit être frappé pénalement à raison d’un act dont il ne pouvait, au moment de sa commission, apercevoir le caractère délitueux”), para que não se retroceda ao estado de coisas denunciado pelo MARQUÊS DE BECCARIA, cujo desassombro se constitui em extraordinário débito da humanidade e sua obra o mais potente brado que jamais se ouvira em defesa do indivíduo; e para que não se tenha de escrever um novo *Dos Delitos e das Penas* e a fim de que, por mais outra vez não se tenha de advertir que “só as leis podem fixar as penas de cada delito e que só o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que represente toda a sociedade...” (BECCARIA, *op. cit.*, p. 35).

2. A idéia de LIBERDADE entre os romanos

Muito se tem escrito hodiernamente sobre LIBERDADE. Como demonstramos em o item nº 3 do presente trabalho, tem sido o conceito e a idéia de LIBERDADE um alvo permanente de diuturnas elucubrações por parte de filósofos, sociólogos, políticos e juristas. E as conotações dadas à palavra LIBERDADE através dos tempos têm sido as mais diversas. Até que, em face das imprecisões suscitadas, buscou-se a concretização do conceito e da idéia através da adjetivação, a fim de que se colocasse como direito: as liberdades... E entendidas como direitos, as liberdades se confirmam nessa caracterização, “já que a existência e a titularidade de direitos, em qualquer sentido, se compreendem sempre em sentido social” (SALDANHA, *Estado de Direito, Liberdades e Garantias op. cit.*, p. 41). E liberdade no direito, dentro de estruturas institucionais, de convívio comum com o Estado, com a autoridade, com o poder e com a ordem, com os demais indivíduos de que se compõe o grupo social.

Se hoje entendemos que o homem é livre por natureza, tal como afirma o artigo primeiro da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que tomamos por *ratio essendi* do instituto do *habeas corpus*, de tal forma não pensavam os antigos romanos, embora mentores dos *interdicta* (uma das razões por que não podemos entender que este instituto seja origem do HC, apenas um remoto ponto de identidade com esta conquista da humanidade — conquista, sim, este; aquele, não, o que se constitui em um ponto a mais de reforço à nossa tese).

Assim é que, para os romanos, havia, basicamente, duas classes distintas de seres humanos, mercedores de tratamento diferenciado: os LIVRES e os ESCRAVOS. Embora admita JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, *op. cit.*, p. 111, que “a liberdade é a regra; a escravidão é a exceção”. Todavia, exceção ou não, tal posicionamento jurídico se mostra flagrantemente contrário a tudo o que norteia o instituto do *habeas corpus*, às idéias que coexistem com este *remedium juris* sendo inconcebível nos dias que correm.

Deste modo, vamos encontrar em ULPIANO (5,3: 19,5) os seguintes dados que nos são particularmente interessantes na presente monografia:

— “Pessoa é o sujeito de direito. Se homem, chama-se ‘pessoa física’; se ente moral, ‘pessoa jurídica’.”

— “Capacidade de gozo (ou personalidade) é a aptidão do homem para adquirir direitos e ficar sujeito a obrigações.”

— “Capacidade de exercício (ou capacidade) é a responsabilidade de exercer seus (próprios) direitos.”

— “Para a capacidade do sujeito se exige sua liberdade (*status libertatis*), sua cidadania romana (*status civitatis*) e sua independência do pátrio poder (*status familiae*).”

Assim, a *liberdade* era fundamental para que o homem fosse sujeito de direito, coisa que, obviamente, não era o escravo.

Como prelecionou M. CANAAN, *op. cit.*, p. 201, “O estado de liberdade” (necessário para que o homem pudesse ter direitos e ser considerado pessoa) “podia existir por si só; os outros, porém, dependiam uns dos outros: o de família, do de cidade, e este, do de liberdade” — o que significa ser este o mais importante dos *status*, exatamente o dizente ao enfocado instituto do *habeas corpus*, que leva por *ratio* o fato de que todo homem é, em princípio, livre, coisa que, para os romanos, não era verdadeira ou fundamental (o que distancia infinitamente o HC dos *interdicta*).

Em J. 1,3,1; G. 1,9; encontramos: “Liberdade é a faculdade natural daquele a quem é dado fazer o que quiser, salvo o proibido *pela força* ou pelo direito” (*grifamos*).

“A suma divisão do direito das pessoas é esta, a saber: todos os homens ou são livres ou são escravos” (CAIO).

Por sua vez, os homens livres ou são *ingênuos* ou são *libertos*.

Ingênuos — são os nascidos livres, que nunca foram escravos. Gozam de todos os direitos.

Libertos — São os alforriados de justa escravidão (conforme as palavras do *Jus Civile*: “justa escravidão”, expressão que ao jurista moderno outro sentimento não pode motivar senão o da repulsa).

Em ULP. 1,5 vamos encontrar:

Há três classes de libertos:

I — *Cidadãos*: os escravos alforriados segundo o *Jus Civile*.

II — *Latinos junianos*: os alforriados segundo o direito pretoriano. Têm todos os direitos, salvo o *connubium* e o *testamenti factio*. Deriva seu nome da *Lei Junia Norbana*, que lhes regulou a condição, assemelhando-a àquela dos antigos habitantes do Lácio (latinos).

III — *Deditícios*: os escravos criminosos alforriados. Nunca se tornam cidadãos romanos; não podem residir em Roma ou dentro de 100 milhas. Derivam seu nome do fato de sua condição ser semelhante à dos inimigos que se entregam na guerra incondicionalmente.

O liberto deve para quem o alforriou (patrono):

a) *obsequium* — não pode acioná-lo sem a outorga judicial;

b) *operae* — prestação de vários serviços;

c) *bona* — metade de sua herança, se falecer sem filhos.

Em G. 1,159 encontramos:

Capitis diminutio — É a alteração da capacidade de gozo ou personalidade, *id est*, alteração de um dos três *status*. Pode ser:

Máxima — quando perde a liberdade.

Média — quando conservada a liberdade, perde a cidadania.

Mínima — quando se muda o estado de família (adção, ad-rogação, casamento *cum manu* da mulher, emancipação).

Finalmente, dispõe G. 1, 52 sobre os escravos:

“A escravidão é uma instituição do direito das gentes pela qual alguém está, contrariamente à natureza, sujeito ao poder alheio.”

Sobre a escravidão, informa GAETANO SCIASCIA, in *Sinopse...*, op. cit., p. 24:

“O escravo, perante o *Jus Civile*, é coisa (*res*); mas na realidade, sendo homem, sua personalidade, por influência da filosofia estoíca e do cristianismo, foi indiretamente reconhecida.”

“O senhor tem sobre o seu escravo o direito de vida e de morte (*ius vitae et necis*) e pode entregá-lo a terceiro prejudicado (*ius noxae dandi*). Na República, entretanto, o homicídio do escravo alheio é punido como o de qualquer pessoa. No império o senhor que castiga com demasiada crueldade seu escravo é obrigado a vendê-lo.”

“O escravo não tem direito de família, e sua relação conjugal se chama *contubernium*. Entretanto, aplicam-se-lhe os impedimentos matrimoniais dos homens livres.”

“O escravo não tem prioridade, e tudo o que adquire é de seu senhor. Entretanto, o senhor costuma deixar-lhe um *pecúlio*, com o qual o escravo chega até a resgatar-se.”

“O escravo contrata só em vantagem de seu senhor. Mas se este lhe tiver dado um pecúlio, responde para com os credores dentro de seu montante. A obrigação do escravo para com o senhor ou o terceiro é uma obrigação natural. O escravo juridicamente não pode prejudicar seu senhor. Desde que pratica um dano a um terceiro, o senhor atual pode isentar-se de pagar indenização, entregando à vítima o escravo (*ius noxae dandi*).”

Por tudo isto, e por todo o mais, as idéias romanas de liberdade jamais poderiam gerar um instituto que pudesse ser tido como a semente do *habeas corpus*, repetimos.

As *Institutas* de Justiniano indicam quais as fontes da escravidão (J. 1,3):

a) Fontes do *Jus Gentium*:

I – cativo de guerra: o inimigo, prisioneiro, torna-se escravo dos romanos (*servitus iusta*); o romano, feito prisioneiro, torna-se escravo do inimigo (*servitus injusta*);

II – nascimento: filho de escravo escravo é, salvo se a mãe, entre a concepção e o parto, ainda que por um momento, foi livre.

b) Fontes do *Jus Civile*:

I – devedor insolvente vendido além do Tibre;

II – réu de roubo flagrante;

III – aquele que se subtraiu ao *incensus* (recenseamento);

IV – o maior de 20 anos que se finge escravo e se deixa vender para dividir o preço;

V — a mulher que se uniu ao escravo alheio contra a vontade do senhor.

Pela alforria (*manumissio* — ULP. 1,6), o senhor libertava seu escravo e o fazia dentro de moldes e formas ditados pelo direito civil ou pelo direito pretoriano. A condição dos alforriados por direito pretoriano foi regulada pela *Lei Junia* (latinos junianos). Na época cristã se conhece a *manumissio in sacrossantis ecclesiis*, alforria feita na igreja em presença dos fiéis, constituindo-se, aí, um ponto de ligação do direito romano com o direito da Igreja, direitos que se chegaram a tocar intimamente, motivando, assim a observação de GABRIEL LE BRAS, *op. cit.*, p. 209: “sans le droit romain, y aurait-il un droit classique de l'Église? Sans le droit canon, le droit romain aurait-il pénétré dans la Chrétienté?”

A alforria adstringia-se a várias leis, todas do início do Principado, como a *Lei Sencia*, a *Lei Junia Norbana* e a *Lei Fufia Caninia*.

Disponha, ainda, o direito romano sobre as pessoas quase escravas (C. 1,138; ULP. 2.1) que eram as pessoas *in mancipio* (filhos vendidos, ou mancipados, pelo *paterfamilias*, em Roma, ou entregues a outrem para indenização por prejuízos, sendo livres em condição de escravos), o *statu-liber* (escravo alforriado sob condição suspensiva) e os *colonos* (homens livres, trabalhadores em latifúndio, que não podem se afastar da terra).

Tudo isto, afora a discriminação e a heterogênea distribuição de direitos sempre existente em Roma, conforme demonstra J. M. OTHON SIDOU in *A Privação...*, *op. cit.*, ao tratar da concepção de liberdades vigente no seio da romana sociedade, além do que, como assinala DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, p. 389, era “la règle *nullum crimen nulla poena sine lege*, étrangère a notre ancien droit comme au droit romain...”

Ora, com tal concepção de liberdade (e a nossa possui raízes helênicas, ressalve-se), em nada se assemelham os romanos ao *homo contemporaneus*. Logo, não há por que se admitir os *interdicta* como origem, semente, do instituto do *habeas corpus*: enquanto este se vincula a uma concepção social de plena e irrenunciável liberdade, liberdade inerente a todo e qualquer indivíduo, aqueles tiveram sua vigência dentro de um panorama social e jurídico cujo conceito de liberdade era bem outro, bem distanciado desta *societas*, que vê na liberdade aquilo que viu ROUSSEAU, *op. cit.*, cap. IV (*De l'Esclavage*) — isto é, um bem inalienável, irrenunciável:

“Puisque aucun homme n'a une autorité naturelle sur son semblable, et puisque la force ne produit aucun droit (...) renoncer à sa liberté, c'est renoncer à sa qualité d'homme, aux droits de l'humanité, même à ses devoirs”.

3. Os tempos modernos: LIBERDADE e ESTADO DE DIREITO

A idéia de LIBERDADE é um tanto difusa e tão pouco precisa que sempre foi motivo de profundas elucubrações por parte de filósofos, juristas

— e toda uma gama de outros estudiosos — que jamais conseguiram transportá-la do plano do abstrato para o do concreto.

Tal idéia sobrenadava no momento historicamente grave da Revolução francesa, todavia sempre como um conceito baralhado, geral, indeterminado, abstrato: *liberté, égalité, fraternité*, era a trilogia revolucionária.

Esse conceito ideal, por inspiração dos pensadores franceses, foi se inserir na Constituição dos Estados Unidos da América como um vocábulo indefinido, misterioso, abstrato: LIBERTY.

Mas não era essa, a liberdade dogmática, a que aqui nos interessa. Interessa-nos, sim, a liberdade concreta e concretizada, tal como pensada pelos ingleses, que sempre a procuraram delimitar, dar contornos precisos, despir sua aura de mistério, definir, enfim. E o fizeram através da adjetivação, conferindo ao impreciso conceito um atributo: liberdade pessoal, liberdade de imprensa, etc.

Como adverte VICENTE FERRER NETO PAIVA in *Elementos...*, *op. cit.*, pp. 66/67, ao tratar dos direitos absolutos do homem, “do direito do homem sobre suas ações deriva-se em primeiro lugar o *direito de liberdade*” (discordamos da terminologia, pois entendemos ser a liberdade, em si, um direito — direito subjetivo que se objetiva com a ordem jurídica formalmente posta)... “A liberdade é uma faculdade que, bem como todas as faculdades do homem, deve dirigir-se aos seus fins racionais (...).” “E como os fins são muitos, pode dizer-se que há tantas espécies de liberdade quantos são os fins a que se refere. Assim é que há liberdade religiosa, liberdade moral, liberdade de ensino... liberdade de comércio, liberdade jurídica ou política...”

Concretizada e definida a liberdade como liberdade de locomoção (que, aqui, é a que nos interessa, como *Leitmotiv* do instituto do *habeas corpus*), diremos que ela é aquela que exprime o direito de *ir, ficar e vir*, ou seja, *the power of locomotion* dos ingleses: o *ius manendi, ambulandi, eundi ultro citroque*, cujas privações ilícitas encontram como remédio legal o *habeas corpus*.

Através dos tempos, várias têm sido as conotações dadas à palavra LIBERDADE. Como assinala NELSON SALDANHA (verbete LIBERDADE in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, *op. cit.*), “a liberdade tem sido entendida em termos religiosos, metafísicos, psicológicos, sociais”.

Teologicamente, temos, a partir da Bíblia, três importantes conotações: a) a liberdade como oposição à escravidão (Êxodo, onde ressalta o sentido espiritual); b) a liberdade no sentido de oposição à escravidão — no sentido material (o cativo do Egito); e c) a liberdade como salvação: “a verdade vos libertará”. São Paulo define, ontologicamente, a liberdade como “a libertação do espírito da escravidão e do temor. O Novo Testamento, que fala abundantemente de liberdade, refere-se, principalmente, à liberação do pecado, da lei e da morte.

Filosoficamente, vários são os enfoques sob os quais é a liberdade colocada: para ARISTÓTELES, a liberdade é encarada como ausência de limitação; para SPINOZA, um estado de totalidade; para a filosofia moderna (a partir de HOBBS e LOCKE), a liberdade é possibilidade e opção, sendo finita e condicionada.

SÍLVIO DE MACEDO, *op. cit.*, p. 359, põe em foco o pensamento de vários filósofos acerca da liberdade:

SANTO TOMÁS DE AQUINO busca esgotar o tema no "livre arbítrio". Para ele a liberdade é o que se revela com a consciência individual e social. O homem *se sente* livre antes e depois de agir.

Para LOCKE, dois tipos de liberdade: liberdade de vontade, *freedom* ("we are born free as we are born rational"), e liberdade política, *liberty*.

STUART MILL segue os passos de LOCKE, além de entender a liberdade como um fato moral, como o fez KANT: *liberdade da vontade* (*Freiheit des Willens*), algo empírico-psicológico.

HEGEL conceitua a liberdade como ponto nodal da racionalidade, da filosofia, do direito, da moral e do espírito.

Para BERGSON: "On appelle liberté le rapport du moi concret à l'acte qu'il accomplit. Ce rapport est indéfinissable, précisément parce que nous sommes libres. On analyse, en effet, une chose, mais non pas un progrès; on décompose de l'étendue, mais non pas de la durée."

Para KARL JASPERS, "a liberdade é algo vazio se não se vincula à verdade da qual tem brotado e à qual ela serve".

MAX SCELLER ("Schristen aus dem Nachlass") afirma que "a liberdade é um termo cujo significado, no mínimo, contém um membro de um conjunto cuja qualidade só se entende na relação com esse conjunto".

Pode ainda a LIBERDADE ser enfocada sociológica e politicamente, sendo que sociologicamente se vê abandonado o aspecto *vontade*, discutindo-se, tão-somente, o problema da liberdade de ação (suposto de responsabilidade tanto moral como jurídica), enquadrando-se, aí, os conceitos romanos de *facultas agendi* (direito subjetivo) e a *libertas agendi* (direito objetivo).

Vimos, então, quão impreciso é o conceito-ideia de liberdade (*liberty*, *liberté*...), o qual deve ser concretizado e delimitado (*power of locomotion* etc.) em face do instituto do HC, que visa, em realidade, não à liberdade abstrata, mas, sim, ao *ius manendi ambulandi, eundi ultracitroque*, especificamente.

É o que, inescusavelmente, podemos entender, não só do que até aqui expusemos, também do que passamos a colocar, por acréscimo:

SMOU, *As garantias...*, *op. cit.*, p. 9, afirma peremptório que “a liberdade não é um direito: é um conjunto de prerrogativas que nascem com o homem e se desenvolvem em obediência a seus anseios, apuramento e idiosincrasias”. E argumenta o alentado Autor que “não é direito porque, independendo da coletividade humana e se prepondo a qualquer inter-relação entre os homens, antecede, naturalmente, à manifestação primária da vida jurídica...” (Crítica: parece que o consagrado Autor se esquece da elementar distinção entre direitos subjetivos e direitos objetivos e da existência dos chamados direitos *erga omnes*). E termina SMOU dizendo que, inobstante se nutra, a liberdade, do convívio social, independe da relação humana. *Data venia*, discordamos, ainda, do Autor: se, em geral, os direitos pressupõem dois pólos relacionais (credor/devedor, por exemplo), existem direitos — e isto é insofismável — que não exigem uma perfeita delimitação relacional: há um titular e o restante do corpo social deve respeitar essa titularidade, sendo direitos *erga omnes* oponíveis a todos indistintamente, sendo o difuso corpo social sujeito passivo deste direito chamado LIBERDADE.

Em nosso arrimo, o emérito PONTES DE MIRANDA, *op. cit.* (*Tratado...*, vol. I, p. 162):

“O direito de personalidade, os direitos, as pretensões que dele se irradiam são irrenunciáveis, inalienáveis, irrestringíveis. São direitos irradiados dele os de vida, *liberdade*, saúde (integridade física e psíquica), honra, *igualdade*” (grifamos a palavra “liberdade”).

Já em sua célebre *Posse de Direitos Pessoais*, *op. cit.*, p. 82, disse o insigne RUI BARBOSA, citando FELÍCIO DOS SANTOS:

“Dizemos ainda que alguém está na *posse de sua liberdade*. E haverá *direito* mais pessoal?” (grifamos a palavra “direito”, já grifada por RUI a palavra “liberdade”).

E é essa posse que visa garantir o instituto do habeas corpus...

Nos tempos contemporâneos (e, historicamente, começam estes com a Revolução francesa, como preleciona SOUTO MAIOR, *op. cit.* p. 20), vamos encontrar, a partir de 1789, uma permanente preocupação com os chamados direitos humanos, gerada no bojo dos ideólogos do séc. XVIII, cuja versão factual foi a Revolução francesa e que vai ser a pedra de toque da Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela ONU em 1948, cujo preâmbulo assim começa:

“Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e

inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; . . .”

Isto é a evidência de que tais valores sociais e jurídicos são colocados acima de quaisquer outros, passando as instituições sociais a serem “marcadas pelo signo da liberdade, idéia nuclear a presidir a formação dos novos hipersistemas sócio-culturais” (SÍLVIO DE MACEDO, *op. cit.*, p. 364).

Assim é que no ESTADO MODERNO (e mais, e melhor: no ESTADO DE DIREITO) é fundamental o respeito ao valor LIBERDADE, o qual vai encontrar a sua máxima proteção a partir dos próprios textos constitucionais dos vários Estados, alguns dos quais transcrevemos a título de ilustração:

“Artigo XIII (aprovado em 1º de fevereiro de 1865, ratificado em 18 dez. 1865) — Seção I — Não existirá nos Estados Unidos ou em território sujeito à sua jurisdição nenhuma forma de escravidão ou de servidão involuntária, salvo tratando-se de punição de um crime e tendo sido o autor legalmente condenado” (*Constituição dos Estados Unidos da América*).

“Art. 1º Os homens nascem e são livres e iguais em direitos..

Art. 4º A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique a outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Art. 7º Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. . .” (*Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão — França —, de 26-8-1789, constituindo direito em vigor, objeto de remissão da vigente Constituição em seu preâmbulo*).

“Art. 13. A liberdade pessoal é inviolável.

Não se admite forma alguma de detenção, de inspeção ou de busca pessoal, nem qualquer outra restrição à liberdade pessoal senão por ato fundamentado da autoridade judicial, nos casos e nos termos da lei

Art. 16. Qualquer cidadão pode circular e permanecer livremente em qualquer parte do território nacional, salvo os limites em geral estabelecidos por lei” (*Constituição da República Italiana, 27 de dezembro de 1947*).

“I – Dos direitos fundamentais

Art. 1º A dignidade da pessoa humana é sagrada. Todos os agentes da autoridade pública têm o dever absoluto de a respeitar e proteger.

2. O povo alemão reconhece, pois, a existência de direitos do homem, invioláveis e inalienáveis, como fundamento de toda a comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.

3. Os direitos fundamentais aqui enunciados constituem preceitos jurídicos diretamente aplicáveis, que vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judicial.

Art. 2º

2. ... A liberdade da pessoa é inviolável. Só a lei pode restringir esses direitos” (*Constituição da República Federal Alemã*, Lei fundamental de 23-5-49).

“Art. 5º A Confederação garante aos cantões o território, a soberania dentro dos limites fixados no art. 3º, as suas *Constituições*, a liberdade e os direitos do povo”
(*Constituição da Confederação Suíça*, 29-5-1874, atualizada até 31-12-1969).

Assim se expressa a nossa Carta Fundamental (Emenda Constitucional nº 1/69):

“Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....

§ 12. Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente. A lei disporá sobre a prestação de fiança. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal.

.....

§ 20. Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

.....”

Como observa SIDOU (*Garantias...*, p. 37), “um excuro pelas páginas de quase todas as Cartas constitucionais vigentes, a quase unanimidade deste quartel de século permite observar como elas se comportam na garantia dos direitos coletivos (...) os estatutos básicos nacionais as consagram, num compromisso formal, solene e irrenunciável, contraído não apenas com seus jurisdicionados, porém com o homem de todos os quadrantes do mundo, comunheiro sem dúvida dos mesmos direitos coletivos, como se lê no pórtico da Declaração universal: Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos...”

Assim, a maioria das Constituições enfoca concretamente o *ius manendi, ambulandi, eundi ultro citroque*, visando sua proteção, estatuindo sobre o respeito deste sagrado direito até mesmo por parte do próprio Estado, o que se verifica através do instituto do *habeas corpus*, o qual, conquanto tenha suas raízes fincadas na *Magna Charta Libertatum*, em seu § 29 (que acabou sendo desrespeitada, esquecida, postergada a cada passo e “sem garantias sérias, sem remédios irretorquíveis, estava exposta ora às decisões cobardes de certos juizes, ora às interpretações dos partidários da prerrogativa” — PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 55), passando pelo *Bill of Rights* (“e mesmo depois da petição de Direitos, as ordens de *habeas corpus* eram denegadas a cada momento ... muitas vezes, o que era bem pior, desobedecidas”, PONTES, p. 55), chegando-se ao *Habeas Corpus Act* (1679), que, embora imperfeito como demonstra PONTES DE MIRANDA — *op. cit.* —, pode ser considerado como a pedra angular da defesa e da garantia à liberdade, atingindo o estado de direito, onde o *habeas corpus* se aprimora pela exaltação do sentido de liberdade.

Para PAULO BONAVIDES — *op. cit.* — “o estado de direito aparece historicamente como criação ideológica da sociedade burguesa, de suas lutas contra o absolutismo. A Constituição escrita é o coroamento desse ideal, a nascente legítima de uma ordem limitativa do poder numa escala de valores cuja hierarquia começa com o indivíduo, prossegue com a sociedade e termina com o Estado, o último dos três valores”.

Por essa conceituação, podemos assimilar um sentido de evolução — o mesmo sentido que subsiste no conceito de liberdade e no próprio instituto que a resguarda.

Deste modo, conquanto a liberdade haja nascido com o próprio homem, o seu anjo tutelar só vem a surgir numa fase bem posterior da história da humanidade (1215... 1679...), todavia, num momento em que o direito era ainda bastante incipiente, sendo tão-somente o “*droit du plus fort*” a que se refere ROUSSEAU em seu *Contrato Social*, e quando ainda não se podia falar em Estado (em realidade, só se pode falar em Estado na Idade Moderna — o ESTADO MODERNO, que tende a evoluir em ESTADO DE DIREITO).

Assim é que a evolução do conceito de liberdade e de suas garantias está adstrita à evolução do conceito de Estado.

Se tomarmos por base o ano de 1215, em que foi assinada a Carta por João sem Terra, partiríamos de plena Idade Média e teríamos de nos referir a um "Estado Medieval" (se é que este existiu, como Estado), com limites jurisdicionais confusos, direito eminentemente consuetudinário, ordenamento não unificado, "Estado" não nacional, não unitário, não soberano, presa do sistema feudal, com predominância de localismos, o imperador com pretensões de ser universal (sua autoridade não conhecia limites), etc. O Estado Moderno (verdadeiramente o *Estado* — embora não queiramos discutir a questão nesta monografia: se houve ou não Estado na Idade Média, se se pode precisar uma faixa temporal a que se denomine Idade Média, se Estado seria apenas o chamado Estado Moderno, se Estado, Estado Moderno e estado de direito são denominações equivalentes, etc...) surge negando a tudo isso, mercê do rompimento com o papado, do despontar de nacionalidades, da unificação territorial, do enfeixamento do poder, etc... E se aperteiça com a maior valia aos chamados direitos humanos, sendo, na lição de NELSON SALDANHA (*Estado de Direito, Liberdades e Garantias, op. cit.*, p. 39), "tarefa inicial e não difícil do liberalismo destacar, de dentro desses direitos, as liberdades, cuja acepção plural, de resto, tinha antecedentes na Magna Carta e em outros documentos pré-liberais", caracterizando-se, então, as liberdades "quase axiomáticamente como *direitos*, na elaboração da nova ordem sócio-política nascida das revoluções liberais", entrando, ditas liberdades, "nas Constituições como conteúdos substanciais do núcleo de prerrogativas que o Estado encontra no ser humano como coisa anterior à sua presença: anterior no sentido lógico e prioritário no sentido axiológico". Começa, assim, o Estado Moderno a caminhar em direção ao estado de direito, o qual, no dizer de DEL VECCHIO, *op. cit.*, p. 271, aproveitando um elemento da doutrina kantiana, é aquele que reconhece "o valor da personalidade e, por conseguinte, o dever de limitar a sua própria atividade, sempre que esta ameçar destruir aquele valor", certo ainda que "o Estado não deverá, sobretudo, invadir o foro íntimo da consciência individual com exigências arbitrarias, nem tampouco suprimir a iniciativa e a concorrência individuais". E mais: "... que cada um de seus atos" (do Estado) "tenha sempre por fundamento a lei como manifestação da vontade geral" (p. 272). E em lapidar fórmula, o mesmo DEL VECCHIO: "A antítese entre individuo e sociedade encontrou, assim, no Estado a sua superação racional. O Estado é o órgão supremo do direito. O direito é uma emanção da natureza humana. O Estado é, pois, o próprio homem considerado *sub specie juris*". Para DEL VECCHIO, p. 274, devem ser pontos cardeais do Estado Moderno a soberania da lei, o direito de todos os cidadãos a participarem na sua formação e a igualdade dos mesmos perante a lei. Lei como fruto da elaboração do Estado-legislador, por delegação do povo e sujeita ao controle do Estado-juiz: "O Poder Legislativo edita a lei; outro órgão aprecia-lhe a compatibilidade com a Constituição" (PONTES DE MIRANDA, *Tratado...*, p. 40). Por tudo

isto, ainda caminhando de mãos dadas com DEL VECCHIO, "o Estado é e deve ser um *estado de direito* e não um estado absoluto ou de polícia", tudo pressupondo sempre a noção jurídica de cidadão, inteiramente estranha às ideologias e estruturas medievais, clima onde surgiu a *Magna Charta* (e, também por isto: por não se conceber o homem como cidadão, daí a reação), semente do *habeas corpus*, instituto que ascende a seu maior apogeu com o *estado de direito*, sendo, deste, uma das mais fortes, senão a mais forte, formas de expressão (estado de direito, sim; não, todavia, nos moldes da doutrina de Kelsen pela qual o Estado é, por si mesmo, estado de direito, sendo, assim, estado de direito aquele onde pontificara o Nacional Socialismo de Hitler — o que, sem sombra de dúvida, é uma inominável heresia). No estado de direito, de se ressaltar, encontra-se o *habeas corpus*, em sua Constituição (votada pelo Poder Constituinte legitimamente posto pela vontade popular), inscrito com letras de ouro, com o traço firme e indelével com o qual devem estar, também, inscritos todos os demais direitos do homem e do cidadão.

4. O *habeas corpus* — suas origens; discussão

Não discutiremos, aqui, por ocioso, a natureza jurídica do *habeas corpus*, sua aplicabilidade, aspectos legais e jurisprudência, o direito positivo, enfim, nenhum outro aspecto senão o da gênese do instituto, que é o que, realmente, neste estudo, nos interessa. Presuntivamente, daremos todos os demais aspectos por conhecidos — por motivos práticos e para que não se alongue desnecessariamente o tema ora tratado, posto que limitado espacialmente em nossa tarefa.

Ordinariamente, tem-se dito que a origem do *habeas corpus* finca-se no ano de 1215, na Inglaterra de João Sem Terra, na *Magna Charta Libertatum*. Assim o afirmam até mesmo aqueles que têm sugerido serem os *interdicta* romanos a origem mais remota do *remedium juris* constitucional e modernamente consagrado. Entre esses autores se alinha o nosso PONTES DE MIRANDA:

"JOÃO SEM TERRA. — Os princípios essenciais do *habeas corpus* vêm, na Inglaterra, do ano 1215. Foi no Capítulo 29 da 'Magna Charta Libertatum' que se calcaram, através das idades, as demais conquistas do povo inglês para a garantia *prática, imediata e utilitária* da liberdade física" (PONTES DE MIRANDA, *História e Prática...* op. cit., p. 9).

"... Não havia, então, qualquer remédio jurídico que, por suas virtudes, se lhe pudesse atribuir o ser fonte do *habeas corpus*", que "é posterior à própria *Magna Charta*, de onde procede,

contudo, em seus princípios de direito público subjetivo” (nossos os grifos) (PONTES DE MIRANDA, *História...*, pp. 22/23).

Assim se refere MACALHÃES NORONHA in *Curso...*, *op. cit.*, p. 384, às origens do *writ*:

“Historiadores e juristas apontam a origem do *habeas corpus* na *Magna Charta* do Rei João Sem Terra, obrigado a outorgá-la sob a pressão dos ‘barões de ferro’, em 19 de junho de 1215, nos campos de Runnymede”.

No mesmo diapasão, SAHID MALUF, *op. cit.*, p. 395:

“O instituto do *habeas corpus* tem sua história ligada ao marco inicial do constitucionalismo inglês: a Magna Carta de 1215.”

RALF LOPES PINHEIRO, *op. cit.*, p. 54, ao analisar a Magna Carta e os procedimentos de João Sem Terra, preleciona:

“Tais promessas nem sempre foram cumpridas por João Sem Terra, mas, de qualquer forma, estavam ali escritas e asseguradas as garantias individuais dos cidadãos. E dessas garantias derivam e se acham incorporados às Constituições dos povos livres os seguintes preceitos:

a) (...); b) (...);; e) o *habeas corpus*; f) (...)”

Com efeito, a origem do *habeas corpus* está, como historicamente consagrado, na *Magna Charta Libertatum*, e é a partir dela que vemos o instituto evoluir e chegar aos nossos dias, mantidos os indelévelis liames — coisa inconstatável quanto aos *interdicta*, se os tomamos por origem: os *interdicta*, conquanto garantissem a liberdade de ir e vir como faz o *habeas corpus* (e este, o único ponto de identidade), o faziam de forma bastante diversa deste, inclusive tendo natureza distinta da do *writ*, como teremos oportunidade de verificar no item nº 5 do presente trabalho.

Se, como afirmou RUI BARBOSA, o *habeas corpus* pode ser entendido como “a ordem dada pelo juiz ao coator a fim de fazer cessar a coação”, de se entender que, no caso do HC, a coação se origina no próprio Poder Público (autoridade coatora), enquanto nos interditos a coação era em geral exercida por um particular sobre outro (neste ponto um reparo ainda: se o HC é medida fundamentalmente aplicável contra ato da autoridade, ou se também contra particular. Diz BOLIVAR PEDROTTI MALGARÉ, *op. cit.*, pp. 16/17: “Há duas correntes que discutem esse assunto: uma entendendo que o *habeas corpus* só tem cabimento se a coação ilegal provém de ato de autoridade; a outra, muito forte, entende que o HC sempre tem cabimento, bastando que a liberdade de locomoção de uma

pessoa esteja sofrendo constrangimento ou coação ilegal, pouco importando para efeito do cabimento da medida, de quem parta a ilegalidade ... Há, porém, quem sustente que o remédio para fazer cessar uma coação ou ilegalidade praticada por um particular deveria ser buscado não através do HC, mas por medidas outras constantes da legislação penal..."). Daí o concluir-se que, no caso do HC, o Estado busca controlar os seus próprios atos, investindo contra seus prepostos em defesa do *power of locomotion* de seus súditos; já no caso dos *interdicta*, o Estado investia contra particulares apenas, posto que os seus próprios atos eram intangíveis e insusceptíveis de reparo. E só esta diferença nos basta para que não admitamos os *interdicta* como origem do HC.

A expressão *habeas corpus* procede do latim e, em sentido literal, significa "tome o corpo" (*habeas*, subjuntivo de *habeo*, *es*, *habui*, *habitum*, *habere* = possuir, tomar posse + *corpus*, *corporis* = corpo). Menos literalmente, significa que se tome a pessoa e se apresente ao juiz, que a julgará. O cerne do HC está na máxima contida na vetusta *Magna Charta*, em que *nullus liber homo capiatur*.

PONTES DE MIRANDA, *op. cit.* (*História e Prática...*), p. 23, elucida:

"*Habeas corpus* eram as palavras iniciais da fórmula do mandado que o tribunal competente concedia, endereçado a quantos tivessem em seu poder, ou guarda, o corpo do detido", literalmente: "toma o corpo deste detido e vem submeter ao tribunal o homem e o caso".

Vozes isoladas apontam outras origens para o HC. É o que informa VICENTE SABINO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 18: "Outros escritores, como GUILHERME ONCKEN, fazem remontar esses princípios à época de Henrique III (1154-1189), com sua Carta..." (...) "... E não falta quem aponte, como antepassado ou precursor desse remédio, certa medida adotada em plena Idade Média, no Fuero de León (1188), como consequência do pacto político-civil entre o reino e Dom Afonso IX, em que se traçam limitações progressivas ao poder absoluto dos reis."

Informa RALPH LOPES PINHEIRO — *op. cit.* — citando JAYME DE ALTAVILA, que muitas das disposições do HC já apareciam em leis anteriores, como os Estatutos da Paz, de 1022, editados pelo Rei Luís, o Gordo.

É o próprio VICENTE SABINO JÚNIOR quem informa (p. 19): "O que se sabe de positivo é que a mais antiga manifestação legal de garantia da liberdade humana, *pelo menos a do homem livre*" (grifamos), "encontra-se no direito romano, inserta no livro 43, título 29, do Digesto, representada pelo interdito *De homine libero exhibendo*: Ait Praetor — Quem liberum dolo malo retines, exhibeas; Hoc interdictum proponitur tuendae libertatis causa: videlicet, ne homines liberi retineantur a quoquam."

Data venia, discordamos do alentado Autor, pelas mesmas razões que adotamos ao longo do presente trabalho, aduzindo, ainda, que forte argumento nos fornece o próprio VICENTE SABINO JÚNIOR no trecho supra transcrito, exatamente na frase por nós grifada: “pelo menos a do homem livre”, o que lembra claramente a escravatura romana, que só pode escandalizar a consciência jurídica vigente e que é incompatível totalmente com os princípios e valores que norteiam o instituto do HC, inclusive o valor (natural) liberdade, que é ínsito à dita consciência e a partir dela mensurável, quer objetivamente, quer subjetivamente, como dado sensível que, como todo dado do chamado direito natural, ‘no puede ser sino experimentado, no enseñado; se vive, no se inventa, ni se descubre, ni se investiga’... “porque no es una realidad de la conciencia, sino una entidad dada siempre... antes de toda posible reflexión sobre ella, una entidad que no hace vinculante por obra de la conciencia, ni gana en obligatoriedad por obra de su racionalización” (WOLF, *op. cit.* p. 214). É ínsito o valor liberdade à consciência jurídica porque o homem é naturalmente livre e o “elementar desejo de ser livre é a força por trás de todas as liberdades, velhas e novas”, com “pouca necessidade de explicar o que é esse desejo”, o qual “alguns de nós o descobriram de modos inesquecíveis” (RALF DAHRENDORF, *op. cit.*).

Se, por um lado, como já dissemos em o item nº 2 do presente trabalho, não havia em Roma o devido respeito à liberdade do homem, em face do Poder Público, por outro lado não se deve encarar esse despreço como total pela liberdade humana, nem que o sentimento de liberdade estaria entorpecido no ser humano. Como assevera SMOU in *Garantias...* *op. cit.*, p. 14, “nos códigos romanos... se repete que todo homem, por direito natural, é livre, afirmativa que se encontra em D.40.10.11 e C.6.8 e 7.24. O homem livre” (e pela expressão “homem livre” nos é sugerida a existência do escravo) “devia permanecer nesse estado e, contra os atos que lhe cerceassem a liberdade, se erguiam remédios enérgicos, quando menos enfáticas declarações de direitos”. “O que ocorria em desfavor dessas declarações é que não havia como contrapô-las aos governos, enérgicas como fossem, em frente dos particulares” (o que é completamente contrário às diretrizes que regem o HC, dirigido, principalmente, contra o arbítrio dos agentes do Poder Público — o que é conclusivo em favor de nossa tese. Ressaltamos, ao ensejo, que esse *respeito relativo* à liberdade humana, sobre o qual falamos linhas acima, não nos permite vislumbrar nos interditos a origem romana do HC: o respeito à liberdade, aí, deve ser total). Prossegue SMOU: “... era da peculiaridade do direito romano que o Estado não podia ser acionado.”

Assim, não podemos ver, como origem do HC, os interditos. E insistimos na origem inglesa (1215) do instituto, origem que — o que é importante — não é só do HC, também do consagrado princípio do *nullum crimen*, o qual, conforme argumenta SEBASTIAN SOLER — *op. cit.*, p. 12 — “n’est pas sorti, complet et achevé de la tête de Minerve pour se projeter,

invarié et invariable, sur l'Histoire", mas, como bem demonstrado pelo renomado Autor, teve sua origem no § 29 da Carta de João Sem Terra, que é o alfa, como dissemos, não só do HC, também do princípio da anterioridade da lei, sendo certo que "après la Grande Charte, il y a eu encore en Anglaterre de nombreux *bills of attainders* et en France, de nombreuses *Lettres de cachet*" (SOLER, *op. cit.*). O § 29 da Magna Carta "doit être considéré comme une forme primitive qui n'en viendra que postérieurement, en réalité des siècles après, à mettre l'accent sur l'exigence de la priorité de la loi par rapport au fait".

Assim é que, sobretudo por terem origens comuns, o *nullum crimen* e o HC caminham de mãos dadas até os nossos dias e continuam a constituir culminâncias dentro do estado de direito — o que, absolutamente, não ocorreu em Roma, em nenhum de seus estádios.

E, se, por um lado, em Roma não havia uma tradição de liberdade — já que, aí, se consagrava a escravatura —, na Inglaterra se objetivava a manutenção daquilo que o povo entendia como algo que já lhe pertencia: "We must vindicate our ancient liberties, we must reinforce the laws made by our ancestors", diziam as petições de direitos apresentadas aos príncipes.

Assim, ROMA e INGLATERRA, duas consciências bem distintas; INTERDITOS e HABEAS CORPUS, dois frutos estanques dessas distintas consciências. . .

5. Os interditos. O *interdictum de homine libero exhibendo*

O vocábulo *interdicta* (sing. *interdictum*) possui a seguinte etimologia: *inter* (entre) + *dictus*, a, um (part. passado do verbo *dico*, is, *ixi*, *ere* = dizer), donde o verbo *interdicere*, significando interdizer, interditar, decretar, enfim, prolatar decisão terminativa de um litígio: *inter duos dictum* ("dito entre dois" litigantes).

Eram os interditos ordenações proferidas pelos Magistrados, objetivando que certos acontecimentos se concretizassem, criando-se, mantendo-se ou recompondo-se situações, até que a causa fosse mais detidamente examinada com vistas a uma futura decisão definitiva.

Os *interdicta* tinham, principalmente, o caráter possessório e, basicamente, até Justiniano, dividiam-se em duas classes: os de retenção ou de manutenção de posse (*retinendae possessionis causa*) e os de recuperação ou de reintegração de posse (*recuperandae possessionis causa*), embora existissem, ainda, os destinados à condução dos filhos (*de liberis ducendis*), a fazer exhibir os filhos (*de liberis exhibendis*), de fazer exhibir a mulher casada (*de uxore ducenda vel exhibenda*), aos quais, no fundo, podemos considerar como possessórios, posto que, para o *paterfamilias*, um filho ou a mulher não tinham o sentido hodierno, sim uma conotação de simples *res* e, naturalmente, passíveis de posse.

JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, *op. cit.*, p. 263, informa que “no período clássico os interditos eram numerosos. Assim, permitiam ao *paterfamilias* reaver o *filiusfamilias* (ou a mulher *in manu*) retido por um estranho”. (O que não comporta nenhum paralelismo com o HC, até mesmo porque era providência intentada por particular em face de outro particular.)

Enorme foi a importância dos interditos no direito romano e de tal forma que foram absorvidos pelo direito moderno. No Brasil, eles evoluíram e se apresentaram em diversas formas e aspectos. Adaptaram-se contemporaneamente, modificaram-se, tomaram aspecto de ações, como no caso dos interditos *retinendae* e *recuperandae possessionis*, que constituem fundamentos importantes das ações possessórias em nosso direito positivo privado.

No tocante ao *interdictum de homine libero exhibendo* (e o direito romano conheceu vários interditos exhibitórios), autores há que afirmam ter sido tal instituto a “origem e raiz mais remota” do *habeas corpus*, como o douto PINTO FERREIRA (in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, *op. cit.*, p. 305) ou o mestre PONTES DE MIRANDA, in *História e Prática...*, *op. cit.*, p. 21 e parte III, opiniões contra as quais, *venia concessa*, nos insurgimos, posto que, se de um lado há semelhanças entre os interditos e o HC, ditos institutos não são senão semelhantes, não iguais, pesando, assim, o fato de serem, aqueles, institutos de direito privado e este, de direito público; mais: os primeiros visavam à tutela da liberdade ameaçada ou violada por um particular, enquanto o HC sugere, principalmente, a violação por parte do Estado através de seus prepostos, via de ilegalidade ou abuso de poder. Além do mais, não há, historicamente, nenhuma indicação de evolução de um ao outro instituto, apenas um enorme espaço de tempo a intermediá-los, espaço-temporal, em que vamos constatar apenas o permanente desejo de proteção à liberdade, evidenciado através de esforços jurídicos estanques. Ao demais, é inescusável que, ao se afirmar que uma coisa tem origem em outra, necessária a constatação de liames entre a fonte primária e o derivado. E, *in casu*, esses liames inexistem, sendo que, em lugar deles, apenas um vazio espaço-temporal, não adiantando que tais ou quais doutrinadores — mesmo usando de argumentos de autoridade — afirmem da originariedade apenas pela constatação de semelhança (e não de liames e de necessária evolução do instituto dito original). É o que demonstra a literatura a respeito, mesmo sob as peremptórias alegações de que o HC tem sua origem nos *interdicta*.

Por outro lado, sustentamos — e o fazemos em vários pontos deste trabalho — o total distanciamento entre os institutos sob análise, mercê, inclusive, da disparidade existente entre o tratamento dado ao bem liberdade no direito romano (o conceito de liberdade entre os romanos) e o vigente entendimento liberal de liberdade. A esse propósito, cai como uma luva a afirmativa de SIMOU (*As Garantias...*, p. 12) de que “em Roma, em qualquer dos três estádios de sua longa história cobrindo

treze séculos (...), tampouco ali, dizíamos, se pode apontar respeito à liberdade do homem em face do poder público. A única garantia a obstaculizar os possíveis abusos de poder consistia na acusação do magistrado (funcionário) quando expirasse o tempo, em geral de um ano, do múnus em que fora investido. O Estado romano não podia ser acionado, não respondia por seus agentes, *nem mesmo admittit ação contra eles*" (grifamos). Logo, não poderia admitir o direito romano o HC nos moldes em que tal instituto é, realmente, admitido. Como bem demonstram ALVARO VILAÇA AZEVEDO (*Interdicta, op. cit.*) e DOMINGOS SÁVIO BRANDÃO LIMA (*Interdicta adipiscendae possessionis, etc., op. cit.*), vários foram os interditos (quase sempre possessórios) de que se valeu o direito romano para a resolução das *quaestio interdutos*, isto "além do procedimento *per formulam* (...) da extraordinária *cognitio*" (DOMINGOS SÁVIO BRANDÃO, *Interdictum, op. cit.*), e das *legis actio*.

A determinação da origem do procedimento interdital, apesar das exaustivas pesquisas, continua bastante obscura; há falta de elementos e dados precisos para se dizer quando tal procedimento começou a ser usado, admitindo alguns autores a possibilidade de que haja sido ao tempo das ações da lei (na esfera administrativa), sendo certo que ao tempo da Lei das XII Tábuas "já existiam interditos para proteger situações e interesses que ainda não gozavam da tutela, como ainda para certos direitos que estavam protegidos na referida lei" (DOMINGOS SÁVIO, *Interdictum*). Mais tarde, com o procedimento *per formulam*, novos interditos, ao lado dos antigos, vieram a acentuar a diferença entre *interdictum* e *actio* como dois modos distintos de tutela jurídica, chegando os interditos a serem muito numerosos, ensejando, como demonstra SARA CORREIA (*Interdictum II, op. cit.*), divisões múltiplas, tanto do ponto de vista da forma como do fundo.

Como salienta PINTO FERREIRA (*Interditos, op. cit.*), "os interditos têm uma fundamentação histórica e social na necessidade prática do direito", não sendo viável "a existência do direito sem uma garantia objetiva, mesmo à distância, que é a coercibilidade". Por isso, certos interesses e situações permaneciam sem proteção de sanção legal e, assim, os interditos foram criados e tiveram sua origem. Destes — e PINTO FERREIRA enumera 41 — o INTERDICTUM DE HOMINE LIBERO EXHIBENDO é que, de perto, mais nos interessa.

Relacionado entre os interditos exhibitórios (não há, nestes, pelo menos diretamente, o caráter possessório), o *interdictum de homine libero exhibendo*, ao lado do *interdictum de liberis exhibendis*, era ação principal para restituir-se a um homem livre sua faculdade de ir, ficar e vir (D., *de liberis exhibendis, item ducendis*, 43,30; C. *de liberis exhibendis seu ducendis et de homine libero exhibendo*, 8, 8; D. *de homine libero exhibendo*, 43, 29; GAIO IV, § 162; L. 2 § 7, D., *de interdictis sive extraordinariis actionibus, quae pro his competunt*, 43, 1).

Apenas, como já demonstrado, os interditos eram requeridos contra particulares, jamais, por impossibilidade jurídica, contra funcionários do Estado romano, nesta qualidade, o que distancia sobremaneira os interditos do HC, cuja *ratio essendi* maior é exatamente a tutela da liberdade individual em face da autoridade do Estado por atos de seus prepostos, violadores, estes, da liberdade de locomoção.

O interdito *de homine libero exhibendo*, que é o que, aqui, realmente nos interessa, neste cotejo com o HC, surge como corolário de uma estrutura social estratificada, dividida em classes sujeitas a tratamentos diversos. Ele se respaldava no fato de serem livres (ingênuos, libertos e clientes) aqueles cujo *status* era necessário retomar. Assim, o decreto era expedido pelo Pretor ante a restrição física individual, a pedido do coacto ou de alguém por ele (mera semelhança com o HC, mera semelhança procedimental), esbarrando-se, todavia, quando o fato coação partia do Estado, via de seus funcionários, que não podia, *ex vi legis*, ser acionado em qualquer hipótese, sob qualquer pretexto, e seus agentes, agindo em seu nome, só após um ano de afastamento de seu *munus publicum*. Se a coação provinha de um particular, era esse compelido a exhibir o homem ante o Pretor, ou, se motivos tivesse de manter o cárcere (como no caso do devedor insolvente), promover a ação competente, produzir provas e arrostar o ônus de uma possível sucumbência, como qualquer litigante. Estes aspectos nos parecem definitivos, por si sós, para negarmos que sejam os interditos origem do instituto do *habeas corpus*, a par dos demais apontados no curso desta monografia.

6. Conclusões

Apesar de autores de peso sempre se referirem aos interditos do direito romano, ao tratarem do *habeas corpus*, como sendo aqueles a origem deste, tal vinculação — assim o entendemos — inexistente, pelas várias razões que apontamos ao longo da presente monografia, não sendo, pelo exposto, os *inderdicta* a remota semente do HC, heróico remédio constitucional contra as turbações da liberdade pessoal de ir, vir e permanecer — *the power of locomotion* referido pelos ingleses.

Diferentemente dos *inderdicta*, o *habeas corpus* (e, aí, também um ponto de diferença — um dos muitos pontos) é conquista da humanidade e, como tal, enquadrado na lapidar frase de VON JHERING com a qual abrimos o presente trabalho e que, a seguir, traduzimos:

“Todo direito que existe no mundo foi alcançado através de luta: seus postulados mais importantes tiveram de ser conquistados num combate contra as cortes dos opositores; todo e qualquer direito, seja o direito dum povo, seja o direito dum indivíduo, só se afirma através duma disposição ininterrupta para a luta.”

7. **BIBLIOGRAFIA** (autores e obras citados ou consultados)

- 1 — ANÍBAL BRUNO. *Direito Penal*. Tomo 1º, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1967.
- 2 — ARNAUD, A. J. "Réflexions sur l'occupation du droit romain classique au droit moderne". In *Revue Historique de Droit Français et Étranger*. Paris, nº 2, pp. 183/210 — Sirey, 1978.
- 3 — BARBOSA, RUI. *Posse de Direitos Pessoais*. Rio de Janeiro, Edição "Organização Símbes", 1950.
- 4 — ———. *República — Teoria e Prática*. Petrópolis/Brasília, Ed. Vozes & Câmara dos Deputados, 1978.
- 5 — BECCARIA, C. *Dos Delitos e das Penas*. RJ. Athena Editora, 1937.
- 6 — BONAVIDES, PAULO. "O Estado de Direito". In *Curso de Introdução à Ciência Política*. Brasília, vol. IV, 1979.
- 7 — BRANDÃO LIMA, DOMINGOS SAVIO. Verbete: "Interdicta Adipiscendae Possessionis". In *Enciclopédia Saraiva do Direito*. SP, vol. 45, Ed. Saraiva, 1977.
- 8 — ———. Verbete: "Interdicta Recuperandae Possessionis". In *Enciclopédia Saraiva do Direito*. SP, vol. 45, Ed. Saraiva, 1977.
- 9 — ———. Verbete: "Interdicta Retinendae Possessionis". In *Enciclopédia Saraiva do Direito*. SP, vol. 45, Ed. Saraiva, 1977.
- 10 — ———. Verbete: "Interdictum". In *Enciclopédia Saraiva do Direito*. SP, nº 45, Edit. Saraiva, 1977.
- 11 — CANAAN, MÁRIO. *Curso de Direito Romano*. RJ, Livraria Augusto Leite, sem data.
- 12 — "CONSTITUIÇÕES Políticas de Diversos Países". Lisboa, Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 1975.
- 13 — CORREA, SARA. Verbete: "Interdictum". In *Enciclopédia Saraiva do Direito*. SP, vol. 45, Saraiva, 1977.
- 14 — DAHRENDORF, RALF. "A Nova Liberdade". In *Curso de Introdução à Ciência Política*. Brasília, Edit. Univ. de Brasília, 1978.
- 15 — DEL VECCHIO, GIORGIO. *Lições de Filosofia do Direito*. Trad. Antônio José Brandão, 4ª ed., Coimbra, Arménio Amado — Edit. Sucesor, vol. II, 1972.
- 16 — DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos, 1948.

- 17 — DONNEDIEU DE VABRES, H. "Les leçons de l'Histoire et le Progrès du Droit Pénal International". In *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*. Paris, nouvelle série, n° 3, Librairie du Recueil Sirey, 1951.
- 18 — Emenda Constitucional n° 1/69. Brasil, 1969.
- 19 — FERRER NETO PAIVA, VICENTE. "Elementos de Direito Natural". In *Philosophia do Direito*. Coimbra, tomo I, 4ª ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, 1863.
- 20 — LE BRAS, GABRIEL. "L'Église Médiévale au Service du Droit Romain". In *Révue Historique de Droit Français et Étranger*. Paris, Librairie Sirey, 1966.
- 21 — LIMONGI FRANÇA, R. *A Proteção Possessória dos Direitos Pessoais e o Mandado de Segurança*. SP, 1958.
- 22 — LITRENTO, OLIVEIROS. *O Problema Internacional dos Direitos Humanos*. 3ª ed., RJ, Ed. Rio, 1975.
- 23 — MACEDO, SÍLVIO DE. "Liberdade" (II). In *Enciclopédia Saraiva do Direito*. SP, Ed. Saraiva, 1977, (vol. 49).
- 24 — MALUF, SAHID. *Curso de Direito Constitucional*. SP, 7ª ed., Sugestões Literárias, vol. 2, 1973.
- 25 — MAGALHÃES NORONHA, E. *Curso de Direito Processual Penal*. 8ª ed., RJ, Ed. Saraiva, 1976.
- 26 — ———. *Direito Penal*. 11ª ed., SP, Saraiva, vol. 1º, 1974.
- 27 — MELGARÉ, BOLIVAR PEDROTTI. "O Habeas Corpus e o Mandado de Segurança no Direito Brasileiro". In *Directum — Revista Jurídica*. RJ, n° 1, 1978.
- 28 — MEZGER, E. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Rodriguez Muñoz. 2ª ed., tomo 1.
- 29 — MOREIRA ALVES, JOSÉ CARLOS. *Direito Romano*. 3ª ed., RJ, Forense, vol. I, 1971.
- 30 — PINHEIRO, RALF LOPES. *História Resumida do Direito*. RJ, Rio, 1976.
- 31 — PINTO FERREIRA, L. Verbete "Habeas Corpus". In *Enciclopédia Saraiva do Direito*. SP, Ed. Saraiva, 1977, (vol. 40).
- 32 — ———. Verbete "Interdito". In *Enciclopédia Saraiva do Direito*. SP, vol. 45, Ed. Saraiva, 1977.
- 33 — PONTES DE MIRANDA, F. C. *História e Prática do Habeas Corpus*. 4ª ed., RJ, Borsoli, 1962.

- 34 ————— *Tratado de Direito Privado* — Parte geral, 4.^a ed., tomo I, SP, ERT, 1974.
- 35 — PORCHAT, REYNALDO. *Curso Elementar de Direito Romano*. Vol. I, 1.^a parte, SP, Duprat & Cia., 1967.
- 36 — ROCHE, JOHN P. *Courts and Rights*. Random House Inc., USA, 1961.
- 37 — ROUSSEAU, J. J. *Du Contrat Social — ou Principes de Droit Politique*. Paris, Ernest Flammarion Éditeur, s/data.
- 38 — SABINO JR., VICENTE. *O Habeas Corpus e a Liberdade Pessoal*. SP, ERT, 1964.
- 39 — SALDANHA, NELSON N. *Estado de Direito, Liberdades e Garantias* SP, Sugestões Literárias, 1980.
- 40 ————— “O Estado”. In *Curso de Introdução à Ciência Política*. Brasília, vol. IV, 1979.
- 41 — ——— *O Estado Moderno e o Constitucionalismo*. SP, J. Bushatsky Ed., 1976.
- 42 — ——— “Liberdade” (I). In *Enciclopédia Saraiva do Direito*. SP, Ed. Saraiva, 1977 (vol. 49).
- 43 — ——— “Estado”, “Estado de Direito”, “Estado Moderno” (verbetes). In *Enciclopédia Saraiva do Direito*. SP, Ed. Saraiva, 1977 (vol. 33).
- 44 — SCIASCIA, GAETANO. *Sinopse de Direito Romano c/Tábuas*. 2.^a ed., SP, Saraiva, s/data.
- 45 — SIDOU, J. M. OTHON. “A Privação dos Direitos Cívicos nas Instituições do Povo Romano”. In *Revista Acadêmica*. Recife, n.^o LXVI, Faculdade do Direito, UFPE, 1970.
- 46 — ——— *As Garantias Ativas dos Direitos Coletivos — Habeas Corpus, Ação Popular, Mandado de Segurança. (Estrutura Constitucional e Direitos Processuais)*. RJ, Forense, 1977.
- 47 — SOLER, SEBASTIAN. “La Formulation Actuelle du Principe “Nullum Crimen””. In *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*. Paris, nouvelle série, n.^o 1, Librairie du Récuail Sirey, 1952.
- 48 — SOUTO MAIOR, A. *História Geral*. SP, Cia. Editora Nacional, 8.^a ed., 1968.
- 49 — TUCCI, ROGÉRIO LAURIA. Verbetes: “Habeas Corpus” (II). In *Enciclopédia Saraiva do Direito*. SP, vol. 40, Ed. Saraiva, 1977.
- 50 — VILLAÇA AZEVEDO, ALVARO. Verbetes: “Interdicta”. In *Enciclopédia Saraiva do Direito*. SP, vol. 45, Ed. Saraiva, 1977.
- 51 — VON JHFRING, RUDOLF. *Der Kampf um's Recht*. RJ, Ed. Rio, 1978.
- 52 — WOLF, ERIK. *El Problema del Derecha Natural*. Barcelona, Ediciones Ariel, 1960.

A prática do processo legislativo

ROSINETHE MONTEIRO SOARES
Assessora da Câmara dos Deputados

Introdução

O título nos convida a iniciar este texto explicitando o fato de que, no Congresso, só se dá, formalmente, uma parte do processo legislativo — a parte visível do *iceberg*. Antes dela, e paralelamente, sem eventos formais ou documentação, todo um processo de negociação se estende, às vezes intra e extrafronteira estadual e nacional (1).

A tendência à descentralização não é típica do Brasil. Pelo contrário, o poder centralizado já era uma herança brasileira e elevou-se ainda mais nos recentes anos de governo autoritário. E não apenas devido ao autoritarismo, mas em consequência também de termos completado um estágio de desenvolvimento com a criação de uma estrutura tecnoburocrática ampla, já que nosso progresso tem sido um processo basicamente induzido (2) pelo governo, presidencialista por excelência (3).

Por outro lado, nosso sistema, de nuances capitalistas, porém quase socialista na sua forma de aplicação, torna o Governo o maior comprador do sistema. Desnecessário dizer-se que o maior cliente do sistema “capitalista” torna-se também o dispenseiro de

(1) SOARES, R. M. Conferência sobre Legislativos, Chicago, 1973.

(2) FURTADO, Celso, *Um Projeto para o Brasil*, 1968

(3) ————— *Sua Majestade o Presidente*.

favores (provável futuro governo de *welfare*). É, ainda, o alvo principal de atenção de todos os demais agentes sociais. Como maior comprador, o "Executivo" passa a ser, praticamente, "o governo". Ele dá a tônica dos demais processos políticos⁽⁴⁾ que compõem o Estado enquanto a democracia não se pluraliza. Os demais poderes se tornam menores, na medida em que não inauguram pontes, nem estradas, nem escolas.

Entretanto, mesmo a legislação proposta pelo Executivo, e a que este poder emite, em usurpação da função legislativa, classicamente sediada no Congresso, tem, frequentemente, origem nas negociações de parlamentares, com bases eleitorais e partidárias. Até as normas de disciplinamento dos programas, nos Departamentos, têm origem nas pressões parlamentares, na sua função de veículo de comunicação dos eleitores a todos os níveis de jurisdição.

O relacionamento que antecede a formalização da norma pode ter invertida sua tônica vetorial, como no caso brasileiro. Só em casos excepcionais, quando envolve segredos, tais como estratégia de implantação da própria norma⁽⁵⁾, ou impacto para reversão de conceito popular do poder dirigente, deixa de passar pela negociação prévia com parlamentares e seus associados políticos.

Nos regimes de exceção, os agentes dessa negociação tornam-se politicamente vinculados a líderes parlamentares, mesmo que tenham iniciado carreira como tecnocratas da burocracia. É que o homem, político por natureza, em contacto com a "coisa pública", acaba por buscar nela a saciedade de sua necessidade natural de aplauso e aprovação. Sua forma mais elevada é a transcendência⁽⁶⁾. A exposição ao público é que conduz o político, mais frequentemente, a situações de confronto e de conflito, em que ele acaba por transcender-se na realização do "bem público". Nem é outra a razão pela qual se acredita na superioridade do colegiado como principal guardião dos objetivos finais de qualquer sociedade.

Os políticos podem desvirtuar-se, desviando-se dessa tendência e buscando o poder pelo poder, mas, ainda assim, a medida de seu

(4) LOWI, T. *The End of Liberalism*.

(5) A exemplo do Plano Cruzado, mantido em segredo para impacto popular e impedimento da especulação.

(6) MYRDAL, G. *Dinâmica das Mudanças Sociais*, Ed. Coordenada, 1972.

sucesso permanece sendo o aplauso e aprovação das massas populares e a vinculação de aliados, tantos quantos possível. No caso do político, em uma democracia, esse aplauso é essencial, porque é o próprio voto.

Processo informal

O processo informal, prévio, que molda a legislação, pode ser a sugestão, o pedido ou mesmo a percepção isolada do próprio político, advinda do seu contacto com a comunidade, grupos de interesse e repartições do Governo.

Ele continua, mesmo depois de iniciado o processo formal, pelo acompanhamento, pressão e negociação com pares e instâncias superiores para aprovação do ato legislativo. Naturalmente, também é antecedido do apoio e de sua busca, ostensiva ou discreta em forma de campanhas e do próprio voto.

Quando um parlamentar percebe a necessidade comunitária, serve de veículo ou canal de comunicação do povo para a instância que possa atendê-la. As vezes declina de sua condição de legislador para recorrer diretamente ao Executivo quando a conjuntura é tal que, como no caso brasileiro recente e presente, aquele poder detém as condições de atendimento pronto (7). Excetuadas as condições menos democráticas como a nossa, parlamentares normalmente pressionariam o Executivo por ação e tomariam a iniciativa da norma legal necessária no seu Parlamento.

Não é necessariamente o parlamentar que tem a primeira percepção dessa necessidade. O elemento social deixa de buscá-lo, o que deve ser, muito provavelmente, o nosso caso no passado recente, na medida em que percebe que suas iniciativas não têm eficácia ou eficiência. Naturalmente passa a procurar outros canais, que acabam por evidenciar novos potenciais de representatividade política e democrática, desaguando, eventualmente, no Parlamento quando a sociedade evolui para o pluripartidarismo ou pluralismo.

Nem é outro o motivo que faz do Secretário de Estado potencial concorrente dos votos do político já em exercício (e vice-versa),

(7) A exemplo do caso das Juntas de Conciliação e Julgamento recentemente aprovadas pelo Congresso, vetadas pela Presidência e reeditadas em projeto do Executivo.

nos Estados em que os Secretários oferecem mais poder simbólico de política (8) que o exercício parlamentar.

As repartições do Executivo, por isso que durante um governo autoritário são constante fonte de legislação substantiva (por meio de portarias e atos), também podem servir de veículos de comunicação da comunidade. Num processo aberto de democracia podem levar diretamente ao Congresso as necessidades percebidas. Numa democracia de burocracia mais rígida e piramidal, poderiam conduzir a informação da necessidade percebida a um nível superior de sua hierarquia interna.

Assim, quando o regime tende menos para a democracia, essas negociações não passam de imposição. Se o pluralismo democrático é apenas incipiente, há barganha interna apenas no Partido ou coalizão que apóia o governo. Os demais Partidos só entram no processo de barganha à proporção que a democracia se está consolidando.

Processo formal

O processo se formaliza em direção à lei (excluídos os atos normativos menores) com início na Carta Magna, que presentemente prescreve também parte dos procedimentos legislativos dentro do Congresso (9).

Constitucionalmente, são partes do processo legislativo:

- Emendas à Constituição;
- Leis Complementares à Constituição;
- Leis Ordinárias e Códigos;
- Leis Delegadas;
- Decretos-Leis;
- Decretos Legislativos;
- Resoluções.

A tramitação de cada tipo de projeto é detalhada no Regimento de cada Casa do Congresso. A título de exemplo, apresentamos um quadro sinótico da tramitação do projeto de lei e do projeto

(8) EDELMAN, T. *The Symbolic effects of Politics*.

(9) Art. 46 da Constituição Federal.

de resolução, sem detalhes, apenas ilustrativo de algumas palestras que costumávamos apresentar a estagiários freqüentando a Câmara (fig. I).

No Regimento toda a legislação prevista é apresentada sob a forma de projetos que integram o conjunto das proposições. Além dos projetos, são proposições os requerimentos, emendas, pareceres e indicações (fig. II).

Todas as proposições integram o processo legislativo formal e mais os discursos, debates, audiências, inquéritos, trabalhos de comissões, apreciação em Comissão e Plenário até a remessa para a Casa revisora ou sanção presidencial. As emendas à Constituição e os decretos legislativos são promulgados pelo Congresso; as resoluções, pela Casa que as emite ⁽¹⁰⁾.

A prática se dá a partir dos Deputados individualmente, das Comissões e da Mesa; do Senado, na Câmara, e da Câmara, no Senado; da Presidência da República (ponta do fluxo de comunicação do Poder Executivo na União) e dos Tribunais Federais.

Nem todas essas entidades iniciam qualquer tipo de proposição. Todas podem iniciar projetos de lei. Os pareceres, requerimentos, emendas e indicações têm origem interna, bem como os decretos legislativos, ainda que, no caso destes, a motivação seja freqüentemente a solicitação da Presidência ⁽¹¹⁾.

Os projetos de lei de iniciativa de parlamentares podem ter início em ambas as Casas, servindo a outra como Câmara revisora. Quando a iniciativa das leis é do Executivo, sua tramitação normal (o mesmo se dá quando a mensagem se refere a legislação concernente a Tribunais) tem início na Câmara e a revisão se faz no Senado, exceto naquelas áreas previstas na Constituição como atribuição exclusiva do Senado. Mas o Executivo pode exigir tramitação sumária de suas propostas nos termos do art. 51, § 2º (40 dias), quando, então, as duas Casas fazem apreciação conjunta

(10) Regimento Comum.

(11) A exemplo do que ocorre na homologação dos tratados internacionais, *ex post*, firmados inicialmente pelo Executivo e que, por isso mesmo, só podem ser homologados ou rejeitados, mas não emendados.

da matéria; exceto quando se trata de Códigos, que são leis que demandam estudos prolongados. O Congresso homologa ainda os decretos-leis, ou pode rejeitá-los, no prazo de 60 dias, sem que a rejeição signifique nulidade dos atos praticados durante a apreciação. Não pode, porém, emendá-los (12).

Algumas vezes um assunto requer delegação (leis delegadas) específica, que é feita à Comissão de qualquer das Casas ou à Presidência da República por meio de uma resolução. A resolução é peça legislativa também de economia interna das Casas do Congresso (13).

Os projetos são distribuídos, depois de verificadas pela Secretaria-Geral a sua correção gráfica e possibilidade de anexação a matéria já em tramitação, a pelo menos uma Comissão e no máximo a três. Quando a uma só, esta será a de Constituição e Justiça, primeira pela qual todos os projetos deverão passar. A Comissão de Justiça pode mandar arquivar o projeto se rejeitado por mais de dois terços dos seus membros.

Em seguida, o processo é enviado a mais duas Comissões para apreciação no mérito técnico. Prevê o Regimento que deverá formar-se Comissão Especial se o projeto for mais abrangente. Na prática, porém, uma Comissão solicita-o da Presidência, se um membro demonstra interesse no assunto e submete o requerimento a seus pares com aprovação. Dificilmente um projeto, a menos que esteja tramitando em regime de urgência, é negado à vista de uma quarta ou quinta Comissão.

Há prazos para a apreciação em Comissão, mas eles não são rígidos, exceto quando em tramitação urgente ou prioritária, quando, então, à falta de parecer, o projeto pode ser relatado em Plenário, por um membro da Comissão ou por indicação da Presidência da Mesa.

(12) Mesmo quando o regime busca um tratamento democrático, tem-se observado, no Brasil, que as estratégias de Governo, a urgência de seus projetos, a pressão setorial e, sobretudo, um condicionamento político de supremacia do Executivo sempre o conduz a emitir decretos-leis e a recorrer à imposição de prazos ao Legislativo.

(13) Art. 123 do Regimento Interno.

Os projetos de resolução não vão às Comissões; são relatados e apreciados pela Mesa antes de irem ao Plenário.

Antes da tramitação em Comissões, os projetos, e também os requerimentos de informação, recebem numeração na Secretaria-Geral da Mesa e são publicados em avulsos, já com indicação das Comissões a que devem ser submetidos, ou letra indicativa de que já têm pareceres ou estão sendo apreciados em segunda discussão. O autor pode requerer certo número de avulsos, a critério da Mesa, para divulgação de sua proposta. Todos os projetos, enquanto tramitando, são mantidos em avulsos, além do processo original e cópias nas Comissões. Os avulsos estão à disposição dos parlamentares e mesmo do público frequentador das dependências da Casa.

Propostas de emenda à Constituição têm um tratamento diferenciado.

As Constituições analíticas como a nossa dão origem a modificações mais freqüentes que as gerais. Nossa Constituição de 1967 tem presentemente 26 emendas, além da 27ª, que lhe prevê o fim com a convocação da Constituinte para 1987.

Podem iniciar emendas à Constituição o Presidente da República e o Congresso, este por meio de proposta com assinatura de 2/3 de cada Casa (14).

Alguns dos preceitos constitucionais são explicitados em lei complementar, segunda na hierarquia das leis e que, por isso mesmo, exige *quorum* próprio (maioria absoluta dos votos das duas Casas) para sua aprovação (art. 50 da CF).

O decreto legislativo é freqüentemente usado para homologar atos diplomáticos, inclusive as viagens presidenciais.

A prática legislativa nas Comissões

Enquanto no Plenário se dá o *show* do processo legislativo, nas Comissões há trabalho de bastidores e ensaios do espetáculo

(14) O art. 47 é a versão atual do processo de emendas à Constituição, que variou freqüentemente nos últimos 20 anos, cada vez que o Executivo desejava facilitar ou dificultar mudanças à Constituição.

principal. Ali as manobras artísticas, a arte do debate e do arrebatamento praticam-se com freqüência, e os momentos "quentes" são mais imprevisíveis que no Plenário. O debate tanto é político como técnico e é técnico-político também. Como os regulamentos são mais do tipo "mesa-redonda"; há um verdadeiro "bate-bola" entre adversários políticos e defensores de posições técnicas e filosóficas diferentes.

Tivemos oportunidade de assistir a debates do brilhante Dr. Tancredo Neves, que, na sua extraordinária fluência, parecia um craque de futebol driblando no discurso os ataques e defesas de seus adversários.

Os presidentes de Comissões têm grande poder na sua área de ação, na medida em que distribuem aos relatores (favoráveis ou contra) a matéria que deve passar pela sua Comissão. Esse poder ampliar-se-á extraordinariamente quando, em vez de meras implicações institucionais, como atualmente, os projetos tiverem implícitos e, por consequência, os relatórios e pareceres da Comissão sobre matéria econômico-financeira (o poder da bolsa).

Se a Comissão puder aprovar matéria com despesa ou receita, seu poder crescerá, tanto para os interessados diretos como para os controladores da referida despesa e receita, seus executores e beneficiários.

Os relatores da matéria distribuída nas Comissões freqüentemente recorrem às assessorias de que dispõem: as da Câmara ou do Senado, do Estado, do Executivo e de classes organizadas na sociedade. Essas últimas tanto oferecem informação e opinião de antemão como se transformam em grupos de pressão.

Sendo recente ainda a abertura democrática no Brasil, e coincidente com um movimento universal de desejo de participação popular direta nos negócios públicos, o Congresso está tendo dificuldades pela presença demasiado ativa desses grupos nas arenas decisórias. Tantas têm sido, nos últimos tempos, a insatisfação popular e, em nosso caso, a repressão à manifestação pública que as pressões agora se fazem mais presentes até pela ação viva nos Plenários.

As manifestações são menores a nível de Comissões porque o público ainda não conhece o processo. Além disso, os projetos que conseguem um consenso institucional maior não são muitos; a sociedade recém-começou a organizar-se para a defesa de interesses comuns a grupos. À proporção que essas pressões aumentem, também alcançarão as Comissões mais intensamente, até porque supõe-se que elas, em breve, tornarão a distribuir os recursos com que se administra e constrói o progresso a nível público.

O relator apresenta seu relatório ao Plenário da Comissão e tem bastante oportunidade para debatê-lo. Não precisa exatamente de dotes oratórios, mas de habilidade na argumentação técnica (de política, economia, direito etc.). Certamente encontrará ambiente para debate, até mesmo entre os que o apóiam, em princípio, mas não concordam com pontos da argumentação. São frequentes os debates doutrinários da matéria específica.

Os debates de Comissão são extremamente interessantes e altamente ilustrativos da vida nacional. Há muito menos retórica que no Plenário. A audiência é reduzida, quase sempre, a quem entende do assunto ou tem muito interesse nele.

O Presidente da Comissão modera o debate e eventualmente deixa a cadeira presidencial para dele participar. Frequentemente, ele também avoca o parecer de projetos de seu interesse político. A pedido, submete à votação as prorrogações do debate, vista do projeto a algum membro, audiência de autoridade sobre o assunto e outros tipos de requerimento.

Também é por via da atividade de Comissões que o Legislativo exerce suas funções de mobilização, educação, fiscalização e controle. Os simpósios, mesas-redondas, inquéritos e organizações de apoio ao consumidor e usuário de serviços públicos são formas do exercício dessas funções. Produzem, no mínimo, volumes de depoimentos e análises de técnicos de extrema utilidade para o redirecionamento das leis e a mobilização das áreas do processo decisório setorial. As vezes, essa mobilização resulta ainda em mu-

danças nas atitudes dos governantes ou seus prepostos em importantes setores da vida nacional (15).

O exercício prolongado da atividade de Comissão técnica também gera a especialização e treino do próprio parlamentar para sua função e capacitação para liderança e influência de tipo técnico específico junto aos organismos do Executivo.

Ação legislativa

Passado o trâmite em Comissões, os projetos voltam à Mesa prontos para inclusão na Ordem do Dia.

Teoricamente, isso se daria, de pronto, na seqüência cronológica. Entretanto, é na organização dessa agenda que entra a negociação entre políticos de cada Partido e até do mesmo Partido. Raramente essa negociação, debate e ação anterior ao consenso alcança a arena interna do Plenário. A maioria dos projetos já chega à Ordem do Dia com seu destino definido. Nem é outro o motivo pelo qual o Plenário só está cheio quando há ainda falta de consenso ou ele precisa ser explicitado na chamada nominal (16).

Além da legislante, que inclui todo o processo legislativo sob as categorias antes explicitadas, há ação parlamentar definida nas demais funções do Legislativo. Vão desde a legitimação dos atos do Executivo com atitudes e pronunciamentos de apoio, além da votação mesma, em caso de decretos, até funções de comunicação e mandato, ao atender diretamente e agenciar necessidades do eleitorado, não só as individuais como também as coletivas dos vários grupos que procuram seus eleitos. A função de intermediação dos interesses de grupos organizados é das que mais cresce no momento em que a sociedade se politiza e organiza e nada tem de nega-

(15) Não são frequentes talvez essas mudanças, mas incrementadamente observa-se o redirecionamento de programas. O grupo partidário da Cocene, por exemplo, teve oportunidade de influenciar grandemente a Sudene especialmente em seus critérios de avaliação de projetos.

(16) Este é um dos motivos pelos quais o Plenário raramente está cheio.

tiva como imaginam certos analistas que vêm no parlamentar um estadista só interessado num suposto “bem geral”, indefinido numa democracia pluralista.

Por sua vez o *lobby* não tem aceitação no quadro das valorações nacionais brasileiras porque nasceu sob o estigma do preconceito devido à diferenciação dos que têm acesso aos que decidem (poucos), e dos que não têm (muitos).

Numa sociedade de distâncias demasiadas entre os segmentos sociais, sobretudo de maiorias marginalizadas e, portanto, impossibilitadas de exercer pressões, seria difícil aceitar como natural essa função da sociedade democrática, nascida onde as distâncias não são tão grandes, onde na prática todos podem exercer pressão pelos seus direitos.

Nossos antecedentes de pobreza e feudalismo e, a seguir, o reforço xenofobista contra o *lobby*, posto que o empresariado mais forte, por muito tempo, se confundia com o estrangeiro, serão, aos poucos, superados pela realidade: a sociedade se organiza, as distâncias se encurtam, a sociedade se integra e começa a pressionar.

Até agora, a Câmara dos Deputados ousou apenas regulamentar a situação de representantes de classes profissionais. Levará algum tempo, mesmo que a norma se anteceda aos fatos, para a aceitação, sem preconceitos, da função que já existe, mas não é admitida claramente — do agenciamento de interesses, inclusive dos comerciais e industriais. Os intermediários dos interesses comunitários, igualmente *lobbyistas*, são bem-vindos e aceitos universalmente.

A fiscalização e controle

Consta que as funções fiscalizadoras e controladoras do Parlamento foram as primeiras na Grã-Bretanha. Os senhores das glebas que se reuniam no inverno, quando não era possível a lida dos campos, debatiam a regularidade do uso de suas contribuições e

de sua destinação ao reino (17). Aproveitava-se a ocasião para verificar que aporte à coroa, portanto à União, poderia fazer cada senhor. Mais tarde, passou-se a escrever esse acordo e, como nem sempre os emissários eram fiéis, ainda a seguir, a exigir-se assinatura das partes — o rei e os senhores — para que o acordo não se modificasse no caminho.

Esse debate é que ter-se-ia evoluído na História, até a plêiade de funções que hoje tem o Parlamento.

Os abusos do Poder Executivo da era consumista estão tornando cada vez mais relevante a função fiscalizadora e controladora do Legislativo. A maior parte dos Estados organizados tem hoje alguma forma de controle do Executivo por parte do Legislativo. É uma função de aparência cara que, entretanto, barateia o processo de governo, tornando-o responsável em todos os níveis e jurisdições. Governos mais modernos, inclusive estaduais, por exemplo nos Estados Unidos, têm sofisticado a função fiscalizadora, principalmente a auditoria de avaliação, até o ponto de verificar a eficácia da própria lei em relação aos interesses da comunidade pela mesma visada.

Nas sociedades já organizadas e pluralistas, tão logo os grupos se organizam, toma ênfase a função de fiscalização e igualmente a de controle.

No Congresso brasileiro, mesmo previstas na Constituição, as funções de fiscalização são apenas e precariamente exercidas por atitudes isoladas. O posicionamento partidário e as Comissões de Inquérito têm sido, por tradição, ou por condicionamentos negativos, ineficazes. Os requerimentos de informação e comparecimento de Ministros à Casa são outra forma de fiscalização, às vezes, eficaz.

De maneira apenas formal, porém sem maior repercussão, a função fiscalizatória está prevista no Regimento de cada Casa, pela Comissão de Fiscalização Financeira e Tomada de Contas (18), na Câmara, e Comissão de Fiscalização e Controle, no Senado (19).

(17) HEAPHEY & BEAKLINI.

(18) Art. 46 da Constituição federal.

(19) SOARES, R. M. in *Revista de Informação Legislativa*, n.º 86.

A previsão constitucional nunca se efetivara sequer em regulamentação; a conjuntura não fora propícia até dezembro de 1984, quando se aprovou a Lei Benevides. Mesmo esta é, afinal, extremamente conservadora, face ao prolongado condicionamento por que passaram as instituições nos últimos vinte anos.

Cabe uma explicação breve, nossa conjectura, das razões pelas quais a Câmara não logrou aprovar projeto de resolução que possibilite a implantação da Comissão prevista na Lei nº 7.295/84 (Lei Benevides).

As mudanças estruturais na sua organização são especialmente difíceis pelas características dos sistemas públicos dependentes de uma superestrutura de poder que nem sempre se integra às normas de administração eficiente. Qualquer mudança pode significar ameaça a posições e vantagens adquiridas por grupos, ou interesses de base na tradição. Esse seria o caso de qualquer organização legislativa — uma burocracia como as demais, estruturada, no caso da Câmara, em forte hierarquia e fortemente inclinada para a inércia (no fluxo de mudanças internas), graças à relação distante entre a cúpula decisória e o organismo executante de seus interesses.

Na Câmara, essas dificuldades se agravam pelo fato de que o trabalho dos Deputados é disperso e lhes exige uma atenção simultânea em muitas frentes. A administração da própria Casa é apenas mais uma das frentes em concorrência pelo tempo e atenção do parlamentar. Os organismos de apoio têm que concorrer com outros aspectos mais interessantes de sua atividade intensa e são, mui freqüentemente, negligenciados. Como não é um hábito entre nós delegar, sequer legal na maioria das circunstâncias nacionais, a administração é sempre relegada a um plano secundário de decisões.

Agrava-se o problema, porquanto a maioria das decisões aparentemente implica em despesa ou pelo menos em gastos, empregos, aperfeiçoamento de pessoal, reestrutura, mudanças de métodos, de gerentes, de posições — fatos que a *media* associa a atos de

desperdício e corrupção, antes mesmo de analisá-los para verificar que podem ser altamente positivos.

A mobilização de tantos Deputados em torno de qualquer mudança necessária é tarefa política de bastante dificuldade, em face da concorrência com outras alternativas.

No Senado, mesmo submetido a iguais normas burocráticas, o universo das decisões se faz em menor escala. São poucos os Senadores em relação aos Deputados, mais voltados para o âmbito de política externa, porque, já bastante realizados no âmbito pessoal restrito de administração, têm maior interesse a nível estadual e nacional. Os Senadores delegam com maior facilidade aos administradores os destinos da sua organização de apoio e a tarefa do acompanhamento da mutação do cenário para o exercício político de que se encarregam.

Por outro lado, o âmbito da concorrência profissional é também mais aberto no Senado, onde a organização hierárquica é menos rígida, quase em círculos não concêntricos. Há concorrência entre as próprias organizações dos subsistemas que assim conduzem o sistema global a um progresso administrativo conflitivo (no sentido técnico da palavra).

Nem é outro o motivo pelo qual o apoio administrativo do Senado é mais moderno e progressista. O da Câmara depende de um lento processo decisório, cheio de percalços e de árduo acerto, passo a passo, para um consenso entre muitos políticos, administradores políticos e corpo executante politizado.

O administrador do Senado não tem tanta garantia de sua posição hierárquica, a não ser o próprio apoio político de que goze e sua eficácia em relação aos resultados de seu trabalho. Na Câmara, o político depende mais de uma prolongada experiência do administrador e teme mudanças numa Casa cujo funcionamento ele mal conhece. Ele próprio não tem condições de executar mudanças a não ser lentamente e não tem muitos setores sob seu controle para a delegação — pode eventualmente delegar a um ou dois dos quais vai depender totalmente, bem como à instituição.

Ao início da recente mudança social que temos chamado de “contra-revolução”, originária da Nova República, o Senado Federal aproveitou o momento estratégico⁽²⁰⁾ para implantar ao menos um embrião de sua Comissão de Fiscalização e Controle. A Câmara perdeu o momento. As variáveis a que nos reportamos, e que

(20) Como observamos em nosso trabalho em Recife — 1984.

marcam a rigidez do sistema, não permitiram que a Câmara acompanhasse o Senado na reformulação. As decisões são sempre modestas, mais ainda que moderadas, em face de uma estreita vigilância de um corpo político amplo.

Mesmo no Senado, não se fez muito mais que criar a Comissão. A dificuldade aí está menos na instalação da fiscalização, propriamente dita, que nos condicionamentos institucionais do passado recente que ainda permeiam as atitudes, mesmo na atualidade do novo governo.

Ainda que num colegiado menor, no caso do Senado, seja mais rápida a negociação para aprovar a criação de novas estruturas, como foi o caso, as maiorias, de pronto, se deram conta de que não convinha (pelo menos a curto prazo) ao Governo a que servem mudar regras cômodas de um jogo político de hegemonia no Executivo.

O recente vício de comportamento da maioria das instituições legislativas não lhes permite sobrepor suas prerrogativas ao aparente interesse, de curto prazo, de apoiar "o Governo", como se fala do Poder Executivo.

O Executivo, por sua vez, pressiona essas maiorias no interesse hedonístico de curto prazo — não perder votações, não aprovar projetos de fiscalização ou de contestação ou de qualquer forma de oposição. Não se aprovam nem mesmo os projetos aos quais o Partido da Maioria é favorável, que são reeditados sob a responsabilidade do Executivo.

Esse tipo de atuação, naturalmente, não passa de demonstração vazia de força. Depõe contra o ramo mais representativo do Governo, tornando-o vítima da arbitrariedade, e contra o próprio Executivo, por desviá-lo de suas funções e torná-lo terrível usurpador das funções de representatividade do Legislativo. O Executivo capta ainda, com tal atitude, a desconfiança e antipatia dos sistemas sociais organizados, e fomenta a busca provisória de proteção paternalística por parte de populações não organizadas socialmente.

Mesmo depois do advento da Nova República, os parlamentares têm que juntar-se a esses buscadores de paternalismo, ainda não integrados socialmente, para concretizar alguns dos seus objetivos à busca de votos⁽²¹⁾. É que sabem que seus projetos seriam recusados se não tramitassem sob a proteção do Executivo.

(21) Como no exemplo da nota 7.

Entretanto, o relacionamento viciado entre as instituições brasileiras, tendo o Executivo como variável independente, poderia corrigir-se por meio da própria fiscalização e controle — a volta do Parlamento a suas origens. Ela pode até ser usada pelo próprio Executivo, como instrumento de autopolicimento setorial, evidência de bom desempenho dos programas públicos e canal de intensa comunicação entre os Poderes.

No Legislativo, a fiscalização e controle em moldes modernos, sob o enfoque de avaliação, pode servir de via de treinamento, recomposição de suas estruturas e disciplinamento dos fluxos do processo legislativo para a importante função da orçamentação — hoje inteiramente na esfera do Executivo, apenas homologada, em tese, pelo Legislativo.

A proporção que ambos os Poderes se habituarem à fiscalização e controle, o próprio Executivo perceberá a função como um "lubrificante" de seu mecanismo. Não é em vão que dispositivo constitucional de vários Estados e do próprio governo central americanos obriga repartições setoriais à prestação de contas direta ao respectivo Legislativo. Não se trata apenas de contas financeiras e legais, mas da evidencição de eficácia e eficiência. Tanto dos gastos como da própria lei. De certa forma, o próprio Parlamento se analisa e avalia ao fiscalizar o Executivo; na verificação da execução, descobre-se também a eficácia ou falha do próprio texto legal — os setores a serem mobilizados, pressionados e recondicionados ou redirecionados em seu trabalho.

Regimento em reforma

Dado que o processo legislativo formal, dentro da Câmara dos Deputados, está preso ao Regimento Interno, convém, de todo modo, um comentário sobre o mesmo e sua corrente e previsível reforma.

O presente Regimento da Câmara define as estruturas, as peças e os procedimentos do processo legislativo e da ação parlamentar. Integram o mesmo, ainda, todos os atos que fixam e regulam o apoio organizacional e técnico. Estes, no entanto, estão dispersos em atos que fixam e regulam o apoio organizacional e técnico. Só uma Resolução (a de nº 20, de 1971) representativa de uma reformulação geral da organização foi, na época, abrangente e, ainda hoje, representa a base estrutural da Câmara. É centralizadora como o Regimento Interno.

O fluxo das práticas do processo genérico está defin'ido em cada organismo onde se dá, e, no Título V do Regimento, a deliberação, composta de tramitação, discussão, votação, redação final, prefe-

rência, urgência, prioridade, prejudicialidade e arquivamento. Há capítulos dispendo sobre o processo especial dos projetos de iniciativa da Presidência da República e dos projetos de leis periódicas como o Orçamento. A cada início de Legislatura (4 anos), o Regimento Interno é consolidado pela Mesa, exceto as peças sobre a organização de apoio e sua administração.

Recentemente, antes do presente período pré-eleitoral, observava-se, no Congresso, grande desejo mudancista sobre os procedimentos regimentais e sua base estrutural de apoio. Permeava nos comentários de corredor um sentimento de insatisfação, que aos poucos foi-se definindo sobre pontos tais como o voto de liderança, a pouca flexibilidade de debate ou inquirição quando do comparecimento de Ministros à Câmara, o esvaziamento das Comissões e do Plenário, a centralização das decisões na Mesa a respeito da economia interna da Casa. Era a insatisfação generalizada sobre a falta de *participação* que serviu de início às campanhas intensas da imprensa.

A própria Mesa, não sabemos se em atendimento ou como estratégia de esvaziamento da pressão difusa mas presente, criou, então, uma Comissão para Reforma do Regimento Interno.

Dessa Comissão surgiu um anteprojeto de Regimento Interno. Acreditamos que esse anteprojeto não seja levado adiante, já que a próxima Constituinte demandará seu próprio Regimento e o processo legislativo será bastante minimizado enquanto ela dure. Ela também determinará novos procedimentos para a Câmara pós-Constituinte, que poderá ter novos moldes de atuação. No entanto, o anteprojeto poderá servir como boa base para o Regimento que sucederá à promulgação da nova Constituição.

O relator do anteprojeto de reforma do Regimento foi o Deputado Ernani Satyro, recém-falecido e constituinte de 1946. A base do relatório foi o conjunto de sugestões formalizadas por assessores e Deputados, debatido em algumas sessões formais e informais da referida Comissão.

Ainda que bem conservador, o anteprojeto pretendia diminuir a centralização de poder da Mesa, partilhando-o com um colegiado de Líderes; eliminaria o voto de liderança, reformulando, de modo mais realista, o processo de votação para atender ao enorme volume de projetos de menor expressão. Os mais polêmicos teriam apreciação em dias predeterminados, quando, sabidamente, os parlamentares não têm que atender suas bases eleitorais nos Estados.

As Comissões atribuía-se mais liberdade de ação, permitindo-se-lhes a triagem de projetos pela rejeição com recurso ao Plenário. Abria-se mais o debate com Ministros quando de seu compareci-

mento à Casa, e explicitava-se a providência de ação pela não-obediência do Executivo quando do pedido de informação. Regulava-se, outrossim, o grupamento de Partidos, que se vislumbravam muitos em futuro próximo (visão antes da Constituinte).

Mesmo que não se pretenda ir além de tão modestas mudanças, o projeto não parece ter despertado suficiente interesse político ao concorrer com pacotes, ataques jornalísticos, pré-eleições e outros eventos do calendário político recente. Seria preciso aquele momento estratégico de oportunidades superpostas a que nos referimos algumas vezes em nossos trabalhos — em que os promotores da reforma, em minoria, encontrassem a maioria não só em necessidade de mudanças, como disponível em relação aos fatos relevantes da agenda e conjuntura políticas (22).

Orçamento no Congresso

O Orçamento não foi tratado no anteprojeto de reforma do Regimento Interno da Câmara. É ainda visto, no Regimento atual, como um tipo de projeto periódico, apreçado por uma Comissão Mista, de setembro a outubro, a partir da proposta do Executivo sumariamente analisada e perfunctoriamente estudada.

Há estruturas organizacionais institucionalizadas que deveriam (se suficientes e atualizadas) prover a Comissão Mista com o assessoramento específico. Entretanto, essas organizações não se desenvolveram a contento e até se esclerosaram e involuíram na Câmara, dadas a velocidade das mudanças das metodologias de análise orçamentária, por um lado, e a inércia político-funcional do Congresso, por outro lado. Em face do período recente de 20 anos de impedimento, primeiro institucional e hoje devido ao próprio condicionamento do legislador e de suas instituições, o Orçamento perdeu o aporte da instituição representativa. Os parlamentares foram aos poucos deixando de emendá-lo, certos de que não o podiam fazer por mais que se exercitassem em criatividade.

Não só a proposta-projeto é do Executivo, como há proibição constitucional de reformulação da mesma, permitindo-se apenas emendas que não lhe alterem proporções entre as verbas e redistribuição da verba de assistência social — quase nada, portanto (23).

Há constante protesto político contra o impedimento constitucional de atuação parlamentar sobre o Orçamento, especificamente sobre matéria econômico-financeira. Esses protestos, porém, nunca saíram do campo retórico e de análise inconstitucional.

(22) Ver nosso trabalho *Poder Legislativo no Brasil*, 1975, editado pela Câmara dos Deputados.

(23) Art. 66, § 1º, da Constituição federal.

A nova República, tendo tido a iniciativa de convocar nova Constituinte, poderá, provavelmente, apoiar a abertura da nova Constituição para esses aspectos da atividade orçamentária no Congresso. Se conseguir maioria, no entanto, dificilmente permitirá que a iniciativa do Orçamento deixe de ser do Executivo. Até porque, além de contrariar, com a iniciativa do Congresso, em matéria semelhante, o princípio do planejamento que o Congresso igualmente teria que aprovar, dispõe o Executivo de todo um mecanismo a nível ministerial para as previsões de receita e de despesa.

É possível, no entanto, que caminhemos para ampla modificação do próprio processo legislativo, se ao Congresso for permitido controlar, ao menos, o Orçamento e apresentar-lhe mudanças substanciais, como aos Planos de Governo. Mais ainda, se a abertura for ao ponto de admitir legislação independente por parte dos parlamentares, com reflexo econômico-financeiro. Nesse caso, caberá, antes de tudo, o autodisciplinamento de um novo processo legislativo para que cada lei não venha a quebrar a previsão orçamentária, mas se inclua devidamente na mesma por verbas e metas globais previamente estabelecidas.

Em países onde há total liberdade para a ação parlamentar, muitas vezes se observou uma substancial dificuldade nesse disciplinamento. No Brasil, antes do período autoritário, quebravam-se todas as previsões orçamentárias e não era possível o controle.

Os americanos ⁽²⁴⁾ só recentemente se impuseram certas normas para tornar inteligível seu processo orçamentário, tanto a nível executivo como legislativo.

É nosso pensamento que poderíamos iniciar nosso próprio treinamento, no Brasil, a partir da fiscalização e controle e por substancial reciclagem do fluxo de trabalho das Comissões em relação às Assessorias, antes de podermos ter qualquer tipo de incursão na área de Orçamento.

Entre outras reformas na área administrativa de apoio ao Congresso, o trabalho conjunto nas duas Casas seria de todo necessários em várias etapas da fiscalização, como no Orçamento.

Podemos pensar que estamos longe disso, mas não temos, necessariamente, que trilhar todos os caminhos e incorrer em todos os erros que outras democracias tiveram que vivenciar. Podemos aproveitar de sua experiência iniciando processos de mudanças por expedientes simples, tais como a obrigatoriedade de relatórios diretos ao Legislativo por parte de executores de programas-chave do cenário nacional. Quebrando-se uma estrutura hierárquica

(24) *Impoundment and Budget Bill, 1976* — US Congress. Seminário de Estudos sobre Orçamento da União, em Albany/Washington, 1986, fev., Hopkins Un.

hipertrofiada e ineficiente do relacionamento entre os poderes constituídos, poder-se-iam criar novos canais de interação entre os poderes.

Que excrecência maior poderíamos citar que o fato de que o Congresso jamais recorre ao acervo de análises de que se ocupa o Tribunal de Contas para o controle da ação executiva?

Recentemente, no Senado Federal, o Ministro Sayad colocou como objetivos prioritários do Governo a universalização e total transparência do processo orçamentário da União. Em uma democracia recém-recuperada com extraordinária e decisiva participação da *média* e mobilização do povo, não vemos como excluir o contribuinte de participar em todos os atos de governo, diretamente ou via representação parlamentar. O ideal democrático exige que o Congresso se equipe e treine para um trabalho constante e permanente de fiscalização e avaliação diretamente vinculado ao processo de orçamentação. O Orçamento, em tal processo, torna-se a própria via da ordem governamental e do processo legislativo.

Conclusão

Considerando-se que grande parte da legislação atua sobre o montante dos gastos públicos ou sobre a maneira como se gasta o dinheiro do erário, os controles *ex ante* (Orçamento) e *ex post* (auditoria avaliativa) deverão, no futuro, dar a tônica do processo legislativo, tanto formal como prático e informal.

Cada peça de legislação estará, no futuro, vinculada ao passado de bons resultados de uma linha de programas e à perspectiva de fiscalização e conseqüente melhoramento da atuação executiva e legislativa. Isso sequer significa que o Congresso tenha que ter a iniciativa do Orçamento. Ele pode ser projetado pelo Executivo em linhas gerais, analisado e aprovado em grandes somas setoriais pelo Legislativo, com as emendas que julgue necessárias, e dentro de um planejamento plurianual, sem que seja tolhido o seu direito de também iniciar legislação que não quebre sua aprovação anterior. Pode, sobretudo, integrar-se na análise e elaboração orçamentária desde o início, gerando inteligência interna para atuar simultaneamente à do Executivo na aglutinação e análise das cifras do Orçamento da União.

Esta nos parece a única via de governo responsável para uma democracia que renasce sob a égide de enorme mobilização participativa, que recebe a íntegra do apoio dos órgãos de imprensa num espetacular voto de confiança em governantes que pretendem reconstruir a sociedade em moldes mais justos.

FIG. I
 QUADRO SINÓTICO DA TRAMITAÇÃO LEGISLATIVA

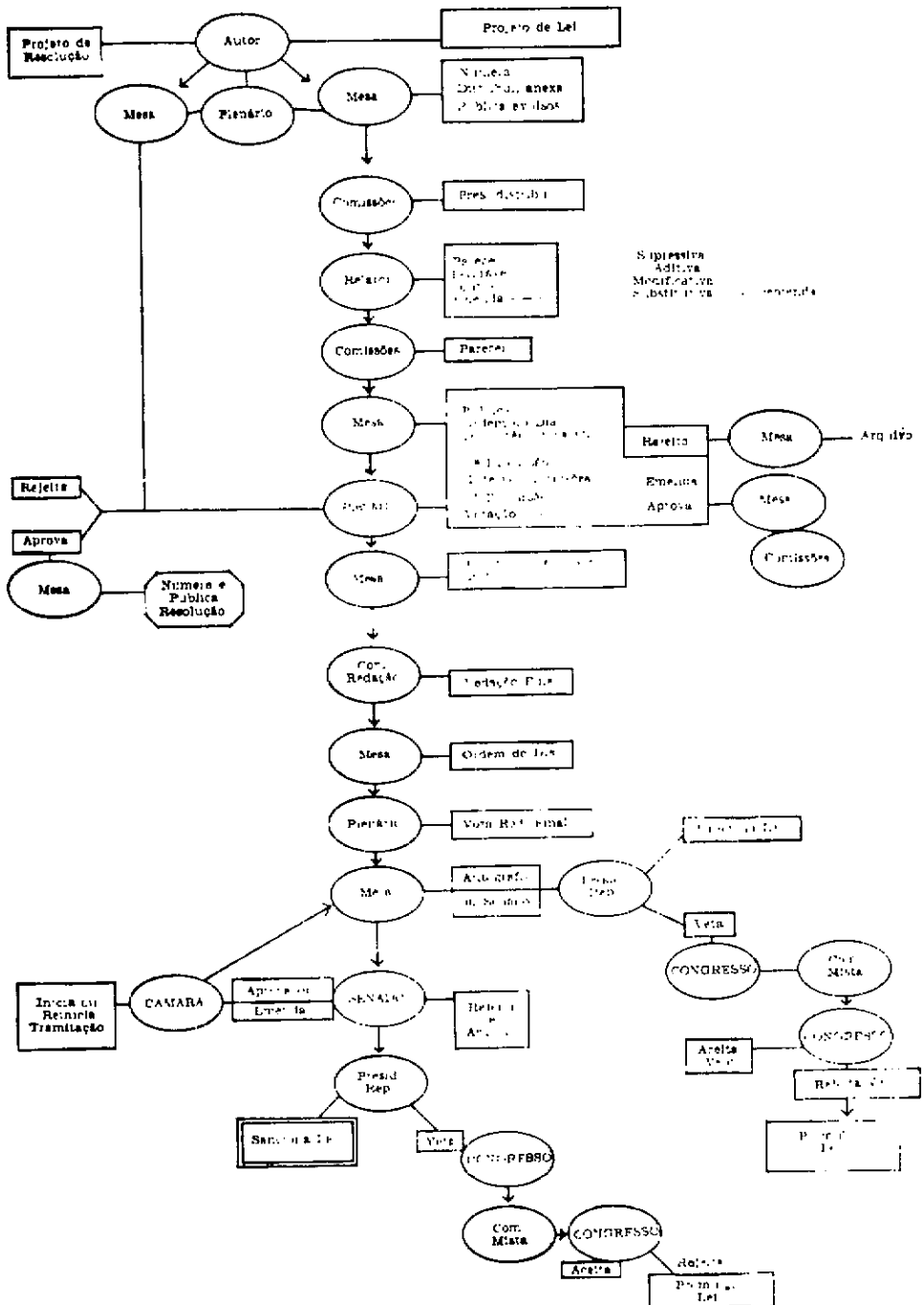
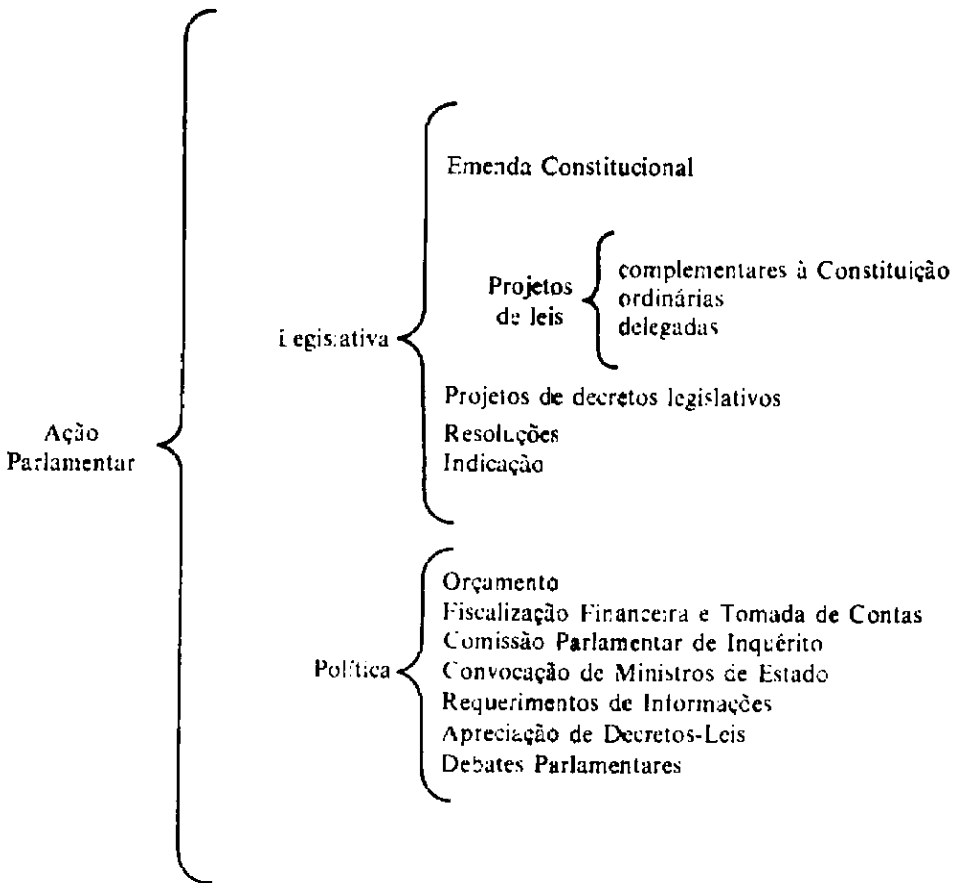


FIG. II



Estabilidade e Fundo de Garantia

Análise constitucional da compatibilidade dos dois sistemas

TORQUATO JARDIM

Advogado. Mestre em Direito (Universidade de Michigan, Ann Arbor).
Professor na Universidade de Brasília

I

O Congresso Nacional tem em sua pauta, em diferentes fases de tramitação legislativa, cerca de 150 projetos de lei dispendo sobre os regimes da estabilidade com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente (art. 165, XIII, Constituição federal).

A relevância do tema é espelhada pela ação cotidiana de trabalhadores e empresários no Congresso, pela repercussão na imprensa política e pelas freqüentes manifestações de líderes dos Partidos Políticos.

Os projetos foram motivados pela dura recessão econômica dos anos 1982-84, causa do grande número de desempregados que então conheceu o País. Buscou-se, dessarte, equilibrar o ônus social e econômico da crise, mediante propostas de mecanismos que, ao empregador, conferissem maior comprometimento social e, ao empregado, permitissem mais segurança e tranqüilidade quanto à sua subsistência e à de sua família.

Melhorada embora a situação econômica, recuperado o crescimento, aumentado o número de empregos, diminuída dramaticamente a inflação, permanece, contudo, o interesse de se ver aprovado algum projeto que combine, de modo talvez mais justo, mas, certamente, mais estável, os dois sistemas previstos na Constituição. Conter, compensar e conviver com a pressão por melhores salários, de sorte a manter sadias as contas empresariais, parece implicar, inarredavelmente, na concessão de mais certeza na continuidade do contrato de

trabalho. Os empregadores em geral hão de ter consciência de que, agora, mediante lei ordinária, ou, mais tarde, na Assembléia Constituinte, muitas das disposições desses projetos encontrarão guarida na ordem jurídica positiva.

Essas iniciativas podem ser agrupadas da seguinte maneira, conforme sua motivação:

1) estabilidade permanente ou indenização decorrente de automação: veda a demissão de empregados causada pela aquisição de robôs ou outros processos de automação, ou obriga sua utilização em outra atividade na mesma empresa, ou cria indenização pela demissão, mantido o fundo de garantia (4 projetos);

2) permanente, em razão de acidente de trabalho ou doença profissional irrecuperável, com ou sem aproveitamento em outra atividade na mesma empresa, mantido o fundo de garantia (6 projetos);

3) permanente, pelo mero decurso de um prazo (noventa dias ou dois, cinco ou dez anos), mantido o fundo de garantia (26 projetos);

4) permanente, imediata com o contrato de trabalho, permitida a demissão por justa causa, mantido o fundo de garantia (11 projetos);

5) provisória, motivada por acidente de trabalho ou doença profissional, enquanto perdurar o tratamento ou a recuperação (10 projetos);

6) provisória, durante reclamatória trabalhista ou até trânsito em julgado da última decisão (4 projetos);

7) provisória, enquanto no desempenho de encargo público, serviço militar, direção partidária ou cargo eletivo (12 projetos);

8) provisória, para empregada gestante, por períodos superiores aos atuais (15 projetos);

9) provisória, enquanto no exercício de cargos em sindicatos ou associações de classe (24 projetos);

10) aumento das indenizações por dispensa imotivada, além do fundo de garantia (18 projetos); e

11) outras hipóteses, e. g.: doze meses após o casamento; 12 ou 24 meses ou até data certa futura, incondicionadamente; após dois anos, pela metade do tempo trabalhado; por um ano ou dois aos bancários; para aeroviários, após três anos ou indenização em dobro; professores, durante o ano letivo; empregada doméstica gestante; para os empregados de financeiras sob intervenção etc., em alguns casos ressalvada a dispensa por justa causa (24 projetos).

O estudo que aqui se propõe é de natureza constitucional: atentar, sem preconceitos, para os princípios filosóficos e para os valores éticos que inspiraram a Constituição, e pensar sobre como dar consecução material positiva à vontade nacional expressada pelo constituinte.

II

“O direito à existência, como direito primordial que é de todo ser humano, é universalmente reconhecido. Direito à existência quer, porém, dizer **direito à subsistência**. Todo homem tem, pois, direito aos meios necessários para a satisfação conveniente de todas as necessidades vitais próprias e de sua família: alimentação, vestuário, habitação, higiene (tanto preventiva como curativa), transporte, recreação, educação e previdência. Acontece, entretanto, que as contingências humanas e a nossa atual organização social impõem à quase totalidade dos homens a obrigação de procurar os meios de subsistência no trabalho, ou seja, **na aplicação de atividade à produção de bens ou serviços em proveito de alguém que os retribua**. *In sudore vultus tui vesceris panem*. Daí decorre ser o **direito ao trabalho** corolário imediato do próprio direito à existência e, portanto, como este, também um direito primordial.

Entendida, como hoje é, a função do Estado, não somente como a de um guardião do direito, mas também como a de **promotor do bem comum**, do bem-estar social, é lógico que lhe incumbe não somente o **dever de garantir a liberdade de trabalho**, como até mesmo o de **proporcionar este trabalho a todo homem válido**, e ainda o de suprir a sua falta, seja por motivos objetivos (**chômage**), seja por motivos subjetivos (invalidez, vadiagem)”⁽¹⁾.

Essa visão do direito individual ao trabalho, com o que implica de ônus aos donos de capital e de responsabilidade ao Estado, reflete o avanço das idéias socializantes que varrem o mundo desde meados

(1) A. F. CESARINO Jr., *Direito Social Brasileiro*, 2.º vol., p. 8. Ed. Saraiva. S. Paulo, 1970 (grifos acrescentados).

do século passado, transformando a estrutura social, de um lado, e revolucionando o papel do Poder Público, de outro. Consequência imediata dessa luta é a revolução da ordem jurídica — visto o direito, como não pode deixar de ser, como instrumento da política, da economia e da sociologia: de preceitos de defesa do indivíduo contra o Estado para conceitos de cooperação entre grupos sociais, categorias profissionais e o Estado; de um sistema formal insensível às diferenças sociais, culturais, econômicas e políticas para um outro cuja premissa é exatamente a percepção aguda das diversidades; de uma ordem que deveria se tornar mais justa por si mesma para uma outra engajada em apressar o fim das necessidades básicas a uma vida humana mais digna. Em síntese, a transição do Estado liberal de direito para o Estado social de direito.

III

O Estado liberal de direito foi concebido para uma situação econômica próspera, para um momento de paz social; é uma ordem **neutra** — em relação às transformações sociais — e **formal** — no que tange o tratamento jurídico do cidadão. Tal neutralidade diante dos fatos sociais e tal formalidade — presumindo a igualdade de todos — mostraram-se insuficientes para atender à demanda social de oportunidades de trabalho e serviços em geral. Não foi possível realizar justiça social no volume e na velocidade exigidos pela sociedade.

O Estado liberal tornou-se, assim, vítima de seu próprio sucesso:

1 — deixando espaço livre ao talento e à criatividade, acumulou riqueza imensa, mas não foi capaz de distribuí-la, e

2 — garantindo a livre expressão do pensamento e franqueando democraticamente o sufrágio universal, gerou sua própria oposição.

Foi para conservar seus postulados básicos e mais nobres — consubstanciados nas Cartas de direitos individuais da Inglaterra, dos Estados Unidos e da França — e para não se tornar anacrônico que o Estado liberal evoluiu para o Estado social de direito. Só assim pôde realizar **justiça social** mais universal, corrigindo os desvios e as insuficiências que a “mão invisível” clássica fora incapaz de evitar.

As aspirações sociais são agora convertidas em direito positivo, com o que harmoniza-se a **segurança social** com a **segurança jurídica**. As conquistas do Estado liberal, postas em cheque por movimentos de reforma social, são definitivamente salvas pela perspectiva nova que o Estado social de direito acresceu à personalidade humana: **o ser político inevitavelmente inserido e influenciado pelo meio social coletivo**.

A transição de um Estado de **liberdades negativas** — fundado em proibições ao Poder Público — para um Estado de **liberdades positivas** — assentado na responsabilidade coletiva e cooperativa — reflete o ensinamento de que “o Estado, como instituição, deve adaptar-se às novas situações sociais e históricas, para não ser impulsionado cegamente pelas forças de seu tempo” (2).

“As sociedades” — é lição antiga — “obrigam os fatos sociais a variar segundo verdadeiros potenciais dos seus campos... Não há tempo social dotado de propriedades métricas independentes dos corpos que nele se acham. Não há o continente — espaço, tempo — que possa existir sem conteúdo, que é a energia (...); existe, sim, o indecomponível, o indissolúvelmente ligado: espaço, tempo e energia. Onde chega uma relação humana, aí começam o tempo social e o espaço social, como surge a gravitação onde quer que o tensor material seja diferente de zero, isto é, onde quer que apareça energia” (3).

IV

O problema do Estado social de direito consiste em criar uma situação de bem-estar geral que garanta o desenvolvimento da pessoa humana e respeito o ordenamento jurídico: isto não é possível sem uma perspectiva **ética** (4).

Essa perspectiva oferece o direito social. Em sentido positivo genérico, consiste ele no “complexo de princípios e normas imperativas que têm por **objeto** a adaptação da forma jurídica à realidade social, considerando os homens na sua personalidade concreta e como membros de grupos sociais diferentes do Estado e tendo em vista, principalmente, as diferenças de situação econômica entre eles existente” (5).

Em sentido restrito, direito social é “a ciência dos princípios e leis geralmente imperativas, cujo objetivo imediato é, tendo em vista o bem comum, auxiliar as pessoas (...), dependentes do produto de seu trabalho para a subsistência própria e de suas famílias, a satisfa-

(2) KARL MANNHEIM in PONTES DE MIRANDA, *infra*, nota 8.

(3) PONTES DE MIRANDA, *Introdução à Sociologia Geral*, p. 102-103 (1926).

(4) PABLO LUCAS VERDÚ, *El Estado Liberal de Derecho y el Estado Social de Derecho*.

(5) A. F. CESARINO Jr., *op. cit.*, 1.º vol., p. 23.

zerem convenientemente suas necessidades vitais e a terem acesso à propriedade privada”(6).

Estão presentes nesses conceitos os postulados do Estado liberal e do Estado social de direito: expectativa de **propriedade privada** mediante **trabalho digno**, visando ao **bem comum**, conforme uma **ordem jurídica formal** atenta à **personalidade concreta** dos indivíduos.

Esses postulados, postos harmonicamente pela ação coletiva da sociedade em cooperação com o Estado, permitem configurar o **direito econômico** como o “complexo de normas e leis imperativas que regulamentam a agricultura, o comércio e a indústria, tendo em vista harmonizar suas atividades e subordiná-las ao bem comum, protegendo o economicamente mais fraco contra o economicamente mais forte” (7).

Essa proteção torna-se, dessarte, um **imperativo ético** que confere legitimidade ao Estado.

Decorrem dessa ordem de pensamento os princípios constitucionais da ordem econômica e social brasileira.

V

Tais princípios (Constituição federal, arts. 160 e 165) têm como cerne a justiça social e a melhoria da condição do trabalhador. Inspiram eles todo um sistema de distribuição da riqueza, de criação de oportunidades de progresso individual e coletivo, de suprimento pelo Estado das incapacidades de necessitados de proverem à sua educação e saúde, sistema cujo financiamento é feito mediante contribuições proporcionais à capacidade econômica de cada qual: imposto sobre a renda e proventos, FGTS, previdência social, PIS-PASEP, FINSOCIAL, empréstimos compulsórios sobre poder aquisitivo etc.

Esse sistema impõe a presença do Estado, mediante administração econômica genérica, de sorte a subsidiar e complementar a iniciativa privada, que continua a merecer a proteção e o estímulo do Poder Público.

Trata-se aqui de uma iniciativa privada socializada, harmonizada com o interesse e o bem comum; não mais aquela do **État gendarme**, neutro e distante, mero garantidor da ordem pública e do **status quo**.

(6) Id. *ibid.*

(7) Id. *ibid.*

A propriedade obriga: é o mandamento da Constituição de Weimar (1919) que inspirou o conceito de **função social da propriedade** (Constituição federal, art. 160, III).

Dessarte, se insuficiente a capacidade não estatal de solucionar os problemas sociais mais graves, obrigatória se torna a intervenção do Estado. É claro, observados os critérios e o contorno constitucionais.

“A Constituição a ninguém assegura a liberdade de conduzir os seus negócios de modo que o público em geral ou alguma classe do povo possa ser por ele lesada: a fiscalização dos preços, como as outras formas de controle, só se pode reputar inconstitucional quando arbitrária, desnecessária, injustificável”⁽⁸⁾.

Essa ordem constitucional socializada é a resposta madura e refletida do liberalismo às investidas revolucionárias e totalitárias dos socialismos não democráticos. À igualdade política e jurídica formal do Estado liberal clássico acresceu-se, com igual força, o processo de igualização das oportunidades econômicas, de trabalho, de saúde, de educação etc.. É uma ordem, portanto, que irmana liberalismo e socialismo democrático, sem antinomia ou incompatibilidade ideológica: cuida-se de combinar o melhor de duas escolhas criando uma terceira via, o Estado social de direito.

VI

A valorização do trabalho como condição da dignidade humana é outro dos postulados centrais da ordem econômica e social (art. 160, III, Constituição federal), donde seu desdobramento em inúmeros dispositivos do artigo 165 da Constituição.

O trabalho é a aplicação da atividade humana à produção. Para quem dele dependa para sua subsistência e o preste a terceiro, com quem crie, portanto, liame de dependência econômica ou subordinação jurídica, torna-se o trabalho desenvolvimento da atividade humana em proveito de alguém que o retribui.

(8) PONTES DE MIRANDA, *Coment. à Const.* ... tomo VI, art. 160.

A proteção constitucional do trabalho opera-se justamente aí, na dependência econômica ou subordinação jurídica decorrentes do contrato de trabalho, de sorte a garantir justiça social, a melhoria da condição social do trabalhador e a valorização do trabalho como condição da dignidade humana, mediante tutela estatal direta que evite vantagem arbitrária ou abuso daquela dependência ou subordinação.

Salário mínimo, salário-família, salário noturno superior ao diurno, descanso de jornada, repouso semanal remunerado, férias anuais, higiene e segurança do trabalho, proteção da mulher e do menor, assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva, previdência social, aposentadoria, greve, participação nos lucros e na gestão e estabilidade ou fundo de garantia são exemplos **que não esgotam** os mecanismos da ação tutelar do Estado em busca dos ideais constitucionais.

Reconhece, dessarte, a ordem constitucional, a necessidade de proteger o direito ao trabalho.

VII

É no contexto dessa **ordem principiológica** e desse **sistema positivo** que devem ser analisados os projetos de lei que cuidam de combinar os dois sistemas previstos na Constituição: estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente (art. 165, XIII).

Do ponto de vista da análise constitucional, os projetos são de três espécies:

I — os que criam hipóteses de estabilidade provisória condicional, permitida a despedida imotivada uma vez superada a cláusula restritiva, mantido o regime do fundo de garantia;

II — os que combinam a estabilidade do atual regime da CLT e o fundo de garantia; e

III — os que conferem estabilidade permanente e vedam a despedida quando implementada certa condição, mantida a obrigatoriedade de depósito no fundo de garantia.

Os projetos que criam hipóteses de estabilidade **provisória** condicionada a circunstâncias que se esgotam em **tempo razoável**, tais como tratamento de doença profissional ou recuperação de acidente de trabalho; enquanto perdurar litígio judicial entre empregado e empregador ou estiver o empregado no desempenho de encargo público, serviço militar, direção partidária ou cargo eletivo; durante final de gestação e nas semanas de recuperação da mãe ou se estiver no exercício de direção sindical ou classista, realizam os ideais plasmados na ordem constitucional positiva: não conflitam com o sistema do fundo de garantia; apenas condicionam sua implementação, no que tange a despedida imotivada. Nada impede que o empregador, após suportar o **ônus social provisório** que dele exige a lei, despeça o empregado.

O empregador faz, dessarte, **uso social de sua propriedade**, realizando *justiça social* e dignificando o trabalho. Sendo provisória a condicionante onerosa, não se coloca em risco a **viabilidade econômica** do empreendimento, princípio constitucional de igual porte (Constituição federal, art. 160, I), cujo desatendimento geraria irreversível inconstitucionalidade. Assim é que alguns projetos permitem que o empregador se exonere da obrigação mediante comprovação de que o ônus social está a colocar em risco a continuidade da empresa.

Igualmente compatíveis com a ordem constitucional socializada os projetos que combinam a estabilidade do atual regime da CLT (art. 492) com o fundo de garantia, posta a harmonia nestes termos: ao direito de despedir empregado no sistema do fundo de garantia, regulado por **lei ordinária**, ficam acrescidas, por **lei ordinária**, exigências que inibem o livre arbítrio que hoje se confere ao empregador naquele sistema, de sorte a proteger, mediante tutela estatal, o homem e a família que possuem exclusivamente seu trabalho como meio de *garantia de sua subsistência e de sua dignidade de vida*. Não fica vedado ao empregador despedir: seu livre dispor fica diminuído.

Tal intervenção do Estado dá substância aos princípios constitucionais sociais já enunciados.

Esses dois grupos de projetos — estabilidade provisória condicionada e harmonização da CLT com o FGTS — exprimem, ainda, *uma forma de concretização* de outras duas máximas constitucionais: a harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção

(art. 160, IV) e a participação dos trabalhadores nos lucros da empresa (art. 165, V). Dessarte, não se tem o confronto capital/trabalho, que no liberalismo clássico deveria ser resolvido pela negociação livre e direta entre partes evidentemente **dispares**, mas, sim, a comunhão de interesses entre forças interdependentes, tornadas harmônicas pela tutela estatal compensadora da **disparidade**.

VIII

Outra sorte, contudo, merecem os projetos que conferem estabilidade permanente, vedada a despedida, quando implementada certa condição, e mantida a obrigatoriedade de depósitos no fundo de garantia.

A impositividade fere toda a ordem enunciada pela Constituição, a começar pelo mandamento explícito de coexistirem dois sistemas, os quais devem **refletir** e **concretizar** os grandes mandamentos sociais constitucionalizados cuja natureza só **pode** conduzir à harmonia e valorização justa dos fatores sociais e dos fatores econômicos. A regulamentação infra-constitucional não **pode** agredir nem a norma, nem o espírito da ordem constitucional.

IX

A interpretação constitucional é necessariamente teleológica. Na forma escrita da Constituição não **pode** o analista encontrar senão o que esteja no corpo de ideais que a sociedade escolheu plasmar no texto magno. Dele deve retirar todas as **conseqüências** possíveis que levem à materialização **perene** dos grandes propósitos. Para isto, não há como escapar à evolução social histórica; não há como **desatender** aos novos tempos.

A visão presa aos dogmas do passado fere de morte a Constituição. Esta só garante ordem enquanto **organismo vivo**; enquanto refletir um hoje nascido de um ontem histórico, o qual enseje um amanhã melhor e mais maduro.

Esse amanhã brasileiro melhor e mais maduro só será possível mediante medidas sociais do porte desses projetos estudados, os quais podem ensejar a harmonia social imprescindível a um progresso por todos compartilhado.

Trabalho do menor: realidade e ordem legal

CÂNDIDO ALBERTO GOMES
Assessor do Senado Federal

No Brasil a população ingressa cedo no mercado de trabalho, com baixo grau de escolarização ou sem qualquer escolarização. Este ingresso, como se sabe, é um momento crucial da carreira, tendo importantes reflexos sobre toda a vida ativa do indivíduo. Além dos níveis de saída da escola, a estrutura ocupacional possui diferentes portas através das quais as pessoas ingressam em diversos escalões. Quem começa mal tende a não terminar bem. Ademais, existe a questão da continuidade da escolarização. Parte dos trabalhadores consegue manter-se na escola, enquanto outro grupo deixa os estudos antes mesmo da sua entrada no mundo do trabalho ou faz cessar, após algum tempo, aquela concomitância. Neste sentido, existe uma antiga controvérsia a respeito da possível competição entre escolarização e atividade laboral. Para uns o trabalho conduz à evasão escolar, enquanto para outros o trabalho é até uma condição para manter-se na ou retornar à escola. Tal controvérsia inclui a própria fixação da idade mínima para o trabalho, estatuída pela Constituição Federal.

Este estudo visa a realizar um balanço das pesquisas sobre o assunto, de modo a assinalar áreas de consenso e de divergência, tendo em vista buscar indicações para aqueles que formulam políticas públicas. Assim, num primeiro momento analisaremos as pesquisas arroladas e depois, na medida em que isto for possível, confrontaremos seus resultados com os principais dispositivos legais em vigor. Por fim, levantaremos questões e as analisaremos em face dos projetos de lei atualmente em tramitação no Congresso Nacional.

Trabalho apresentado na Reunião Anual da Associação Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Ciências Sociais, GT de Estudos Legislativos, Águas de São Pedro, São Paulo, 1985.

O que diz a literatura?

Sem a pretensão, ainda que longínqua, de sermos exaustivos, arrolamos ao todo 41 estudos, divididos em três grupos para maior facilidade de análise:

- 1) estudos sobre trabalho e educação do menor, baseados em dados agregados (total: 10);
- 2) estudos sobre trabalho e educação do menor de caráter quantitativo e qualitativo a nível local e regional (total: 20);
- 3) estudos de acompanhamento de egressos de cursos profissionalizantes (capazes de informar sobre a inserção dos indivíduos no mercado de trabalho), análises de grupos de estudantes e outras pesquisas (total: 11).

Observando o conjunto, verificamos inicialmente a esmagadora predominância de estudos quantitativos (37) sobre os qualitativos (4). Estes últimos são mais recentes e só em dois casos se integram a informações estatísticas. Quanto aos estudos quantitativos, observamos a salutar tendência de utilizar os conjuntos de dados agregados a nível nacional (Censos, Pesquisas Nacionais por Amostra Domiciliar (PNAD's) e Relação Anual de Informações Sociais (RAIS). No que se refere aos *surveys*, sua distribuição favorece nitidamente as regiões mais providas de recursos, que podem, assim, financiar o conhecimento de sua própria realidade. Ao passo que os estudos de dados agregados tendem a ser descritivos e exploratórios, focalizando frequentemente emprego, desemprego e salários, os *surveys* têm, como seria de se esperar, espectro mais amplo de temas.

Retratando a escassez de informações sobre os temas em apreço, grande parte das pesquisas tem caráter descritivo ou exploratório. Conquanto não poucos trabalhos sejam bastante rigorosos, raros são aqueles que delineiam claramente um referencial teórico e que resemham os estudos anteriores sobre o mesmo assunto. Não é preciso frisar os graves prejuízos que tais lacunas causam à acumulação crítica do conhecimento científico e à sua disponibilidade para orientar políticas públicas. Lamentavelmente repetimos lacunas constatadas há cerca de vinte anos em países desenvolvidos, como os Estados Unidos, no estudo do trabalho juvenil. Observamos também às vezes a utilização acrítica de juízos de valor, como a de que o menor necessita menos do trabalho que o adulto, a despeito das condições de pobreza em que vive (para uma crítica, cf. SPINDEL, 1985, a).

Quanto à metodologia utilizada, os estudos qualitativos merecem incremento bem maior para que possamos descer a outros níveis de pro-

fundidade. Naturalmente métodos quantitativos e qualitativos, longe de se oporem, a nosso ver devem complementar-se mutuamente. Sendo escasso o conhecimento da realidade nacional, não nos podemos dar ao luxo de deixar de bater a qualquer das portas que lhe dão acesso.

Em face deste acervo de pesquisas, com seu precioso aporte, mas também com suas lacunas, que podemos extrair a respeito do trabalho do menor?

No Brasil a população começa a trabalhar cedo, tangida especialmente pela pobreza. Os grupos são lançados ao mercado de trabalho em "ondas" sucessivas. As "ondas" mais prematuras são as de mais baixa origem sócio-econômica e se destinam às piores posições da estrutura ocupacional. Como ao pior começo tende a corresponder um fôlego limitado da carreira profissional, vemos que grande parte da nossa população economicamente ativa tem o seu *status* de destino fortemente atrelado ao seu *status* de origem. Enquanto as famílias pobres, geralmente dedicadas a ocupações manuais, colocam seus membros no mercado de trabalho para ampliar seus poucos recursos, as famílias de *status* sócio-econômico (SSE) médio preservam seus filhos para que eles possam ingressar em melhores condições. Neste particular, existe uma prioridade dos membros familiares em sua participação no mercado de trabalho (BILAC, 1978. Brasil, 1982, a): nos grupos familiares de baixo SSE trabalham primeiro o seu chefe, depois os filhos maiores de 18 anos, os filhos menores de 18 anos (os do sexo masculino antes dos do sexo feminino, os mais velhos antes dos mais novos) e, por fim, o cônjuge do sexo feminino. Já nos grupos familiares de médio SSE) trabalham primeiro o chefe (do sexo masculino), o cônjuge do sexo feminino e os filhos maiores (os do sexo masculino antes dos do sexo feminino).

Os grupos menos privilegiados, que entram primeiro no mercado, são do sexo masculino, residentes em áreas rurais e em regiões menos desenvolvidas, de mais baixo SSE, de baixo nível de escolaridade e filhos de pais que têm ocupações manuais. Este são os que entram nas primeiras "ondas", antes mesmo da idade mínima de admissão ao trabalho.

O quadro 1 resume os principais fatores que conduzem o menor ao trabalho. A contradição entre as constatações de CALDEIRA (1960) e GOMES (1982, 1983), de um lado, e de GOUVEIA e HAVIGHURST (1969), de outro, certamente se deve à diversidade entre as populações estudadas. Enquanto os primeiros abordaram, respectivamente, as populações rural e total, os últimos estudaram alunos do ensino médio, grupo selecionado cujas oportunidades ocupacionais provavelmente estariam mais presentes em regiões de alto nível de desenvolvimento relativo. De modo geral, o perfil exibido pelo quadro 1 coincide com os fatores levantados por RODGERS e STANDING (1981) para os países de baixa renda. (Ver quadro 1 no final.)

Em termos de localização na estrutura ocupacional, os menores tendem a trabalhar elevado número de horas semanais e a perceber baixos salários, poucos dispondo de cobertura previdenciária. Seus "empregos" são encontrados sobretudo através de meios informais. Suas atividades são exercidas notoriamente nos setores primário e terciário da economia. Isto quer dizer que grande parte deles se situa no setor informal do mercado de trabalho. Com efeito, segundo SPINDEL (1985), para cada menor no setor formal existem 10 em atividade no setor informal. Apesar, porém, destas precárias condições de trabalho, mesmo em período de prosperidade o desemprego do menor e do jovem em geral tende a superar significativamente o do adulto (cf. BARBOSA, 1975; OLIVEIRA, 1976; SOUZA, 1975). Para isto, é claro, contribui a mobilidade dos jovens em busca de melhor trabalho. Todavia, com efeito, segundo SPINDEL (1985), para cada menor no setor formal elevando-se os critérios de seleção dos menores, refletidos no nível de escolaridade. Assim, segundo a conclusão de SPINDEL (1985), o menor se configura como mão-de-obra descartável.

Os estudos de egressos (aqui o nível de cobertura do nosso trabalho é o menos satisfatório, já que muitas destas pesquisas têm difusão restrita) patenteiam a importância das oportunidades educacionais, sobretudo a aprendizagem efetiva. Tal preparação, pelo menos nas áreas e setores estudados, permite aos indivíduos elevados níveis de emprego e remuneração quando comparados àqueles que não tiveram estas oportunidades. O curso regular é ponderável para superar as barreiras da idade e da experiência profissional. Aliás, os critérios de seleção mais valorizados pelas empresas são a experiência, a recomendação do candidato por outras pessoas e a educação, representada especialmente pela aprendizagem. Não é, pois, difícil de entender por que os menores alcançam elevados níveis de desemprego e buscam trabalho predominantemente através de meios informais.

Por outro lado, as pesquisas sobre alunos do antigo ensino médio, conquanto distantes no tempo, descortinam outra realidade. Como a entrada no mercado se dá em geral cedo, predominam neste alunado o trabalhador que estuda e o estudante que trabalha. É claro que os grupos mais pobres, que começaram mais precocemente a atividade laboral, raramente estão aqui representados. Assim, o alunado de nível médio, por ser um grupo ainda assim selecionado, tem elevadas aspirações. Como já atingiu um elevado nível da pirâmide (ou obelisco) educacional, deseja atingir-lhe o topo, seguindo uma ocupação de nível superior.

Estes aspectos nos levam a discutir as relações entre trabalho e escolarização. Uma das idéias estabelecidas é que o trabalho prejudica a frequência à escola. Na verdade, o conjunto das pesquisas nos mostra a impossibilidade de afirmar uma relação mecânica entre trabalho e escolarização. Há tipos de trabalho que realmente impedem o menor de ir à escola, roubando-lhe inestimáveis oportunidades. No entanto, em algumas

circunstâncias o trabalho pode favorecer o estudo. O quadro 2 resume os fatores desfavoráveis à concomitância trabalho-estudo. A simples inspeção indica que a pobreza é o grande obstáculo. O trabalho no setor informal, além do trabalho inseguro em geral e de baixa remuneração, destacadamente na agricultura (em particular quando não é exercido com a família), desfavorecem a permanência ou reentrada na escola. Só para o pequeno contingente, devidamente peneirado, que dispõe de empregos fixos, no setor formal, cujas premências familiares lhe permitem controlar uma parte maior do seu salário, o trabalho facilita o acesso à escola. É preciso ainda que as tarefas não sejam extenuantes e a jornada de trabalho não seja muito longa (o máximo de 9 horas é um marco significativo, segundo vários estudos, o que confirma ser bem curta a jornada de estudo para o trabalhador). Vale dizer, é necessário que a legislação seja cumprida. (Ver quadro 2 no final.)

Quanto à idade, duas constatações parecem contraditórias: a partir dos 15 anos a renda sacrificada pela escolarização tende a ser significativa. Mas, por outro lado, até os 15 anos os rendimentos não são significativamente afetados pela escolarização, dada possivelmente a concentração em baixos níveis ocupacionais. Isto quer dizer que, quando a escolaridade começa a fazer diferença, os mais pobres têm dificultada sua frequência à escola, pois o custo de oportunidade aumenta cada vez mais.

A escola, aliás, retratada muitas vezes como a grande vilã da história, não chega a ser absolvida pelos estudos em tela, mas fica com uma importante parcela de culpa. Com efeito, nota-se que não poucos menores se evadem antes de trabalhar e que a escolarização é sócio-economicamente seletiva, porém, ao lado da pobreza, o papel da escola é, diríamos, muito menos grave, embora relevante. Constata-se que a sociedade urbano-industrial conta, inclusive, com alguns poderosos incentivos à escolaridade, como a concepção de educação como canal de ascensão social, a identidade da frequência escolar com a categoria "jovem" (oposta à de "marginal") e a exposição, através do trabalho remunerado, a situações onde se exige e se enfatiza a escolaridade (cf. SPINDEL, 1983; MADEIRA, 1984).

No que concerne à escola e ao trabalho, as pesquisas ainda contribuem para contestar alguns clichês. Um deles é de que, nas áreas rurais, os pais preferem a concomitância do trabalho e estudo. No entanto, pais proprietários contrariam suas próprias expectativas e fazem com que seus filhos estudem apenas (o que se supõe ser mais efetivo), ao passo que os menos aquinhoados se evadem da escola para a atividade laboral (DEMARTINI e LANG, 1980). Outro clichê sobre o qual a pesquisa lança dúvidas é o de que a ociosidade do menor o leva à delinquência. Não só intelectuais e políticos temem tal desocupação, mas também muitos

adultos das camadas populares. Todavia, certos tipos de trabalho podem levar à delinquência. É o caso da atividade de rua, onde o menor fica exposto a situações de corrupção, de conflito e violência, como a disputa pelo ponto, a defesa da mercadoria, o confronto com a fiscalização e polícia etc. (cf. MACHADO NETO, 1980; Brasil. Distrito Federal, 1983). Como se vê, generalizações são perigosas. Ainda outro clichê colocado em dúvida é que o menor precisa menos trabalhar que o adulto, sobretudo do sexo masculino. Esta visão patriarcal se esboroa em contato com a realidade, onde, em situações de pobreza, é difícil afirmar que tipo de participação é menos importante para o orçamento, inclusive em grupos familiares fragmentados, em que a mulher ou, mesmo, o menor é o cabeça (cf. SPINDEL, 1985; MACHADO NETO, 1980).

A legislação em face da realidade

Diante deste quadro preocupante, como se coloca a legislação? Lamentavelmente a pesquisa não nos oferece um quadro muito claro. Esta é, por sinal, uma das sérias lacunas encontradas. Podemos, todavia, juntar alguns fragmentos para tentar montar o quebra-cabeça. Alinharemos alguns dos principais dispositivos legais e as evidências disponíveis nos estudos por nós arrolados.

a) Obrigatoriedade escolar de 7 a 14 anos de idade (Constituição federal, art. 178, § 3º, II)

Como é sabido, estamos ainda longe de alcançar o pleno cumprimento deste dispositivo constitucional. Evitando repetir dados sobejamente conhecidos, sabemos que uma parte das crianças nunca teve acesso à escola, enquanto outra ingressa tarde (depois dos 7 anos de idade). A distorção idade-série, a repetência e a evasão levam muitos alunos a deixarem a escola com um número reduzido de séries concluídas. Utilizando dados da PNAD-82 — com as limitações que tal pesquisa por amostragem impõe — CASTRO e FLETCHER (1985) constataram que 2,8 milhões de pessoas entraram na primeira série pela primeira vez, enquanto apenas 150 mil não conseguiram entrar na escola. Por outro lado, 95% da coorte de 5 a 24 anos recebeu, em média, 2,1 anos de instrução de primeira série por pessoa. O engarramento interno seria um fator relevante pelo qual os alunos saem com escolaridade insuficiente. Em média a população escolar recebe atualmente 7,6 anos de instrução de 1º grau por pessoa, embora complete, também em média, apenas 5,1 séries. A idade média dos desistentes do 1º grau é de 15,7 anos de idade (a moda situa-se entre 14 e 15 anos), quando os fatores antes mencionados dificultam a permanência na escola. Dos 14 anos em diante espera-se que o adolescente trabalhe,

os custos de oportunidade crescem e a jornada de trabalho vai dilatando-se. A matrícula no curso noturno é quase a única opção quando os obstáculos são contornados. E, como sabemos, os cursos noturnos tendem a ser tentativas de réplica dos cursos diurnos, com grave inadequação à sua clientela.

b) Proibição de qualquer trabalho a menores de 12 anos de idade (Constituição federal, art. 165, X)

A proibição só é observada pelo setor formal do mercado de trabalho e, assim mesmo, com inevitável possibilidade de infração. O trabalho infantil é uma realidade em nosso País. Assim, CALDEIRA (1960) constatou que a média de ingresso das crianças no trabalho rural é de 11 anos, dependendo do grau de integração familiar e dos tipos e organização da exploração agrícola. SILVA e MOLINA (1984) encontraram resultados análogos. SOUZA (1975), por sua vez, verificou, na cidade de São Paulo, que 5,4% dos menores passaram a trabalhar antes dos 12 anos. GOUVEIA (1983), pesquisando na área da Grande São Paulo, teve como informantes crianças de até 9 anos. Em Fortaleza quase metade dos entrevistados por GRADVOHL (1980) havia começado a trabalhar entre 7 e 10 anos. Resultados similares foram encontrados para o Distrito Federal (Brasil, Distrito Federal, 1983). Por fim, cerca de 10% da população masculina de 8-9 anos e cerca de 7% da mesma população trabalhavam em 1982 (CASTRO e FLETCHER, 1985).

O fato jurídico afasta-se, pois, do fato social. Como é sabido, a idade mínima para o trabalho atropela a faixa de escolaridade obrigatória, como ocorre em vários países em desenvolvimento, e deixa de atender à Convenção nº 138 da OIT (Organização Internacional do Trabalho, 1981). Estamos, pois, diante de duas ficções: a do cumprimento da escolaridade fundamental e a de preservação dos menores de 12 anos quanto às atividades laborais. É possível que o propósito de aproximar o fato jurídico do fato social tenha animado os autores da Constituição federal de 1967. Baixando a idade mínima, um grupo mais amplo hipoteticamente poderia ser abrigado no setor formal, saindo da clandestinidade. Todavia, numa avaliação superficial verifica-se que tal grupo etário não teve os benefícios supostamente pretendidos. Segundo a PNAD-82, apenas 6,24% dos menores de 12 a 14 anos (observe-se que estão incluídos os de 14 anos) tinham carteira assinada no emprego principal ($n = 73.532$). Já na faixa de 15-17 anos tal proporção subia para 30,00% ($n = 786.306$). Pelo menos numa grande metrópole, um estudo revelou diferentes expectativas entre menores de 10-14 e de 15-17 anos. Espera-se que estes últimos efetivamente trabalhem, enquanto, em relação ao grupo anterior, não se considera que suas atividades sejam realmente trabalho (MADEIRA, 1984).

A PNAD-82 confirma que há um aumento substancial de trabalhadores dos 13 para os 14 anos no Brasil. Embora isto não seja generalizável, é um indício para traçar políticas públicas. Sabendo-se que a concomitância de estudo e atividade laboral é difícil (haja vista o baixo percentual relativo dos que o conseguem: pico de 14,00% aos 14 anos, segundo a PNAD-82), o dispositivo constitucional não parece ter facilitado sobremaneira o avanço das crianças trabalhadoras em sua escolaridade e aquisição de direitos trabalhistas e previdenciários. Por outro lado, mais que a obrigatoriedade escolar, parecem pesar nas decisões de ingressar/permanecer na escola a extensão do ensino de 1º grau para 8 anos, a partir de 1971, a modernização associada aos processos de urbanização e industrialização e a escalada de requisitos educacionais para o trabalho, melhor conhecida como inflação educacional (cf. MADEIRA, 1984; SPINDEL, 1983).

O dispositivo constitucional parece, portanto, pouco útil. Seria, porém, interessante ter uma avaliação longitudinal das mudanças ocorridas antes e depois deste dispositivo. Para isto há pelo menos uma questão subjacente à interpretação das estatísticas: o que é considerado trabalho em diferentes níveis sócio-econômicos e situações sociais? Ajudar por longas horas o tio numa "birosca" de favela pode, em certos casos, não ser considerado trabalho, como também ajudar a fazer doces em casa ou carregar compras na feira algumas vezes por semana. Apesar desta opinião, tais atividades podem afetar seriamente a frequência e aproveitamento escolares.

É claro que alterar a idade mínima sem pretender mudar os fatores que levam os menores a trabalhar é inútil. Tal alteração deve situar-se num quadro mais amplo de políticas de emprego, salário, educação etc. que procure focar as necessidades que impelem ao trabalho infantil.

c) O trabalho dos menores de 12-14 anos é condicionado à frequência escolar e à execução de serviços de natureza leve (CLT, art. 403)

Ainda que este dispositivo se refira apenas ao setor formal, trata-se de um anseio da sociedade que os menores se escolarizem e preservem sua saúde. Assim, ainda que os dados se refiram a toda a população trabalhadora (setores formal e informal), é interessante notar que 68,7 e 66,0% dos meninos e meninas de 10 anos a 14 anos, respectivamente, trabalhavam 40 horas e mais por semana (GOMES, 1982). Considerando a mesma faixa etária, observa-se que 10,5% só trabalhavam e apenas 7,4% conseguiam conciliar trabalho e estudo (GOMES, 1983). Há, pois, sérias deficiências de escolaridade e não temos evidências de que, mesmo no setor formal, os serviços infantis sejam sempre de natureza leve.

d) *A jornada máxima de trabalho do menor será de 8 horas, prorrogável para mais 2 horas ou, excepcionalmente, até 12 horas (Constituição federal, art. 165, VI, e CLT, art. 413). É proibido o trabalho noturno (Constituição federal, art. 165, X)*

Já notamos a importância da duração da jornada de trabalho para a compatibilização do estudo e atividade laboral. Cabe lembrar que as prorrogações permitidas pela Lei não constituem uma ajuda ao menor, sobretudo quando comparadas com a legislação de outros países (cf. MANUS, 1985). Embora lidemos com dados do mercado de trabalho como um todo — e não só do setor formal —, cumpre enfatizar o círculo vicioso já apontado: a pobreza obriga grandes grupos a partirem para a atividade laboral com baixa escolaridade, nos piores nichos da estrutura ocupacional. Com isto, são reduzidas as probabilidades de acrescentar anos de escolaridade e de obter ascensão ocupacional (cf. PASTORE, 1979; Brasil, 1982; ZYLBERSTAJN, PAGOTTO e PASTORE, 1985). Apenas a título de ilustração, mencionemos que 91,7 e 84,8% dos jovens do sexo masculino e feminino, respectivamente, de 15 a 19 anos trabalhavam 40 horas e mais por semana (GOMES, 1982). Se bem que tenha aumentado a proporção dos que trabalham e estudam, esta proporção tendia a ser sempre inferior à dos que só trabalham para a faixa de 15 a 17 anos (GOMES, 1983). SPINDEL (1985), em sua pesquisa sobre o setor formal, verificou que 47,8% das meninas e 31,8 dos meninos que trabalham nas Regiões Sul e Sudeste se submetem a uma jornada de trabalho superior a 9 horas. ZYLBERSTAJN, PAGOTTO e PASTORE (1985) constataram que muitos menores vivem jornadas de trabalho de mais de 15 horas, ainda que a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em seu art. 412, exija um intervalo nunca inferior a 11 horas para cada período laboral. Se contarmos 8 horas para o trabalho, 4 para a escola e, no mínimo, 2 horas para o transporte, não poucos menores têm jornadas de 12 a 14 horas.

e) *É proibido o trabalho em indústrias insalubres (Constituição federal, art. 165, X)*

Cerca de dois terços dos menores trabalhadores registrados que SPINDEL (1985) entrevistou trabalhavam expostos a poeira, gases, substâncias químicas, temperaturas extremas, barulho, queimaduras e/ou exigências de muito esforço físico. Deve-se fazer a ressalva de que, comparando as respostas com as efetivas condições de trabalho, observou-se que muitos menores não se davam conta da insalubridade do seu ambiente laboral.

f) *O menor aprendiz receberá pelo menos meio salário mínimo durante a primeira metade da duração máxima do seu aprendizado e pelo menos*

dois terços na segunda metade (CLT, art. 80). Os demais trabalhadores menores receberão pelo menos o salário mínimo (jurisprudência)

A Constituição federal de 1946 proibia a discriminação do salário por idade. Já a Carta de 1967 foi omissa quanto ao tema, enquanto a Lei nº 5.274, de 24 de abril de 1967, estabelecia um escalonamento baseado na idade para os menores não portadores de curso completo de formação profissional, de modo que este trabalhador recebia menos que o salário mínimo do adulto. Alguns anos mais tarde estas disposições foram revogadas pela Lei nº 6.088, de 15 de julho de 1974, que estatuiu o pagamento de frações do salário mínimo ao aprendiz e silenciou sobre o menor não aprendiz. A jurisprudência firmou, então, que os não aprendizes perceberiam o salário mínimo, restabelecendo em parte a isonomia salarial por idade.

Considerando toda a população ocupada no Brasil, a PNAD-77 nos informa que os rendimentos mensais dos menores de 10 a 14 anos são ínfimos, quando comparados aos dos adultos (GOMES, 1983). 54,54% deles não tinham rendimentos, 31,13% ganhavam até meio salário mínimo, 10,95% recebiam de mais de meio a um salário mínimo e 3,38%, mais de um salário mínimo. Do total desta faixa etária apenas 4,00% tinham carteira assinada, podendo ser aprendizes ou não. Apesar de os limites das classes da PNAD dificultarem a análise (é estabelecida a faixa de meio a um salário mínimo quando seria preferível incluir na classe seguinte os informantes que percebem um salário mínimo), constata-se que o número daqueles que tinham a carteira assinada podia ser até menor que o daqueles que percebiam cerca de um salário mínimo. Entretanto, o panorama geral nos mostra que, apesar de as crianças de 10 a 14 anos terem sido impelidas a trabalhar, seus rendimentos eram muito baixos. Apesar disto tais quantias deviam ser relevantes para os poucos orçamentos dos seus grupos familiares.

Quanto ao grupo etário de 15 a 17 anos, os rendimentos tendiam a ser mais elevados, ainda que significativamente distantes daqueles dos adultos. 29,15% não tinham rendimentos. 25,41% percebiam até meio salário mínimo, 27,40%, de mais de meio a um salário mínimo e 18,04%, mais de um salário mínimo. O número dos que tinham carteira assinada era igual a 23,20% do total, ocorrendo a mesma possibilidade indicada acima. Vê-se que, em termos globais, a Lei parece ser formalmente cumprida, porém o setor informal abriga muitos menores não protegidos. Deve-se notar, entretanto, que os menores têm longas jornadas de trabalho e não temos dados de salário-hora disponíveis para comparações. É possível que este seja mais baixo do que aparenta.

Comparando-se os rendimentos mensais dos menores como um todo com os dos menores assalariados registrados, verificamos que estes últimos

percebem muito mais, conforme era de esperar. Se bem que a amostra de SPINDEL (1985 a) não possa ser considerada representativa do Brasil como um todo, computamos os seguintes dados: 26,48% dos menores registrados percebem até um salário mínimo, 47,25%, de um a 1,5 salário mínimo (a divisão de classes é coincidente no original), e 26,27%, acima de 1,5 salário mínimo. Segundo a PNAD-82, 39,88% dos trabalhadores de 10 a 17 anos não tinham rendimentos, 48,25% tinham rendimentos até um salário mínimo e 11,40% acima de um salário mínimo. Confirma-se, assim, apesar do precário grau de comparabilidade dos dados, que os menores com registro em carteira constituem o ápice da pirâmide de trabalhadores menores, isto é, a "elite" dos desprivilegiados. Aos seus salários devem acrescentar-se os direitos trabalhistas e previdenciários, bem como, em certos casos, *fringe benefits*.

Para explorarmos um pouco mais a questão do salário, fizemos uma comparação precária do número de menores empregados com carteira assinada no Brasil e no Estado de São Paulo, região que, segundo as constatações dos estudos, seria mais sensível a este dispositivo legal (ver tabela 1).

TABELA 1

**EMPREGADOS COM CARTEIRA ASSINADA
PELO ATUAL EMPREGADOR POR IDADE**

IDADE	BRASIL			SÃO PAULO		
	1972	1977	1982	1972	1977	1982
10 — 14 anos	9,95%	10,01%	6,24%	21,51%	18,86%	13,60%
15 — 19 anos	34,80%	43,33%	37,56%	55,11%	60,60%	56,78%
15 — 17 anos	—	36,69%	29,95%	—	55,47%	49,79%
18 — 19 anos	—	51,11%	46,21%	—	66,85%	66,27%

FONTES: PNAD's — 72,77,82.

Poderíamos esperar que a passagem para a isonomia causasse significativo desemprego de menores no setor formal. Efetivamente, entre 1972 e 1977 diminuiu o número de empregados de 10 a 14 anos com carteira assinada em São Paulo, mas não no Brasil como um todo. Entrementes, o percentual aumentou para a faixa etária de 15 a 19 anos (existe aqui a restrição de que o grupo inclui os jovens de 18-19 anos). Como os ren-

dimentos de menores e adultos se distanciaram em 1970-77 (Brasil, 1982), é possível que a exigência do salário mínimo tivesse seu peso reduzido. De 1977 a 1982, porém, com a recessão econômica, registrou-se alto nível de desemprego de menores, pois as empresas tendem a colocá-los em baixa prioridade, uma vez que, neste período, os salários de adultos e menores voltaram a convergir. No caso de Salvador, por exemplo, o achatamento dos salários levou à virtual inexistência do setor formal para os menores (cf. SPINDEL, 1985, a). Se o refinamento dos dados confirmasse esta constatação, diríamos que a isonomia causaria certo prejuízo às crianças, mas não aos adolescentes, sendo a recessão um fator mais poderoso de desemprego. Diante de tais constatações, seria possível começar a avaliar os efeitos de dispositivos legais uniformes para situações de grande complexidade. Algumas questões então surgiriam: quais os efeitos da adoção da heteronomia e da isonomia sobre os salários e nível de emprego dos diversos grupos de menores e adultos? Em que medida e em que situações típicas o menor cumpre as mesmas tarefas dos adultos? Dois terços dos respondentes da pesquisa de SPINDEL (1985, a), sobretudo meninas, declararam conhecer adultos exercendo as mesmas funções de menores. A constatação é importante, porém precisamos de mais dados. Além disto, em que medida e em que situações típicas o menor faz trabalho mais simples e representa custo significativo de treinamento para a empresa? Em que situações a heteronomia é a isonomia seriam adequadas? Em que medida estes e outros dispositivos podem afetar as prioridades de admissão/demissão dos empregadores e as decisões de indivíduos e famílias no sentido de ingressar no mercado de trabalho? Há evidências de que os menores têm baixa prioridade para as empresas (BARBOSA, 1975; SOUZA, 1975; SPINDEL, 1985, 1985, a). Por outro lado, temos algumas informações sobre as prioridades das famílias de diferentes níveis sócio-econômicos em relação à participação dos seus membros em atividades laborais (p. ex., BILAC, 1978). Como, porém, a oferta e a demanda interagem no mercado?

g) *As empresas comerciais e industriais são obrigadas a assegurar, em cooperação, condições de aprendizagem aos seus trabalhadores menores (Constituição federal, art. 178, parágrafo único)*

A aprendizagem, que é importante meio de formação profissional do menor em vários países, é estabelecida no Brasil como obrigação legal. Segundo o Decreto-Lei nº 9.576, de 12 de agosto de 1946, os estabelecimentos industriais são obrigados a empregar e matricular nas escolas mantidas pelo SENAI um número de aprendizes equivalente a, no mínimo, 5% e, no máximo, 15% dos operários existentes em cada estabelecimento e cujos ofícios demandem formação profissional.

Analisando as oportunidades de formação profissional, CASTRO e FLETCHER (1985) estimaram que, reunindo os cursos do SENAI, SENAC e Escolas Técnicas Federais, estariam sendo atendidos apenas 14% da clientela potencial de menores. É evidente que nem todas as ocupações exigem preparação formal e metódica, mas aquele percentual parece preocupante. Com efeito, se considerarmos o ano de 1980, o SENAI tinha 64.229 alunos matriculados em cursos de aprendizagem. Este número corresponde a apenas 1,55% do pessoal ligado à produção, ocupado naquele ano pela indústria de transformação, conforme o Censo Industrial. Reiteramos que este dado não significa infração legal, mas constitui um elemento para o estudo da abrangência da aprendizagem.

Estudos por nós arrolados (PASTORE e ASSIS, 1979; SENAI/RJ, 1980; OIT, 1980; LIMA, 1980; SENAI/SP, 1980; LETTE, 1983) revelam a importância da aprendizagem para a superação de barreiras para o emprego, tais como a idade e a inexperiência profissional. Comparando-se, em setores e regiões selecionados, ex-aprendizes e jovens das mesmas origens sociais que não foram aprendizes, verificam-se os elevados níveis de emprego e salário dos primeiros. É claro que tais resultados não podem ser generalizados. Em determinadas situações, a mencionada isonomia salarial entre menores não aprendizes e trabalhadores adultos cria grandes dificuldades ao emprego daqueles que encerraram sua aprendizagem (cf. resultados de SPINDEL (1985, a) para Salvador). Ainda assim, porém, a aprendizagem é fator relevante, que não pode ser desprezado. Neste sentido há necessidade de estudos e reformulações quanto à fixação das cotas de aprendizes por empresa, às ocupações ou grupos ocupacionais que exigem aprendizagem, ao recrutamento e seleção dos aprendizes, às relações com a escolaridade (tanto em termos de pré-requisitos como do seu prosseguimento) e às possibilidades e adequação da aprendizagem metódica no próprio emprego.

Que fazer diante do problema?

O fosso entre a ordem legal e a realidade tem provocado basicamente dois tipos de reações na literatura, especialmente jurídica: uma se preocupa em aumentar a proteção ao trabalho do menor, vedando frestas existentes; outra, em face do desemprego e da ociosidade do menor, propõe a redução das garantias para facilitar seu acesso ao trabalho e, em particular, ao emprego no setor formal.

Como sabemos, sob o ângulo da maturidade civil, o trabalhador menor, pelo menos o de 12 a 16 anos de idade, é um *nullum patiens*. Considerado portador de vontade mínima, cuja atuação demanda representação — e dos 16 aos 18 anos, no mínimo assistência (VILHENA, 1979) —, o menor

trabalhador se submete a uma intensa e minuciosa regulamentação. Como, ainda assim, se encontram irregularidades no setor formal e certos dispositivos brasileiros, comparados aos de outros países, são lenientes (cf. MANUS, 1985), parte dos juristas e legisladores tende a reforçar a regulamentação existente.

Por outro lado, reconhece-se que a intensa tutela de ordem jurídica não deixa de expor o menor a uma posição precária em face da exploração do seu trabalho (cf., p. ex., VILHENA, 1979). Outras correntes de opinião preocupam-se com o desemprego e o ócio do menor, observando que a legislação, em vez de protegê-lo, marginaliza-o, empurrando-o para o desemprego e para o setor informal, quando não para a criminalidade (cf., p. ex. MENDONÇA, 1981; SOLANO SOBRINHO, 1983). Empresários, por seu lado, vêem a legislação como um obstáculo à contratação de menores (SPINDEL, 1985, a). A grande imprensa paulistana, conforme análise de FUKU, SAMPAIO e BRUSCHI (1985), apresenta o trabalho infantil como necessário para a prevenção da delinquência, defendendo sua institucionalização e a redução do salário do menor. Técnicos que trabalham com o menor, em face da agudez dos problemas da pobreza, dividem-se quanto à perspectiva: um grupo prioriza a adequação do menor ao trabalho como meio mais eficaz de gerar renda imediata; outro grupo destaca a carência social do menor e prioriza a adequação do trabalho ao menor, de modo a garantir sua organização em formas de convivência solidárias; por fim, outro grupo enfatiza o potencial não realizado do menor e propõe a integração mútua entre menor e trabalho (Brasil, 1984).

Como já vimos, afirma-se que a isonomia salarial por idade leva à preferência pelo adulto em detrimento do menor que, assim, tem um papel de contingente de mão-de-obra complementar, sendo preservado, pelo menos em tese, para a escolarização. Porém, as necessidades de sobrevivência são graves e os menores enfrentam o desemprego. Por outro lado, a heteronomia salarial favorece o emprego do menor, mas não garante que as tarefas por ele executadas estejam de acordo com sua idade. Ademais, o menor arrisca-se a deixar sua função complementar no mercado de trabalho para concorrer vantajosamente com o adulto, havendo prejuízo salarial para ambos os grupos etários (cf. p. ex., LIMA, 1975; MENDONÇA, 1981; SOLANO SOBRINHO, 1983). Afinal, coloca-se um questionamento: se o menor trabalha é porque precisa atender a necessidades em geral prementes, não cabendo ao legislador decidir quem deve prioritariamente trabalhar ou que o salário deve ser pago segundo a idade e não conforme o trabalho realizado (SPINDEL, 1985, 1985, a).

As duas correntes de opinião se espelham nos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, como mostra a tabela 2. Destes projetos, 3 foram de iniciativa do Senado Federal, 19 da Câmara dos Deputados e 1 do Poder Executivo. 5 foram apresentados entre 1975 e 1982. O

agravamento da recessão parece ter levado a uma preocupação maior com o desemprego infantil e adolescente, pois 11 projetos foram apresentados em 1983, 5 em 1984 e 2 em 1985.

T A B E L A 2

MEDIDAS PROPOSTAS NOS PROJETOS DE LEI SOBRE O
TRABALHO DO MENOR EM TRAMITAÇÃO NO CONGRESSO NACIONAL
SETEMBRO DE 1985

Nº de Projetos = 23)

MEDIDAS PROPOSTAS	Nº	%
A — De possível impacto limitativo da demanda de mão-de-obra: Subtotal	16	35,5
Redução da jornada de trabalho	7	15,7
Exigência de autorização judicial ou do Ministério do Trabalho para o trabalhador de 12-14 anos	2	4,4
Aumento de multas a serem pagas por empregadores de menores em caso de infração	2	4,4
Introdução da isonomia salarial na área rural	1	2,2
Redução das possibilidades de dispensa de aprendiz	1	2,2
Não prescrição dos direitos trabalhistas do menor	1	2,2
Garantia de emprego em idade de prestação do Serviço Militar	1	2,2
Garantia da contagem de tempo de serviço	1	2,2
B — De possível impacto estimulador da demanda de mão-de-obra: Subtotal	29	64,4
Introdução da heteronomia salarial para não aprendizes ..	7	15,7
Isenção parcial ou total de encargos sociais e trabalhistas do empregador	6	13,3
Participação de entidades assistenciais. FUNABEM e FEBEM's como intermediárias do emprego de menores ..	5	11,1
Equiparação da jornada de trabalho à do adulto	3	6,7
Dispensa do Serviço Militar para trabalhadores	3	6,7
Eliminação de parte das formalidades para o trabalho em condições especiais	2	4,4

MEDIDAS PROPOSTAS	Nº	%
Fixação de percentagem mínima de menores (aprendizes ou não) sobre o número total de empregados por empresa	2	4,4
Incentivo ao treinamento em serviço	1	2,2
T O T A L	45	100,0

Fonte dos dados originais: **PRODASEN**

Observações: 1. O número de medidas propostas é superior ao número de Projetos de Lei, porque cada Projeto pode incluir mais de uma medida.

2. Em número significativo de casos os Projetos associam medidas de possíveis impactos limitativo e estimulador da demanda de mão-de-obra.

A distribuição da tabela 2 patenteia a polarização de posições, com predomínio das medidas de possível impacto estimulador da demanda do trabalho do menor. Todavia, é importante notar que, em número significativo de projetos, medidas de possível impacto limitativo da demanda são habilmente associadas a medidas de possível impacto estimulador. Um exemplo é a redução da jornada de trabalho, buscando compensar a perda de certas vantagens e favorecer a conciliação do estudo e trabalho. Com efeito, a redução da jornada de trabalho e, em geral, o trabalho no setor formal já foram indicados como importantes facilitadores daquela simultaneidade. Notamos, ainda, a preocupação com a institucionalização do trabalho do menor, através de entidades assistenciais, FUNABEM e FEBEN's. Esta intermediação é fato relativamente novo, de muita complexidade, que enfrenta uma legislação ora omissa, ora protecionista e paternalista.

Parece haver também uma tentativa de abrandar a dramática fronteira entre os setores formal e informal, facilitando o acesso do menor às empresas em troca da eliminação de alguns direitos trabalhistas e previdenciários. Entre as áreas pouco contempladas pelos projetos situa-se a aprendizagem (que abordamos antes), bem como uma visão mais ampla do menor no contexto do mercado de trabalho, que inclui outros grupos etários.

Como termômetro da sociedade, as proposições legislativas refletem, pois, de um lado, o interesse em aperfeiçoar as leis vigentes, tornando-as mais rigorosas; por outro lado, buscam atender às demandas geradas pelo desemprego e delinquência do menor.

Conclusões: Encontros e desencontros entre pesquisas e legislação

Este bosquejo nos mostra que a legislação precisa ser revista por não atender à realidade, mas será uma tarefa difícil tecer áreas de consenso em torno das mudanças. A tarefa, porém, não apresenta dificuldade apenas por isto: o arsenal da pesquisa oferece poucas luzes para avaliar a legislação vigente e fundamentar novos dispositivos. Graças também à falta de subsídios, a legislação tem sido construída em parte com base em opiniões e até preconceitos. Isto não significa que as leis devam ser elaboradas tecnocraticamente, mas que a democracia deve estar aliada à competência técnica para não se transformar em mera demagogia.

Em outras palavras, é preciso sensibilidade para formar-se uma agenda de pesquisas mais adequada às necessidades. É preciso que a legislação seja avaliada e que não se esqueça de que ela cobre apenas o setor formal, deixando a descoberto o restante do mercado de trabalho. Há inúmeras indagações sobre os efeitos de dispositivos relacionados à escolarização e à carreira profissional, relações entre os setores formal e informal e rendimentos dos menores. Temos dúvidas a respeito do real impacto de certas medidas sobre os menores e os adultos. Dentre estas destacam-se a idade mínima de admissão ao trabalho e os salários dos menores. A aprendizagem, por seu lado, requer urgentes estudos sobre os aspectos antes mencionados. Há também que se analisar o impacto da legislação do estágio e sua coerência com outras situações análogas e normas legais, assim como a prestação do serviço militar. Deve-se notar que muitas destas questões requerem respostas urgentes, porém sua urgência está na razão inversa da sua precisão. Várias delas estão a exigir estudos longitudinais, verdadeira raridade na pesquisa nacional. Além disto, como já nos referimos, uma das lacunas da pesquisa tem sido os frouxos laços entre teoria e empiria. Ora, o ingresso no mercado de trabalho, por ser um ponto crucial do processo de estratificação social, pode ser examinado no contexto das teorias e pesquisas sobre o assunto. Ao desbravar novos caminhos necessitamos dos mapas das teorias, que são sucessivamente aperfeiçoados com base na experiência.

É indispensável, pois, constituir esta agenda de pesquisa, com suas prioridades, sensibilizar a comunidade científica e prover-lhe os meios para o seu cumprimento.

Estes são alguns desafios em termos de elaboração legislativa e de sua execução. O conhecimento científico, quando inserido em estruturas democráticas de poder, tende a constituir meio poderoso de aproximar o Estado e a Nação, a lei e a realidade, os ideais e sua concretização. Ele pode contribuir seriamente para que as normas legais possam espelhar as necessidades, aspirações e expectativas dos diferentes grupos sociais, tornando-se, assim, mais efetivas.

QUADRO 1
PRINCIPAIS FATORES DO INGRESSO DO MENOR NO TRABALHO

<i>Estudos</i> <i>Fatores</i>	<i>Caldiera, 1960</i>	<i>Dias, 1967</i>	<i>Gouveia & Havighurst, 1969</i>	<i>Bessa, 1971</i>	<i>Bliao, 1978</i>	<i>Machado Neto, 1979, 1980</i>	<i>Pastore, 1979</i>	<i>Gradwohl, 1980</i>	<i>Brasil, 1982 a</i>	<i>Gomes, 1982, 1983</i>	<i>Brasil DF, 1983</i>	<i>Gouveia, 1983</i>	<i>Spindel, 1983, 1985 a</i>	<i>Madeira, 1984</i>	<i>Zyberstajn, Pagotto e Pastore, 1985</i>
Idade			X	X	X	X	X	X	X	X	X				X
Sexo masculino			X	X		X				X	X*				
Baixa renda familiar					X	X			X	X		X	X		
Baixa SSE		X	X	X	X	X	X					X			
Área rural	X									X					
Baixo grau de desenvolvimento relativo da região	X									X					
Alto grau de desenvolvimento relativo da região			X												
Redução dos salários reais dos adultos									X						
Desejo de independência													X		

X — Indica relação significativa

* — Nossa inferência em face dos resultados

** — Não foi encontrada relação significativa

QUADRO 2

FATORES DESFAVORÁVEIS A CONCOMITANCIA DO TRABALHO E ESCOLARIDADE

(Folha 01)

Fatores \ Estudos	Caldeira, 1960	Schrader, Berger e Schrader, 1973	Machado Neto, 1979, 1980	Castro, et al., 1980	SENAI/RJ, 1980	Gomes, 1982, 1983	Brasil/DF, 1983	Spindel, 1983, 1985	Demartini e Lang, 1983	Fukui, Sampaio e Brioschi, 1983	Molina, et al, 1983	Madeira, 1984	Silva e Molina 1984	Castro e Fletcher, 1985	Zyberstajni, Pagotto e Pastore, 1985
Baixo grau de desenvolvimento relativo da região	X					X									
Área rural	X	**				X									
Baixa renda familiar						X		X*	X		X		X		X
Adulto desempregados ou com trabalho instável no grupo familiar			X			X									X
Sexo feminino			X			X									
Rendas sacrificadas pela frequência à escola (proporcional) à idade			X*	X		X									X
Idade até 15 anos														X	
Trabalho no setor informal, trabalho inseguro em geral e de baixa remuneração			X*		X*	X	X	X*				X			X
Trabalho agrícola, sobretudo quando não exercido com a família	X					X									
Baixo grau de qualificação profissional					X*										
Longa jornada de trabalho							X	X							

X — Indica relação significativa

* — Nossa inferência em face dos resultados

** — Não foi encontrada relação significativa

FATORES DESFAVORÁVEIS A CONCOMITANCIA DO TRABALHO E ESCOLARIZAÇÃO

(Folha 02)

ESTUDOS FATORES	Caldeira, 1960	Schrader, Berger e Schrader, 1973	Machado Neto, 1979, 1980	Castro, et al. 1980	SENAI/RJ, 1980	Gomes, 1982, 1983	Brasil/DF, 1983	Spinde, 1983, 1985	Demartini e Lang, 1983	Fukui, Sampaio e Broschi, 1983	Molina, et al, 1983	Madeira, 1984	Silva e Molina 1984	Castro e Fletcher, 1986	Zylberstein, Pagotto e Pastore, 1985
Tarefas extenuantes							X	X							
Baixa proporção do salário controlada pelo menor			X*					X							
Reprovações e atraso escolar											X*				
Distâncias casa-trabalho-escola								X							
Sensibilidade sócio-econômica da escola										X					
Escola não oferece alternativas para a vida prática à curto prazo							X			X					
Escola se baseia em noção de infância que exclui o trabalho										X					
Escola possui modelo cultural alheio aos alunos							X								

X — Indica relação significativa

* — Nossa inferência em face dos resultados

** — Não foi encontrada relação significativa

Referências bibliográficas

- ARAÚJO, Dalton M. (coord). *Destino Profissional de Ex-Alunos do SENAC*. Rio, SENAC Departamento Nacional, Divisão de Estudos e Pesquisas Sociais, 1968.
- BARBOSA, Milton. Influência da idade no mercado de trabalho. *Boletim Econômico do IPEA*, (4/5): 15-17 jul./out. 1975.
- BESSA, Nícia (coord.). *Alunos do Curso Colegial: Planos e Características Sócio-Econômicas*. Rio, Fundação Getúlio Vargas, Centro de Estudos de Testes e Pesquisas Psicológicas, Instituto de Documentação, 1971.
- BILAC, Elisabete Dória. *Famílias de Trabalhadores: Estratégias de Sobrevivência; a Organização da Vida Familiar em uma Cidade Paulista*. São Paulo, Símbolo, 1978.
- BRASIL. Distrito Federal. Secretaria de Serviços Sociais. Fundação de Serviço Social. *Sobrevivência: Aspectos das Condições de Vida de Menores Trabalhadores de Rua do Distrito Federal*. Brasília, Governo do Distrito Federal, 1983.
- BRASIL. Ministério da Previdência e Assistência Social/Fundo das Nações Unidas Para a Infância. *Documento Final do Encontro "Geração de Renda por Menores"*. Rio, MPAS/UNICEF, 1984.
- BRASIL. Secretaria de Planejamento da Presidência da República. Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Força de Trabalho no Brasil: Uma Análise de Mobilidade Ocupacional*. Rio, IBGE, 1981.
- . *Perfil Estatístico de Crianças e Mães no Brasil: Características Sócio-Demográficas: 1970-1977*. Rio, IBGE/Fundo das Nações Unidas Para a Infância, 1982.
- CALDEIRA, Clóvis. *Menores no Meio Rural: Trabalho e Escolarização*. Rio, Centro Brasileiro de Pesquisas Educacionais/Instituto Nacional de Estudos Pedagógicos/Ministério da Educação e Cultura, 1960.
- CASTRO, Cláudio de Moura & Philip R. Fletcher. *Ensino, Treinamento Profissional e Mercado de Trabalho: a Situação do Jovem no Brasil*. Brasília, Instituto de Planejamento Econômico e Social/Instituto de Planejamento/Centro Nacional de Recursos Humanos, 1985.
- . *et alii. A Educação na América Latina: Um Estudo Comparativo de Custo e Eficiência*. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1980.
- DEMARTINI, Zeila de Brito Fabri. Educando para o trabalho: família e escola como agências educadoras. Brasil. Ministério da Educação e Cultura. *Anais do Seminário Educação no Meio Rural*. Brasília,

- Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais, 1983, pp. 196-209.
- DIAS, José Augusto *et alii*. *Ensino Médio e Estrutura Sócio-Econômica (Estado de São Paulo)*. S/1., Ministério da Educação e Cultura, Instituto Nacional de Estudos Pedagógicos, 1987.
- FUKUI, Lia; Efígenia Sampalo; Lucila Briocchi. *Escolarização e sociedade: um estudo dos excluídos da escola. Brasil*. Ministério da Educação e Cultura. *Anais do Seminário Educação no Meio Rural*. Brasília, Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais, 1983, pp. 210-223.
- A questão do trabalho infantil na grande imprensa paulista na década de 70. *Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos* 66 (152): 28-46, jan./abr. 1985.
- GOMES, Candido A. C. O ingresso da população brasileira na força de trabalho: estudo preliminar da PNAD 1978. *Ciência e Cultura*, 34 (1): 74-76, jan. 1982.
- O ingresso da população na força de trabalho do Brasil. *Boletim Técnico do SENAC*. Rio de Janeiro, 9 (3): 149-65, set./dez. 1983.
- GOUVEIA, Aparecida Joly. O trabalho do menor; necessidade transfigurada em virtude. *Cadernos de Pesquisa*. São Paulo, (44): 55-62, fev. 1983.
- & Robert J. Havighurst. *Ensino Médio e Desenvolvimento*. São Paulo, Melhoramentos/USP, 1969.
- GRADVOHL, Marta M. B. *O Trabalho do Menor no Setor Informal: Fortaleza*. Fortaleza, Governo do Estado do Ceará, Secretaria de Planejamento e Coordenação, Instituto de Planejamento do Ceará, 1980.
- GUIDI, Maria Lais Mousinho & Sérgio Guerra Duarte. *Escolaridade e Mão-de-Obra Industrial e Comercial no Rio de Janeiro*. Rio, MEC/INEP/Centro Brasileiro de Pesquisas Educacionais, 1976.
- IUTAKA, Sugiyama & BOCK, E. Wilbur. Determinants of occupational status in Brazil. In: MÜLLER, Walter & KARL, Ulrich Mayer (eds.) *Social Stratification and Career Mobility*. Paris, Mouton/The Hague, 1973, p. 313-222.
- LEITE, Elenice Monteiro. *Os Técnicos Formados pelo SENAI: Análise das Variações de Salário*. São Paulo, SENAI, Departamento Regional de São Paulo 1983.
- LIMA Albino. Origens, finalidade, lacunas e conseqüências da Lei nº 6.086, de 15-7-1974 (DOU de 16-7-1974). *LTR — Revista Legislação do Trabalho*, 39 (mar. 1975): 265-272.

- LIMA, Márcia Helena. *Os Técnicos Formados pelo SENAI/SP: Motivações para a Escolha do Curso e Ocupação*. São Paulo, SENAI, Departamento Regional de São Paulo 1980.
- & Noriko Iwamoto. *A Mão-de-Obra do Menor no Município da Capital*. São Paulo SENAI, Departamento Regional de São Paulo, 1982.
- MACHADO NETO, Zahidé. Meninos trabalhadores. *Cadernos de Pesquisa*, (31): 95-101 dez. 1979.
- As meninas — sobre o trabalho da criança e da adolescente na família proletária. *Ciência e Cultura*, 32(6): 684-690, jun. 1980.
- MADEIRA, Felícia R. *A combinação escola/trabalho entre crianças e adolescentes na Cidade de São Paulo: atividades excludentes? Complementares? Ou ambas as coisas?* Trabalho apresentado no VIII Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais. Águas de São Pedro, SP, 1984.
- MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Legislação trabalhista: proteção e incentivo ao trabalho do menor*. Conferência pronunciada no Simpósio Nacional sobre Educação e Trabalho do Jovem Brasileiro. Brasília, 1985.
- MENDONÇA, Carlos Raimundo Lisboa de. O menor — protegido ou marginalizado pela sua legislação? *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8.ª Região*, 17 (32): 69-78, jan./jun. 1981.
- MOLINA, Maria Ignez Guerra, et alii. *Escolarização no Meio Rural: Condições Sócio-Econômicas e Pedagógicas do seu Desenvolvimento*. São Paulo, Secretaria de Estado da Educação/Fundação de Estudos Agrários "Luiz de Queiroz", 1983.
- NEVES, Evaristo Marzabal & Maria Ignez Guerra Molina. *O ensino e a escola no meio rural em São Paulo*. Trabalho apresentado no VIII Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais. Águas de São Pedro, SP, 1984.
- OLIVEIRA, Luiz Antonio Pinto de. Considerações sobre a força-de-trabalho jovem e o desenvolvimento econômico: o caso de São Paulo. *Revista Brasileira de Estatística*, 37 (147): 271-288, jul./set. 1976.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Centro Interamericano de Investigação e Documentação sobre Formação Profissional (CINTERFOR). *Reunión de Especialistas sobre Evaluación del aprendizaje en América Latina*. Montevideo, OIT/CINTERFOR, 1980.
- *Estudio General de las Memórias Relativas al Convenio núm. 138 y a la Recomendación núm. 146 sobre la Edad Mínima*. Genebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1981.
- PASTORE, José. *Desigualdade e Mobilidade Social no Brasil*. São Paulo, T. A. Queiroz/USP, 1979.
- & Marisa de Assis. *Resultados de uma Avaliação da Formação Profissional*. São Paulo, SENAI, Departamento Regional de São Paulo, 1979.

RODGERS, Gerry & Guy Standing. *Función económica de los niños en países de bajos ingresos. Revista Internacional del Trabajo*, 100 (2): 143-161.

SCHRADER, Achim *et alii*. *Oferta e Procura Educacional: Pesquisa Realizada no Interior do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, Eds. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1973.

SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL (SENAI). Departamento Regional do Estado do Rio de Janeiro. Divisão de Planejamento e Avaliação. *Acompanhamento de Concluintes: Torneiro, Ajustador, Fresador e Soldador*. Rio, SENAI/DR/RJ/DPA, 1980.

——— Departamento Regional de São Paulo. *Os Técnicos Formados pelo SENAI: Uma Apreciação sobre sua Inserção no Mercado de Trabalho*. São Paulo SENAI/DRSP, 1980.

SILVA, Martha Peregrino da & Maria Ignez Guerra Molina. *Trabalho agrícola do menor na cafeicultura e sua interferência no processo educativo*. Trabalho apresentado no VIII Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais, Grupo de Trabalho, Educação e Sociedade. Águas de São Pedro, SP, 1984.

SOLANO SOBRINHO, Genésio Vivanco. *O trabalhador e o salário do menor. Revista de Direito do Trabalho*, 8 (43): 77-79, mai./jun. 1983.

SOUZA, Maria Cristina Cacciamaeli de. *O menor trabalhador no Município de São Paulo. Boletim Económico do IPEA*, (6): 31-43, nov./dez. 1975.

SPINDEL, Chelwa R. *Menores trabalhadores no mercado formal: educação e trabalho*. Trabalho apresentado no VII Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais. Águas de São Pedro, SP, 1983.

——— *O menor trabalhador e a reprodução da pobreza*. Trabalho apresentado no Simpósio sobre Educação e Trabalho do Jovem Brasileiro. Brasília, OTT, 1985.

——— *O Menor Trabalhador: Um Assalariado Registrado*. São Paulo, Nobel/Ministério do Trabalho, 1985 a.

VERHINE, Robert F. & Rainer H. Lehmann. *Obtenção de emprego industrial com função de educação não-formal: um estudo de operários em duas cidades do Nordeste. Cadernos de Pesquisa*, (47): 53-63, nov. 1983.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro. *O menor — concorrência de mão-de-obra — subemprego. Revista de Informação Legislativa*, 16 (63): 101-112, jul./set. 1979.

ZYLBERSTAJN, Hélio; Carmen Silvia Pagotto; José Pastore. *A Mulher e o Menor na Força de Trabalho*. São Paulo, Nobel/Ministério do Trabalho, 1985.

Cultura: incentivos fiscais a aplicações no setor

CARLOS ALBERTO BITTAR

Professor Adjunto do Departamento de
Direito Civil da USP

SUMÁRIO

1. **Introdução**
2. **O incentivo e seu alcance**
3. **Definição das atividades culturais**
4. *Análise do sistema*
5. **Mecanismo das aplicações**
6. **Outros órgãos de administração do sistema**
7. **Sanções**
8. **Vigência, aplicação e regulamentação da lei**

1. **Introdução**

Interessante lei, no âmbito da cultura, acaba de ser promulgada, concedendo **incentivos fiscais**, na área do imposto de renda, a pessoas físicas e jurídicas, para aplicações em atividades de **natureza cultural** ou **artística**.

Essa lei, que vem atender a reclamos dos intelectuais do País, destina-se a promover o **desenvolvimento cultural** em nossa terra, fomentando operações tendentes à sua expansão, estimulando o ingres-

so de novos capitais no setor e despertando, ou incrementando, a criação, a produção e a circulação de obras de arte e de bens culturais em geral.

Trata-se de iniciativa que intenta **conciliar** o desenvolvimento econômico com o cultural, mediante a **preservação** e a **expansão** de expressões e de valores artísticos e culturais em geral, dentro da premissa de que é fundamental, para a Nação, a formação e o incremento de cultura autóctone, na defesa de sua própria identidade, como, aliás, vínhamos acentuando em diferentes trabalhos, em especial, "Direito de Autor e interesse público nos países em desenvolvimento", publicado na **Revista de Informação Legislativa** (a. 21 n. 82 abr./jun. 1984, p. 377).

Analisaremos a citada lei — que recebeu o nº 7.505, em 2-7-86, tendo sido publicada no **DOU**, de 3-7-86, e republicada, por incorreções, em 4-7-86 — **sistematizando**, para melhor entendimento, suas disposições, com o objetivo de contribuir para sua difusão e, quiçá, despertar o interesse de contribuintes do imposto de renda para tão feliz iniciativa, que permitirá a alocação, para o campo da cultura, de verbas retiradas do referido tributo, a exemplo do que ocorre em tantas outras atividades.

A perspectiva que ora se descerra vem somar-se a iniciativas outras, já existentes, por ação dos próprios empresários, que vêm destinando parcelas consideráveis para investimento em cultura, que o "marketing" moderno tem mostrado compensador. Com isso, o Estado junta-se, com espectro mais amplo, ao apoio à cultura, permitindo, por outro lado, o ingresso de toda a sociedade — constituída pelos contribuintes do IR — nesse contexto.

2. O incentivo e seu alcance

O incentivo previsto na Lei 7.505/86 consiste em **abatimento** da renda bruta, para as pessoas físicas, e em **dedução** como despesa operacional para as pessoas jurídicas, do **valor de doações, patrocínios e investimentos**, inclusive despesas e contribuições necessárias à sua efetivação, realizada **através ou a favor de pessoa jurídica de natureza cultural, com ou sem fins lucrativos**, cadastrada no Ministério da Cultura (art. 1º).

Verifica-se, pois, que a técnica adotada segue a diretriz de outros incentivos existentes: na declaração de rendas, o contribuinte descontará, na apuração do imposto devido no exercício, os valores aplicados nas atividades incentivadas, durante o ano-base.

As operações contempladas são as de doações, patrocínios e investimentos, que a própria lei define e enuncia (arts. 2º a 5º).

As aplicações poderão efetivar-se através de pessoas jurídicas (ou a seu favor), de natureza cultural, **públicas ou privadas**, com ou sem fins lucrativos, como, por exemplo, museus, arquivos e bibliotecas públicas, de um lado, e empresas editoras de livros e de outros bens intelectuais, produtoras de cinema, de teatro, e outras empresas de interesse cultural, estas sempre sediadas no País e controladas por naturais residentes no Brasil.

Para as **pessoas físicas**, e observado o limite de 10% da renda bruta, como máximo, o abatimento poderá alcançar, quanto a doações, até 100% do valor aplicado; quanto a patrocínio até 80% do valor aplicado e, quanto a investimento, até 50% do valor aplicado. Esse abatimento não se sujeita ao teto de 50% da renda bruta previsto na legislação do IR (art. 1.º §§ 1º e 2º).

Para as **pessoas jurídicas**, o incentivo consubstancia-se na dedução do imposto devido de valor equivalente à aplicação da alíquota cabível do IR, tendo como base de cálculo: até 100% do valor das doações; até 80% do valor do patrocínio e até 50% do valor do investimento. Essa aplicação, respeitado o limite de 2% do imposto devido, não se subordina a quaisquer outros limites fixados na legislação do IR (art. 1º, §§ 3º e 4º).

Ainda quanto a **pessoas jurídicas**, a lei abre-lhes opção, consistente em dedução de 5% do imposto devido para destinação ao Fundo de Promoção Cultural, gerido pelo Ministério da Cultura, sempre que se não utilizar, no decorrer de seu período-base, dos benefícios previstos em seu contexto, e observado o limite de 50% de dedutibilidade do imposto devido (art. 1º, § 6º).

Registre-se, outrossim, que os benefícios previstos na lei **não excluem ou reduzem outros benefícios**, ou abatimentos, ou deduções em vigor, em especial as doações a entidades de utilidade pública feita por pessoas físicas ou jurídicas (art. 1º, § 5º).

3. Definição das atividades culturais

Para os fins expostos, a lei **define as atividades culturais**, em um extenso elenco não exaustivo, conferindo poderes ao Ministério da Cultura para a inserção de outras, e prevendo, outrossim, para o contribuinte, aplicações **com ou sem proveito econômico**, em função das operações básicas de investimento, patrocínio e doação, que conceitua (arts. 2º a 5º).

O rol das atividades, no que concerne a doações e patrocínio (art. 2º), é textualmente o seguinte:

I — incentivar a formação artística e cultural mediante concessão de bolsas de estudo, de pesquisa, e de trabalho, no

Brasil ou no exterior a autores, artistas e técnicos brasileiros, ou estrangeiros residentes no Brasil;

II — conceder prêmios a autores, artistas, técnicos de arte, filme, espetáculos musicais e de artes cênicas em concursos e festivais realizados no Brasil;

III — doar bens móveis ou imóveis, obras de arte ou de valor cultural a museus, bibliotecas, arquivos, e outras entidades de acesso público, de caráter cultural, cadastradas no Ministério da Cultura;

IV — doar em espécies às mesmas entidades;

V — editar obras relativas às ciências humanas, às letras, às artes e outras de cunho cultural;

VI — produzir discos, vídeos, filmes e outras formas de reprodução fonovideográficas de caráter cultural;

VII — patrocinar exposições, festivais de arte, espetáculos teatrais, de dança, de música, de ópera, de circo e atividades congêneres;

VIII — restaurar, preservar e conservar prédios, monumentos, logradouros, sítios ou áreas tombadas pelo Poder Público federal, estadual ou municipal;

IX — restaurar obras de arte e bens móveis de reconhecido valor cultural, desde que acessíveis ao público;

X — erigir monumentos, em consonância com os Poderes Públicos, que visem preservar a memória histórica e cultural do País, com prévia autorização do Ministério da Cultura;

XI — construir, organizar, equipar, manter ou formar museus, arquivos ou bibliotecas de acesso público;

XII — construir, restaurar, reparar ou equipar salas e outros ambientes destinados a atividades artísticas e culturais em geral, desde que de propriedade de entidade sem fins lucrativos;

XIII — fornecer recursos para o Fundo de Promoção Cultural do Ministério da Cultura, para fundações culturais, ou para instalação e manutenção de cursos de caráter cul-

tural ou artístico destinados ao aperfeiçoamento, especialização ou formação de pessoal em estabelecimentos de ensino sem fins lucrativos;

XIV — incentivar a pesquisa no campo das artes e da cultura;

XV — preservar o folclore e as tradições populares nacionais, bem como patrocinar os espetáculos folclóricos sem fins lucrativos;

XVI — criar, restaurar ou manter jardins botânicos, parques zoológicos e sítios ecológicos de relevância cultural;

XVII — distribuir gratuitamente ingressos, adquiridos para esse fim, de espetáculos artísticos ou culturais;

XVIII — doar livros adquiridos no mercado nacional a bibliotecas de acesso público;

XIX — doar arquivos, bibliotecas e outras coleções particulares que tenham significado especial em seu conjunto a entidades culturais de acesso público;

XX — fornecer, gratuitamente, passagens para transporte de artistas, bolsistas, pesquisadores ou conferencistas, brasileiros ou residentes no Brasil, quando em missão de caráter cultural no País ou no exterior, assim reconhecida pelo Ministério da Cultura;

XXI — custear despesas com transporte e seguro de objetos de valor cultural destinados a exposição ao público no País;

XXII — outras atividades assim consideradas pelo Ministério da Cultura.

A regulamentação e a definição de critérios foi deferida ao Ministério da Cultura.

Para os objetivos da lei, **doação** é a transferência definitiva de bens ou numerário, sem proveito pecuniário para o doador (art. 3º), devendo, para fruir dos incentivos, declarar expressamente, no instrumento de doação — que será inscrito no Registro de Títulos e Documentos —, que a operação se faz sob as condições de irreversibilidade do ato e inalienabilidade e impenhorabilidade do bem doado (§ 1º do art. 3º).

Em sua efetivação, frente a comunicação obrigatória do evento — que prevê (art. 8º) — poderá ser determinada a realização de perícia, pelo Ministério da Cultura ou da Fazenda, para apurar a autenticidade e o valor do bem doado, correndo as despesas por conta do doador. Em caso de divergência, prevalecerá, se menor, o valor atribuído pela perícia, para efeitos fiscais (§§ 2º e 3º do art. 3º).

Os donatários de bens ou de valores, na forma prevista na lei, ficarão isentos da incidência do IR sobre a receita não operacional obtida em razão da doação (§ 4º do art. 3º).

Por outro lado, **patrocínio**, para a lei, é a promoção de atividades culturais, sem proveito patrimonial ou pecuniário direto para o patrocinador (art. 5º).

Já quanto a **investimento** — que a lei define como aplicação de bens ou numerário com proveito pecuniário ou patrimonial direto para o investidor — as atividades, expressamente e de modo exaustivo fixadas, são as seguintes (art. 4º):

I — compra ou subscrições de ações nominativas preferenciais sem direito a voto, ou quotas de sociedades limitadas de empresas livres, ou editoriais que publiquem, pelo menos, 30% (trinta por cento) dos seus títulos de autores nacionais, devidamente cadastrados no Ministério da Cultura;

II — participação em títulos patrimoniais de associações, ou em ações nominativas preferenciais sem direito a voto, quotas do capital social ou de participantes de sociedades que tenham por finalidade: produções cinematográficas, musicais, de artes cênicas, comercialização de produtos culturais e outras atividades empresariais de interesse cultural.

As participações deverão efetivar-se em pessoas jurídicas **sediadas no país** e controladas, direta ou indiretamente, por pessoas **naturais residentes no Brasil** (§ 1º do art. 4º).

As ações ou cotas adquiridas ficarão **inalienáveis e impenhoráveis**, não podendo ser utilizadas para fins de caução, ou qualquer outra forma de garantia, pelo prazo de cinco anos, estendendo-se as restrições ao compromisso de compra e venda, à cessão de direitos à sua aquisição e a qualquer outro contrato que tenha por objeto o bem e implique a sua alienação ou gravame, mesmo que futuros (§ 2º do art. 4º).

As cotas de participação, **estranhas** ao capital social, conferem aos titulares os direitos de: participar no lucro líquido da sociedade, nos termos do estatuto ou contrato social; resgate, consoante os mesmos documentos, e através de recursos oriundos de provisão formada com parcela de lucro líquido anual; fiscalização, nos termos da lei, dos atos dos administradores da sociedade. Em contraponto, não conferem aos titulares direitos de sócio ou acionista, sendo inexigível o capital contribuído pelos subscritores. Por fim, em caso de liquidação da sociedade, será o respectivo valor reembolsado aos titulares antes das ações ou cotas do capital (§ 3º do art. 4º).

4. Análise do sistema

Como se verifica, compõe-se o sistema de **operações sem ou com intuito patrimonial ou pecuniário**, situando-se, dentre as primeiras, as de **doações** e, dentre as últimas, as de **promoção** e de **investimento**, aquelas sem proveito direto, estas, ao revés, com efeito econômico direto.

Abrem-se, com isso, **ao contribuinte**, quanto aos **fins** visados, **operações**:

a) meramente redutoras da carga tributária (doações), em que se desfaz do bem para obter o abatimento ou a dedução do valor na declaração;

b) cumuladas com promoção do interessado (patrocínio), em que o contribuinte realiza atividades culturais, obtendo, por força disso, vantagens outras, em diferentes campos, inclusive econômico (*vantagens indiretas*); e

c) cumuladas com retorno financeiro para o interessado (investimentos), em que o contribuinte aplica verbas em empresas e associações do setor, participando depois dos respectivos resultados, na forma da lei.

Poderão ser **destinatários** de recursos entidades, órgãos e empresas do setor, existentes ou que vierem a se constituir para tanto, cujos objetivos coincidam com os das atividades enumeradas na lei. Caso contrário, adaptações poderão ser feitas em seus estatutos ou contratos sociais. Além disso, deverão ser **cadastradas** no Ministério da Cultura e observar os critérios por ele fixados na regulamentação.

Modalidade especial, por fim, é a da destinação ao Fundo de Promoção Cultural, reservado, como **opção**, às pessoas jurídicas.

5. Mecanismo das aplicações

A aplicação deve, em todos os casos, ser feita **diretamente** pelo interessado, não se admitindo qualquer tipo de intermediação ou corretagem (art. 7º).

As diferentes operações serão realizadas pelas pessoas físicas, ou jurídicas, interessadas, devendo **instrumentar-se**, documentalmente, para efeito de comprovação e de preservação dos respectivos direitos.

As pessoas jurídicas **beneficiadas** deverão **comunicar**, para fins de registro, aos **Ministérios da Cultura e da Fazenda** os aportes recebidos e enviar comprovante de sua devida aplicação (art. 8º) (sistema de controle duplo), podendo as entidades em tela celebrar convênios com órgãos públicos estaduais ou municipais, delegando-lhes essa atribuição, desde que as entidades ou empresas beneficiadas não recebam, como doações, patrocínios ou investimentos, quantia superior a duas mil OTN de cada contribuinte (§ 1º do art. 8º).

As operações superiores a esse valor deverão ser previamente comunicadas ao Ministério da Fazenda pelo doador, patrocinador ou investidor, para cadastramento e posterior fiscalização, cabendo ao Ministério da Cultura certificar se houve, ou não, a atividade incentivada (§ 2º do art. 8º).

Outrossim, permite a lei às **instituições financeiras**, com os benefícios fiscais que obtiverem com base em suas disposições, a constituição de carteira especial destinada a financiar, apenas com a cobertura dos custos operacionais, as atividades culturais acima mencionadas (art. 6º).

A **fruição do incentivo** dar-se-á, anualmente, na **declaração de rendas**, mediante a técnica exposta, mas com uma peculiaridade favorável ao contribuinte acostumado com o sistema tradicional: a do diferimento do excedente, no caso de o montante das aplicações superar os limites permitidos, para até os cinco anos seguintes, respeitada, em cada qual, a limitação descrita acima (art. 10). Isso significa que, do valor aplicado em um ano, poderá beneficiar-se o contribuinte em outros exercícios, desde que se encarte, em cada declaração, aos limites fixados.

Por fim, deve-se anotar que a lei estabelece **restrições** quanto à pessoa beneficiada, **proibindo** aplicações em pessoas **vinculadas** ao contribuinte, que define como:

a) a pessoa jurídica da qual o contribuinte seja titular, administrador, acionista ou sócio à data da operação ou nos doze meses anteriores;

b) o cônjuge, os parentes até o terceiro grau, inclusive afins, e os dependentes do contribuinte ou dos titulares, administradores, acionistas ou sócios de pessoa jurídica vinculada ao contribuinte; e

c) o sócio, mesmo quando outra pessoa jurídica (art. 9º).

6. *Outros órgãos de administração do sistema*

Além dos organismos citados, o sistema envolve, ainda, o **Conselho Federal de Cultura**, a quem incumbe acompanhar e supervisionar as aplicações, podendo, em caso de desvios ou irregularidades, suspender as doações, patrocínios ou investimentos realizados (art. 12), sendo auxiliado, nos respectivos âmbitos, pelos Conselhos Estaduais (§ 1º do art. 12).

Também a **Secretaria da Receita Federal** integrará a administração do incentivo, atuando, dentro de suas atribuições específicas, na fiscalização da execução do programa, quanto à realização das atividades culturais ou à aplicação dos recursos nela comprometidos (art. 13).

7. **Sanções**

A lei prevê **sanções administrativas e penais** para infrações ao seu contexto.

De início, quanto às primeiras, estabelece que, sem prejuízo de sanções penais cabíveis, as infrações às suas disposições importam em sujeitar o contribuinte à cobrança do IR não recolhido em cada exercício, acrescido de penalidades fixadas na legislação do referido imposto, além da perda do direito de acesso, após a condenação, aos benefícios instituídos em seu corpo, e, ainda, ao pagamento de multa de 30% do valor da operação, assegurado direito de regresso, em caso de fraude, contra os responsáveis (art. 11).

De **cunho penal** é a disposição que define como **delito autônomo** a redução do IR obtida mediante utilização fraudulenta de qualquer dos benefícios previstos na lei (art. 14), com pena de reclusão de dois a seis meses e multa. Sendo praticado por pessoa jurídica, responderão o controlador e os administradores que para o crime tiverem concorrido (§ 1º do art. 14). Ficam sujeitos às mesmas penas aqueles que, recebendo recursos, bens ou valores, em função de sistema exposto, deixem de promover, sem justa causa, atividade cultural objeto do incentivo (§ 2º do art. 14).

8. Vigência, aplicação e regulamentação da lei

A lei entrou em vigor na data de sua publicação (art. 17), aplicando-se às doações, patrocínios e investimentos realizados a partir daquela data (art. 16), para produzir efeitos no exercício financeiro de 1987.

O Executivo deverá, por meio de decreto, regulamentar a matéria, no prazo de cento e vinte dias (art. 15).

Dessa forma, doravante já poderão ser feitas aplicações na área cultural, para aproveitamento dos incentivos mencionados, cujos efeitos se sentirão na declaração de rendas do exercício de 1987, valendo, pois, para esse fim, as operações efetivadas desde 3 de julho do corrente.

9. Considerações finais

Observa-se, pelo exposto, que a lei estabelece — a partir do modelo tradicional de incentivação, via imposto de renda, com algumas especificidades — um **atraente sistema de aplicações financeiras**, ao dispor de pessoas físicas e empresários de visão, que queiram deixar de recolher substanciosas parcelas do tributo para estimulação da cultura em nosso País e expansão do respectivo patrimônio.

A par do sucesso obtido nas diferentes áreas em que foi utilizado, o mecanismo em questão possibilita:

- preservação e desenvolvimento de bens culturais;
- formação e expansão da cultura nacional;
- fruição por parcela maior da população dos bens em causa;
- expansão das atividades empresariais do setor e sólidos investimentos para o aplicador, nas hipóteses compatíveis.

Desperta, outrossim, o espírito altruístico e o gosto pela arte e pela cultura, um dos elementos fundamentais de afirmação de um povo.

Claro é que se fazem necessárias a seriedade das aplicações e a sólida orientação das atividades, para que o sistema floresça. Mas a lei é o **ponto de partida** para o crescimento do setor cultural entre nós, que esperamos se faça de acordo com as nossas melhores tradições, a fim de que, nesse campo, possa nosso país alcançar, no cenário mundial, a posição de relevo que, pelos valores que encerra, bem merece!...

Tortura — delito não tradicional recentemente criminalizado na Grécia (*)

Prof. Dr. Jurista DIONYSIOS D. SPINELLIS
Universidade de Atenas

Tradução de

ARMIDA BERGANINI MIOTTO
Professora de Direito Penal e de Direito
Penitenciário — Brasília

1. *Atitudes em relação à tortura*

Com razão tem sido sustentado que a prática de tortura não é nova nem limitada a algum específico sistema político ou regime, a determinada cultura ou religião ou, ainda, situação geográfica. Desde as eras primitivas da história da humanidade, sempre houve muita gente que acreditasse no poder coercitivo da tortura⁽¹⁾,

(*) Título original: "TORTURE — a non conventional offense criminalised recently in Greece".

(1) BASSIOUNI, Torture in historical and geographic perspective, in *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 48, pp. 23, 30. G. W. KEETON — J. WILLIAMS, *Encyclopaedia Britannica*, "Torture", vol. 22, p. 314 f.f. Particularmente MELLOR A. *La Torture: Son Histoire, Son Abolition, Sa Réapparition au XX.e Siècle*. Paris, 1961, pp. 55-60.

sem que, até hoje, lamentavelmente, essa crença ou convicção se tenha extinguido.

— Não obstante, já em tempos bastante remotos podem ser encontrados sinais de oposição à tortura. Os argumentos teóricos levantados contra ela na Grécia e em Roma antigas, porém, frisavam mais a falta de eficácia prática que o seu caráter imoral (2).

Particularmente reveladora é a extensão em que naquelas antigas civilizações era permitida a tortura. Na Grécia antiga e nos primeiros períodos de Roma, a tortura era praticada somente contra escravos — jamais contra homens livres (3). Daí se poder, hoje, inferir que a tortura era subconscientemente considerada como um tratamento impróprio para seres humanos, de vez que usada somente com criaturas que não eram tidas como tais.

Mais tarde, em Roma, a tortura começou a ser aplicada também a homens livres, em certos casos de crime, mas os nobres de superior estirpe continuavam isentos dela. As isenções, contudo, não se estendiam aos acusados de alta traição (4). Essas distinções são bons exemplos do que, até mesmo nos nossos dias, certas pessoas de elevada posição pensam dessa prática: para elas, a tortura é eficaz método coercitivo, podendo ser aplicada em tais ou quais circunstâncias — desde que, porém, só seja infligida aos “outros”.

2. Os quatro períodos da história da tortura

Se examinarmos a orientação das leis a respeito da tortura, no passado histórico, podemos distinguir três períodos.

No primeiro período, a tortura era praticada sem qualquer intervenção legal. É o período de *tolerância informal*.

No segundo período, surgiram normas legais proibindo a tortura em certas conjunturas, mas em outras admitindo-a e regulando-a como parte do processo legal — como método de interrogatório e como forma de pena. Podê-se denominá-lo *período de tortura legal*.

Em tempos mais recentes, severas críticas contra a tortura, não só em razão da sua ineficácia, mas principalmente quanto

(2) MELLOR, *op. cit.*, pp. 61-69.

(3) Essa discriminação foi mantida também por algumas leis especiais da Idade Média. Cf. MELLOR, *op. cit.*, p. 72.

(4) MELLOR, *op. cit.*, p. 58.

ao seu caráter imoral, têm gradativamente levado à abolição e à proibição da sua prática; é o que vem ocorrendo nos últimos dois séculos. Nos dias de hoje, a Constituição da maior parte dos países inclui normas que, expressa ou implicitamente, proíbem a tortura e outros tratamentos cruéis ou desumanos (5). Ademais, muitas convenções e outros atos internacionais condenam e proíbem tais práticas (6).

Chegamos, assim, a um terceiro período da história da tortura, que eu denominaria *período de mera proibição*. Por causa da condenação e da proibição nas Constituições da maior parte dos países, nenhuma lei pode conter qualquer dispositivo que a permita ou tolere, assim como nenhum tribunal ou qualquer outro órgão judiciário pode impô-la, nem pode qualquer militar, policial ou funcionário de prisão infligi-la.

Entretanto, seria ingênuo pensar que a tortura, por ser proibida, não seja praticada. Informações oriundas de fontes diversas confirmam a denúncia, que freqüentemente aparece nos meios de comunicação, de que a tortura ainda medra em muitas partes do mundo (7).

Infelizmente, o Continente Europeu não constitui exceção a essa regra, como demonstram as regulares informações da Anistia Internacional, e, inclusive, casos levados perante a Comissão Europeia de Direitos Humanos.

Tais incidentes andam de mãos dadas com a convicção compartilhada por muita gente, de que a tortura pode ser aplicada, às vezes, em determinadas circunstâncias, desde que, naturalmente, seja aplicada aos outros. Essa convicção chega a ser manifestada publicamente (8). Pode-se admitir que a persistência da tortura, a despeito das proibições incluídas em tantas leis e outras normas,

(5) Cf. *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 48, pp. 208-211. Tal o caso de todas as Constituições gregas desde 1821.

(6) Ver ALOIS RIKLIN in *Internationale Konventionen gegen di Folter* (Alois Riklin ed.), Bern, 1979, pp. 209-210.

(7) RIKLIN, *op. cit.*, p. 203, falava, em 1979, de 500.000 presos em 60 países onde a tortura era praticada. Um relatório mais recente da Anistia Internacional (*Torture in the Eighties*) registra informações de tortura e maus tratos oriundos de 98 países.

(8) Ver, por exemplo, o artigo "The Case of Torture" in *News Week*, June 1982, p. 4. Ver também as justificações usadas pela "Compton Commission" no seu relatório de 1971, citado em "Rapport sur la torture" (versão francesa) da Anistia Internacional, 1974, p. 118.

é devida a essa convicção, poucas vezes confessada em público, mas firmemente compartilhada em segredo por mais pessoas do que se imagina.

Assim sendo, a tortura contemporânea difere daquela que era praticada no período da tortura legal, já e somente porque na atualidade é praticada com meios que impeçam as aparências da sua inflação.

É evidente que são necessárias medidas mais drásticas para, se não erradicar, pelo menos reduzir esse flagelo.

A busca e a aplicação de tais medidas é a característica do começo do novo período da história da tortura, que pode ser denominado *período de rigorosa luta contra ela*.

Essa luta deve consistir em muitas medidas legais e práticas, aquelas e essas no âmbito internacional e no nacional. O uso da tortura, que continua a ser feito, apesar de tantas proibições, tem demonstrado que existe uma rede de malhas tão largas que até peixes grandes podem escapar⁽⁹⁾. Por isso mesmo, as novas medidas devem ser tomadas em todos os âmbitos, e devem conduzir a uma ação harmônica levada a cabo por órgãos públicos e entidades privadas. Nenhuma brecha deve ser deixada para que a tortura seja tolerada ou acobertada.

Presentemente, uma luta aberta contra a tortura está sendo efetuada em duas frentes:

— Na frente internacional, onde convenções e outros atos internacionais têm sido elaborados e assinados, obrigando os Estados a tomar medidas eficazes e a cooperar com as organizações internacionais na luta contra a tortura. A assinatura da Convenção das Nações Unidas contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, datada de 10 de dezembro de 1984 (daqui em diante mencionada como Convenção das Nações Unidas), é um passo verdadeiramente importante nesse sentido. Na Europa, a elaboração de uma minuta de Convenção sobre proteção contra a tortura e tratamentos ou castigos desumanos ou degradantes de pessoas privadas da sua liberdade constitui outra notável manifestação.

— Na frente nacional, isto é, no âmbito interno de cada país, onde uma série de medidas devem ser tomadas a fim de tornar

(9) RIKLIN, *op. cit.*, p. 210.

efetiva a proibição da tortura. Entre essas medidas, uma, muito importante, é a criminalização.

3. *Fundamentos legais da criminalização*

Os países que assumiram compromisso com a Convenção das Nações Unidas têm, nos termos do art. 4º, a obrigação de criminalizar a tortura. Tanto quanto eu saiba, parece que a Grécia é o primeiro país que tenha cumprido essa obrigação, mesmo antes de ratificar a Convenção. Nosso País tinha uma razão mais importante para assim proceder: nossa Constituição de 1975 não só proíbe a tortura, como também dispõe (no art. 7º) que a tortura deve ser punida pela lei.

4. *Os novos dispositivos legais gregos*

A tortura veio a ser tipificada como crime pela *Lei nº 1.500, de 1985*. Os dispositivos dessa lei foram, com efeito, incorporados no Código Penal grego, como novos artigos, de números, respectivamente, 137a, 137b, 137c e 137d. Deve ser frisado que os novos dispositivos foram incluídos no capítulo do Código que trata dos crimes contra o Estado e a Constituição (por exemplo, alta traição). Esse capítulo foi considerado mais apropriado para a inclusão dos novos artigos do que os capítulos que tratam dos delitos contra a pessoa, ou dos relacionados com o serviço público. Assim se entendeu, porque desse modo se evidenciava que a tortura é um *delito contra a dignidade humana*, cujo respeito e cuja proteção, de acordo com a nossa Constituição (art. 2º, § 1º), são *fundamentais obrigações do Estado*.

As principais disposições desses artigos (veja-se também o texto integral, adiante, no anexo) são as seguintes:

A) Tortura

O art. 137a, § 2º, oferece a definição de tortura, definição essa que tem certas semelhanças com a do art. 1º da Convenção das Nações Unidas, mas, por outro lado, tem também algumas diferenças. Considera-se tortura:

— Qualquer inflicção sistemática de:

a) intensa dor física;

b) fadiga física exaustiva, perigosa para a saúde;

c) sofrimento mental capaz de causar sérios danos físicos.

— Qualquer ministração ilegal de substância química, narcótico ou similar, com a finalidade de subjugar a vontade da vítima.

A tortura definida nesses termos é punida com pena de reclusão de cinco a dez anos (§ 1º do art. 137a), quando:

a) foi cometida por certas pessoas, isto é, funcionários públicos civis ou militares que tenham determinadas atribuições (por exemplo: investigação de crimes) ou que tenham usurpado essas atribuições;

b) quando usada para servir a uma ou mais de *determinadas finalidades*, isto é:

ba) extorsão de confissão, de testemunho ou de declaração de pessoa sob seu poder;

bb) punição de tal pessoa;

bc) intimidação dessa mesma pessoa ou de terceiro.

B) *Outras violações da dignidade humana*

Além do que acaba de ser dito, o § 3º do mesmo artigo se refere a *outras sérias violações da dignidade humana* (por exemplo: lesões corporais, atos de violência, uso do detector de mentiras, ultraje à dignidade sexual), as quais, quando cometidas por aquelas mesmas categorias de pessoas (funcionários) e com aquelas mesmas finalidades, são punidas com detenção de três a cinco anos. Este dispositivo proíbe, entre outras coisas, os castigos fora do comum, cruéis ou degradantes mencionados em muitos atos internacionais, inclusive na Convenção das Nações Unidas.

C) *Exceções: execução legal de penas etc.*

O § 4º do mesmo artigo dispõe que atos ou conseqüências inerentes à execução legal de penas ou outras restrições legais de liberdade, ou quaisquer outras medidas legais de coerção processual, não são objeto dos termos desse artigo.

O problema que tem sido invocado a respeito do dispositivo semelhante, do art. 1º, 1ª parte, *in fine*, da Convenção das Nações Unidas, é que alguns governos podem torná-lo inócua, pela edição de leis dispondo que, à luz da própria legislação nacional, não se

verificam castigos cruéis ou desumanos. Qualquer lei grega, porém, que previsse tais punições estaria em contradição com:

- a) o art. 7º da Constituição, que proíbe a tortura e qualquer outra violação da dignidade humana;
- b) o art. 2º, § 1º, que obriga o Estado a respeitar e proteger a dignidade humana;
- c) o art. 28, § 1º, que estabelece que as convenções internacionais prevalecem sobre quaisquer outras disposições legais, o que integra na legislação grega todos os atos internacionais que proíbem a tortura.

Assim sendo, qualquer lei que previsse penas cruéis ou desumanas seria inconstitucional, e tais penas não teriam amparo jurídico, não se incluindo elas entre as mencionadas exceções.

D) Formas agravadas

O art. 137b enumera certos casos agravados de tortura em que a conduta do autor (por exemplo, execuções simuladas ou choques elétricos) ou as conseqüências do fato (por exemplo, lesões corporais graves ou a morte) reclamam penas mais severas (reclusão de dez a vinte anos; prisão perpétua, em caso de morte da vítima).

E) Justificação e prazos

Finalmente, é de ser mencionado o que consta do art. 137d, §§ 2º e 3º:

a) Uma situação de emergência ou uma ordem superior não podem *jamaiz justificar* os delitos de tortura ou de violação da dignidade humana. Este dispositivo corresponde ao que consta do art. 2º, §§ 2º e 3º, da Convenção das Nações Unidas. Conforme a distinção entre justificação e excusa, que existe no direito grego, assim como em outros sistemas jurídicos, se alguém age em tais circunstâncias, sua conduta é sempre injustificável; pode, portanto, vir a ser chamado a responder por isso em juízo, havendo também fundamento jurídico para dele ser exigida indenização. Entretanto, o delinqüente pode, às vezes, ser excusado, ficando isento de pena; assim somente ocorre, porém, se essas circunstâncias excepcionais tiverem criado tão invencível pressão mental no autor do fato, que não se podia humanamente pretender que ele agisse de outro modo.

b) Se os fatos de tortura ou de violação da dignidade humana forem praticados durante um período de governo não eleito demo-

craticamente, os prazos (para se proceder contra o autor ou autores de qualquer dos fatos de tortura ou de violação da dignidade humana) começam a correr somente após a restauração da ordem legítima.

ANEXO

Novos artigos do Código Penal Grego, criminalizando a tortura. Lei nº 1.500/1984 (*Gazeta Nacional* 191/28-11-1984).

Art. 137a. Tortura e outros abusos contra a dignidade humana

1 — O funcionário público, civil ou militar, cujas atribuições consistem em promoção de ação, ou em investigação ou exame de delitos ou de infrações disciplinares, ou em guarda ou tratamento de presos, é punido com reclusão (cinco a vinte anos) se, no exercício das suas atribuições, praticar tortura em qualquer pessoa sob sua autoridade, para fins de: a) extorquir, dela ou de terceiro, confissão, testemunho, informação ou declaração, particularmente denunciando ou aprovando uma ideologia política ou qualquer outra; b) punir; c) intimidar a mesma pessoa ou terceiro.

O funcionário público, civil ou militar, fica sujeito à mesma pena quando, em obediência a ordem dos seus superiores ou por sua própria iniciativa, usurpa tais atribuições e poderes, e pratica os fatos mencionados acima.

2 — Tortura, no sentido do parágrafo anterior, consiste em qualquer infligência sistemática de intensa dor física, ou de fadiga exaustiva tal que ponha em perigo a saúde física, ou de sofrimento mental que acarrete grave dano psíquico, bem como no uso ilegal de substâncias químicas, drogas ou outras substâncias naturais ou artificiais capazes de viciar a vontade da vítima.

3 — As pessoas que causam lesões corporais ou danos à saúde, ou exercem violência física ou psíquica, ou cometem qualquer outro grave abuso contra a dignidade humana, em circunstâncias ou para os fins previstos no § 1º, são punidas, se os fatos por elas praticados não se enquadrarem nos termos do § 2º, com detenção de, no mínimo, três anos (e no máximo de cinco), a não ser que outras normas cominem pena mais severa para os mesmos fatos. Os abusos contra a dignidade humana incluem particularmente: a) uso do detector de mentiras; b) prolongado isolamento (confinamento) prisional; c) ataques sexuais.

4 — Não se incluem no sentido do presente artigo fatos ou conseqüências da execução lícita de penas, nem as restrições lícitas de liberdade ou as medidas processuais igualmente lícitas.

Art. 137b. Casos especiais

1 — Os fatos mencionados no primeiro parágrafo do artigo anterior são puníveis com o mínimo de dez anos de reclusão:

- a) se forem usados meios e métodos de tortura sistematizada, particularmente pancadas na sola dos pés da vítima, choques elétricos, execuções simuladas ou uso de substâncias alucinógenas;
- b) se dos ditos fatos resultarem graves lesões corporais na vítima;
- c) se o autor pratica tais fatos habitualmente ou se as circunstâncias indicam que ele é particularmente perigoso;
- d) se o autor, na qualidade de superior hierárquico, ordenou que o fato fosse praticado.

2 — Os fatos mencionados no § 3º do artigo anterior são punidos com reclusão de cinco a dez anos, quando se enquadrarem nos termos das alíneas *b*, *c* e *d* do parágrafo anterior.

3 — Se dos fatos retromencionados resultar a morte da vítima, aplica-se prisão perpétua.

Art. 137c. Penas acessórias

1 — A condenação por fatos previstos nos arts. 137a e 137b acarreta, *ipso jure*, a suspensão dos direitos políticos, permanente, em caso de prisão perpétua, ou no mínimo por dez anos, em caso de reclusão de cinco a dez anos, e no mínimo por cinco anos, em caso de detenção inferior a cinco anos, se não houver outra norma que determine suspensão mais severa. Acarreta também incapacidade para habilitação profissional nos termos do número 1 do art. 63, permanente, em caso de reclusão, e por dez anos, em caso de detenção.

Art. 137d. Disposições gerais

1 — O estado de emergência não pode justificar os fatos de que tratam os arts. 137a e 137b.

2 — A ordem superior não pode justificar os fatos de que tratam os arts. 137a e 137b.

3 — Caso os fatos de que tratam os arts. 137a e 137b sejam praticados durante um período de tempo em que a soberania do povo tenha sido usurpada, os prazos legais começam a correr somente a partir da restauração da autoridade legítima.

4 — A vítima de fatos, de que tratam os arts. 137a e 137b, tem o direito de reclamar do autor, bem como do Estado — ambos co-responsáveis — indenização pelos danos sofridos e compensação por qualquer lesão física ou moral (dor ou sofrimento).

NOTAS DA TRADUÇÃO

1 — O Prof. Spinellis registra, no seu artigo, que. “nos dias de hoje, a Constituição da maior parte dos países inclui normas que, expressa ou implicitamente, proibem a tortura e outros tratamentos cruéis e desumanos”.

— A Constituição do Brasil reza no art. 153, § 14: “Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos detentos e presidiários”. Não obstante o uso impróprio de palavras de sentido específico — detento e presidiário — ao invés da palavra de sentido genérico — preso — a interpretação tem sido extensiva. Isto é, a Constituição não entende restringir a proteção ao detento, que é o preso em cumprimento da pena de detenção, e ao presidiário, que é o preso provisório recolhido a presídio. Em outras palavras: não exclui o recluso, que é o preso em cumprimento da pena de reclusão, nem o preso simples, que é o que está em cumprimento da pena de prisão simples, nem o internado, que é o preso em cumprimento de medida de segurança. Conforme pacífica interpretação extensiva, aquelas duas palavras de sentido específico abrangem, no espírito do dispositivo constitucional, também o recluso, o preso simples e o internado, tanto como qualquer outra espécie de preso.

2 — No corpo do artigo do Prof. Spinellis se encontra menção a muitas convenções internacionais que condenam e proibem a tortura.

— Expressamente mencionada é a “Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes”.

Essa convenção foi assinada, de parte do Brasil, em 23 de setembro de 1985, pelo Presidente da República, José Sarney, que, com a Mensagem nº 195, de 3 de junho de 1986, a enviou ao Congresso Nacional, para os fins do art. 44, inciso I, da Constituição (que atribui a competência exclusiva ao Congresso Nacional para “resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República”); cumpridas as formalidades de acordo com esse dispositivo constitucional, a Convenção terá força de lei no Brasil.

Na versão em português, que é a do documento enviado ao Congresso Nacional, é o seguinte o texto dos artigos da mesma

Convenção mencionados pelo Prof. Spinellis, ou a que, direta ou indiretamente, correspondem os novos artigos do Código Penal Grego:

Art. 1º

1 — Para os fins da presente Convenção, o termo “tortura” designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.

2 — O presente artigo não será interpretado de maneira a restringir qualquer instrumento internacional ou legislação nacional que contenha ou possa conter dispositivos de alcance mais amplo.

Art. 2º

1 — Cada Estado-Parte tomará medidas eficazes de caráter legislativo, administrativo, judiciário ou de outra natureza, a fim de impedir a prática de atos de tortura em qualquer território sob sua jurisdição.

2 — Em nenhum caso poderão invocar-se circunstâncias excepcionais tais como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública como justificativa para a tortura.

3 — A ordem de um funcionário superior ou de uma autoridade pública não poderá ser invocada como justificação para a tortura.

Art. 4º

1 — Cada Estado-Parte assegurará que todos os atos de tortura sejam considerados crimes segundo a sua legislação penal. O mesmo aplicar-se-á à tentativa de tortura e a todo ato de qualquer pessoa que constitua cumplicidade ou participação na tortura.

2 — Cada Estado-Parte punirá estes crimes com penas adequadas que levem em conta a sua gravidade.

Art. 11

Cada Estado-Parte manterá sistematicamente sob exame as normas, instruções, métodos e práticas de interrogatório, bem como as disposições sobre a custódia e o tratamento das pessoas submetidas, em qualquer território sob sua jurisdição, a qualquer forma de prisão, detenção ou reclusão, com vistas a evitar qualquer caso de tortura.

Art. 13

Cada Estado-Parte assegurará a qualquer pessoa que alegue ter sido submetida a tortura em qualquer território sob sua jurisdição o direito de apresentar queixa perante as autoridades competentes do referido Estado, que procederão imediatamente e com imparcialidade ao exame do seu caso. Serão tomadas medidas para assegurar a proteção do queixoso e das testemunhas contra qualquer mau tratamento ou intimidação em consequência da queixa apresentada ou do depoimento prestado.

Art. 14

1 — Cada Estado-Parte assegurará, em seu sistema jurídico, à vítima de um ato de tortura o direito à reparação e a uma indenização justa e adequada, incluídos os meios necessários para a mais completa reabilitação possível. Em caso de morte da vítima como resultado de um ato de tortura, seus dependentes terão direito a indenização.

Art. 16

1 — Cada Estado-Parte se comprometerá a proibir em qualquer território sob sua jurisdição outros atos que constituam tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes que não constituam tortura tal como definida no art. 1º, quando tais atos foram cometidos por funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Aplicar-se-ão, em particular, as obrigações mencionadas nos arts. 10, 11, 12 e 13, com a substituição das referências a tortura por referências a outras formas de tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes.

2 — Os dispositivos da presente Convenção não serão interpretados de maneira a restringir os dispositivos de qualquer outro instrumento internacional ou lei nacional que proíba os tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes ou que se refira à extradição ou expulsão.

3 — O Brasil, pela sua situação geográfica, tem, outrossim, compromisso com o Continente Americano, daí por que a Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura foi assinada em 24 de janeiro de 1986, e enviada ao Congresso Nacional, pelo Presidente da República, com a Mensagem nº 235, de 13 de junho de 1986, para os fins do art. 44, inciso I, da Constituição.

Vale transcrever aqui os seguintes artigos:

Art. 1

Os Estados-Partes obrigam-se a prevenir e punir a tortura, nos termos desta Convenção.

Art. 2

Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou com qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir a sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica.

Não estarão compreendidos no conceito de tortura as penas ou sofrimentos físicos ou mentais que sejam unicamente consequência de medidas legais ou inerentes a elas, contanto que não incluam a realização dos atos ou a aplicação dos métodos a que se refere este artigo.

Art. 3

Serão responsáveis pelo delito de tortura:

a) os empregados ou funcionários públicos que, atuando nesse caráter, ordenem sua comissão ou instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou, podendo impedi-lo, não o façam;

b) as pessoas que, por instigação dos funcionários ou empregados públicos a que se refere a alínea a, ordenem sua comissão, instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou nele sejam cúmplices.

Art. 4

O fato de ter agido por ordens superiores não eximirá da responsabilidade penal correspondente.

Art. 5

Não se invocará nem admitirá como justificativa do delito de tortura a existência de circunstâncias tais como o estado de guerra, a ameaça de guerra, o estado de sítio ou de emergência, a comoção ou conflito interno, a suspensão de garantias constitucionais, a instabilidade política interna, ou outras emergências ou calamidades públicas.

Nem a periculosidade do detido ou condenado, nem a insegurança do estabelecimento carcerário ou penitenciário podem justificar a tortura.

Art. 6

Em conformidade com o disposto no art. 1º, os Estados-Partes tomarão medidas efetivas a fim de prevenir e punir a tortura no âmbito de sua jurisdição.

Os Estados-Partes assegurar-se-ão de que todos os atos de tortura e as tentativas de praticar atos dessa natureza sejam considerados delitos em seu direito penal, estabelecendo penas severas para sua punição, que levem em conta a gravidade.

Os Estados-Partes obrigam-se também a tomar medidas efetivas para prevenir e punir outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, no âmbito de sua jurisdição.

Art. 9

Os Estados-Partes comprometem-se a estabelecer, em suas legislações nacionais, normas que garantam compensação adequada para as vítimas do delito de tortura. Nada do disposto neste artigo afetará o direito que possa ter a vítima ou outras pessoas de receber compensação em virtude da legislação nacional existente.

Direito de voto nas sociedades anônimas

FÁTIMA REGINA FRANÇA FARAH
Advogada

SUMÁRIO

- I -- Origem da sociedade anônima por ações
 - II -- Direito de voto
 - III -- Ações preferenciais
 - IV -- Voting trust
 - V -- Acordo de acionistas
 - VI -- Voto múltiplo
 - VII -- Voto das ações empenhadas e alienadas fiduciariamente
 - VIII -- Voto das ações gravadas com usufruto e fideicomisso
 - IX -- Conclusão
- Bibliografia**

I — Origem das sociedades anônimas por ações

As sociedades anônimas, instrumento típico da economia moderna, acham-se ligadas, em sua origem, à colonização do Oriente.

Nas companhias coloniais já podiam ser encontradas as características fundamentais hoje peculiares à sociedade anônima.

Nas cidades italianas da Renascença os portadores de títulos da dívida pública eram portadores de títulos facilmente circuláveis. Frequentemente, eles se reuniam em associações, obtendo, por sua vez, a administração, ou a propriedade dos bens destinados a garantir o serviço dos títulos. Formalmente, estes títulos eram obrigacionários, mas, em substância, passavam a representar títulos de participação na gestão dos bens que, administrados pelos próprios credores, os garantiam. Desse modo, eram, substancialmente, títulos de participação numa gestão comercial e industrial, mas com responsabilidade limitada dos participantes. A circulabilidade das ações encontra precedente nesses títulos.

As companhias coloniais surgiram com individualidade própria, não se submetendo a uma disciplina geral, mas encontrando, cada qual, seu fundamento numa "carta" da autoridade pública, onde se definia a constituição e a personalidade da companhia, as suas obrigações, os seus direitos, bem como os seus privilégios. Inexistiam regras fixas quanto à administração da sociedade e à posição dos sócios.

A sociedade era constituída para uma determinada empresa, e não em relação a um determinado período de tempo, de maneira que se desconhecia o balanço anual e a repartição periódica dos lucros a intervalos regulares. Os direitos dos acionistas quanto à participação na administração da companhia eram os mais diversos, sendo freqüente ficar a administração reservada aos grandes acionistas, permanecendo desconhecido o conceito do direito individual de voto.

Aos poucos foi sendo elaborada a disciplina da sociedade anônima, determinando a distinção entre os acionistas e os vários órgãos sociais, bem como as funções destes; o conceito de exercício social e da repartição periódica dos lucros. Foram, também, introduzidas as ações ao portador, além do conceito de capital social e da responsabilidade limitada.

No Brasil, até 1849, quando foi publicado, em 10 de janeiro, o Decreto nº 575, a criação das sociedades dependia exclusivamente de leis especiais do Governo. A organização de empresas sob aquela forma era um privilégio, uma exceção aos princípios e às regras jurídicas que orientavam e disciplinavam as sociedades em geral (1).

O Decreto nº 575 não consignava os princípios fundamentais das sociedades anônimas, deixando de inserir que o capital era representado por ações transferíveis, bem como que a responsabilidade dos sócios ou acionistas era limitada ao valor das ações por eles subscritas. Estas matérias constituíram objeto para elaboração do Código Comercial Brasileiro, publicado em 1850.

(1) TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, *Sociedades por Ações*, vol. I, p. 19.

Os arts. 295 a 299 do referido Código regulavam de maneira exígua as companhias de comércio ou sociedades anônimas. Estes artigos foram revogados pelo Decreto-Lei nº 2.627, de 26-9-40, posteriormente revogado pela Lei nº 6.404, de 15-12-76.

O liberalismo econômico pressionava a eliminação da interferência estatal, pois configurava como inibidor da iniciativa privada, extrapolando o campo de sua atuação.

Em 4-11-1882, a Lei nº 3.150 extinguiu o sistema de autorização e foi durante mais de meio século o estatuto básico das sociedades anônimas. A Lei nº 3.150 submetia as sociedades anônimas ao regime das disposições normativas, onde condensava princípios e normas asseguradoras à sua organização e ao seu funcionamento. A autorização se restringiu apenas às sociedades anônimas que tinham como objeto de exploração as operações de banco, de seguro, de capitalização, bem como às sociedades anônimas estrangeiras, que pretendessem estabelecer-se no País.

Em 17-1-1890, surge o Decreto nº 164, praticamente cópia da Lei 3.150. Vem após o Decreto nº 850, de 13-10-1890, que estabeleceu regras sobre a realização do capital das sociedades anônimas.

Em 4-7-1891, publica-se o Decreto nº 434, que consolidou as disposições, então, em vigor, e regulou com as suas imperfeições as anônimas até 1940.

Em junho de 1939, o então Ministro da Justiça encarregou uma comissão para elaborar o anteprojeto da lei das sociedades por ações. Após o acolhimento de sugestões e emendas, tal anteprojeto transformou-se no Decreto-Lei nº 2.627, de 26-9-1940.

Referido texto legal foi reformulado, substancialmente, pela Lei nº 6.404, de 15-12-76, objetivando, basicamente, a criação de uma estrutura jurídica necessária ao fortalecimento do mercado de capitais de risco no País, conforme demonstra a Exposição de Motivos nº 196, de 24-6-1976, do Ministro da Fazenda.

II — Direito de voto

Segundo o Decreto-Lei nº 2.627/40, o voto era visto como um direito natural, consequência da propriedade da ação, mas não essencial à qualidade de sócio, razão por que a lei ou estatuto poderia suprimi-lo.

O direito brasileiro seguiu sempre esta corrente. Daí tanto o Decreto nº 434 como o Decreto-Lei nº 2.627 admitirem a existência de sócio destituído do voto.

O direito de voto não constitui um direito intangível do acionista; desse modo, a lei e o estatuto podem limitá-lo, e até mesmo elidi-lo.

As ações do capital social de uma companhia podem ser divididas em espécies diferentes, estabelecendo direitos não uniformes, em face das vantagens políticas ou econômicas. Além disso, nas diversas espécies podem ser estabelecidas classes, concedendo vantagens especiais aos portadores.

Apesar de o art. 109, § 1º, da Lei nº 6.404/76 prever que "as ações de cada classe conferirão iguais direitos aos seus titulares", deve-se considerar que os direitos políticos só serão concedidos às ações nominativas. Se houver ações nominativas ou ao portador dentro de uma classe de preferenciais ou ordinárias, só aquelas terão direito a voto, acarretando desigualdade de direitos entre os titulares de ações de uma mesma classe.

O art. 80 do Decreto-Lei nº 2.627, de 26-9-40, atribuía a cada ação um voto, permitindo ao estatuto estabelecer limitações ao número de votos de cada acionista. A lei, desse modo, fixou o número mínimo de votos de cada titular de ação ordinária: a cada ação comum corresponde um voto, não podendo suprimi-lo, conforme se depreende do art. 81, que, expressamente, admite aos estatutos deixar de conferir às ações preferenciais algum ou alguns dos direitos reconhecidos às ações comuns, inclusive o de voto. O voto por ação constitui um direito do acionista, podendo ser exercido pessoalmente ou por intermédio de procurador.

O caput do art. 110 da Lei nº 6.404/76 consagrou o preceito do Decreto-Lei nº 2.627, dispondo que "a cada ação ordinária corresponde um voto nas deliberações da Assembléia Geral". Desse modo, a teoria da igualdade de direitos dos acionistas, no que diz respeito ao voto, é limitada quanto a forma das ações, consoante o art. 112 da Lei nº 6.404/76.

A partir do momento em que o princípio da responsabilidade do voto consagrou-se em termos concretos e tangíveis, tornava-se necessária a identificação do acionista votante, vedando a lei o exercício do direito de voto aos titulares de ações ao portador, reservando-o apenas aos titulares de ações nominativas, endossáveis e escriturais. As ações ao portador, por serem de mais fácil negociabilidade, têm merecido as preferências dos investidores do mercado, desfrutando de regime peculiar, caso se trate de portador identificado ou não, em face do imposto de renda. A Lei nº 6.404/76 optou por mantê-los, em face da grande facilidade da circulação, excluindo, no entanto, o direito de voto, já que a responsabilidade no exercício desse direito e a responsabilidade do acionista controlador são incompatíveis com ações que

trocam de mãos correntemente. Nas companhias abertas é assegurado ao titular de ações ordinárias ao portador o direito de, livremente, convertê-las em nominativas ou endossáveis, a fim de exercer o direito de voto, conforme o disposto no art. 22, parágrafo único, da Lei nº 6.404/76. O parágrafo único do art. 125 da Lei nº 6.404/76 confere aos acionistas ordinários ao portador o direito de comparecerem à Assembléia Geral e discutirem a matéria submetida à deliberação, ainda que sem direito de votá-la.

III — Ações preferenciais

O direito de voto deve abranger, em princípio, todas as ações, mas, existindo ações preferenciais, que constituem um título que confere aos acionistas uma vantagem específica na esfera econômica, a lei permite que dessas ações seja suprimido ou restringido o direito de voto.

Na prática, ao serem atribuídos às ações certos privilégios de ordem patrimonial, considerando-se como ações privilegiadas ou preferenciais, o direito de voto lhes é retirado, para compensar a concessão daqueles privilégios.

TULLIO ASCARELLI, em sua obra **Princípios e Problemas das Sociedades Anônimas**, citando ENRIQUE TESTA, escreveu que: “no desenvolvimento das sociedades, foram-se diferenciando tanto as várias categorias de ações, quanto as várias categorias de financiadores e de interessados nos lucros”. Daí “se observa que o princípio democrático e igualitário, que condiciona os direitos dos sócios, entrou em crise; reapareceram os privilégios, sendo aceitos na prática primeiramente e sendo regulamentados depois em leis recentes, dando origem ao sistema de ações preferenciais”.

Isto foi possível ocorrer devido aos diferentes interesses dos participantes na sociedade; uns aspirando rendimentos, outros, os negócios. A posição atribuída ao titular de ações privilegiadas é, pois, aquela de um proprietário que, se não participa na gestão, beneficia-se dos resultados econômicos da mesma.

As preferências concedidas às ações preferenciais se encontram consignadas no art. 17 da Lei nº 6.404/76, compreendendo a prioridade na distribuição de dividendos; prioridade no reembolso do capital, com prêmio ou não; acumulação da prioridade quanto à distribuição de dividendos e o reembolso do capital. Essas preferências deverão ser expressamente estabelecidas no estatuto social, bem como as restrições a que as ações preferenciais ficarão sujeitas. O estatuto social poderá deixar de conferir às ações preferenciais algum ou

alguns dos direitos reconhecidos às ações comuns, assim como o direito de voto não poderá, no entanto, restringir ou opor-se aos direitos essenciais prescritos no art. 109 da Lei nº 6.404/76. A principal restrição que o estatuto pode fixar em relação às ações preferenciais é, certamente, referente ao direito de voto. O número de ações preferenciais sem direito a voto, ou sujeitas a restrições, não poderá ultrapassar 2/3 do total das ações emitidas, conforme podemos deduzir do art. 15, § 2º, da Lei nº 6.404/76. O Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, limitava a emissão de ações preferenciais sem direito a voto à metade do capital social, permanecendo omissos quanto às ações com direito de voto restrito.

Já que os acionistas preferencialistas se contentam com os rendimentos, não necessitam, na verdade, do poder de direção, representado pelo voto.

Todavia, os parágrafos 1º e 2º do art. 111 da Lei nº 6.404/76 dispõem que:

“§ 1º — As ações preferenciais sem direito de voto adquirirão o exercício desse direito se a companhia, pelo prazo previsto no estatuto não superior a 3 (três) exercícios consecutivos, deixar de pagar os dividendos fixos ou mínimos a que fizerem jus, direito que conservarão até o pagamento, se tais dividendos não forem cumulativos, ou até que sejam pagos os cumulativos em atraso.

§ 2º — Na mesma hipótese e sob a mesma condição do § 1º, as ações preferenciais com direito de voto restrito terão suspensas as limitações ao exercício desse direito.”

Interpretando-se o disposto nos parágrafos transcritos, verifica-se que as ações preferenciais, sem direito de voto ou com voto restrito, adquirirão, de plano, esse direito. Todavia, a aquisição do direito de voto pelas ações preferenciais poderá ser excepcionada por norma estatutária, consoante o previsto no parágrafo 3º do artigo acima mencionado. De qualquer modo, a companhia somente pode deixar de pagar os dividendos por prazo não superior a três exercícios, conforme estabelece o parágrafo 1º do art. 111, supramencionado.

Em tese, concluímos pela existência de duas categorias de ações: as ações preferenciais, que simbolizam menos apego à sociedade pelos seus donos, e as ações ordinárias que não têm prioridade, e, por isso, representam um propósito de maior integração dos seus titulares na sociedade.

Concedendo às ações preferenciais privilégios de caráter patrimonial, a lei, de um certo modo, dá uma situação política importante

às ações ordinárias nominativas, constituindo-as em ações de comando. Através do voto dos titulares das ações ordinárias nominativas serão adotadas as medidas de atuação da companhia, bem como a eleição dos administradores sociais.

Como acontecia com o Decreto-Lei nº 2.627, de 27-9-1940, a Lei nº 6.404/76 também proíbe o voto plural a qualquer classe de ações, não podendo nenhum acionista ter mais de um voto por ação, e qualquer cláusula estatutária violadora deste preceito é nula de pleno direito.

O direito de voto é outorgado pela sociedade ao titular da ação, devendo, portanto, ser por ele exercido na Assembléia Geral. Para o comparecimento à Assembléia, o acionista deve antes provar sua qualidade, no que tange às ações nominativas, endossáveis e escriturais pelos assentos existentes na sociedade ou na instituição depositária das ações escriturais, e para as ações ao portador, pela exibição dos certificados, conforme se pode depreender do art. 126 da Lei 6.404/76.

Os votos relativos às ações possuídas por menores ou incapazes serão exercitados pelos seus representantes legais; em se tratando de menor relativamente incapaz, deverá ser assistido pelo pai ou tutor nos termos da lei civil (Código Civil, art. 84).

O exercício do voto deve ser feito pelo próprio titular das ações ou procurador. Com este dispositivo alterou-se o art. 91 do Decreto-Lei nº 2.627, que orientava as condições em que poderia ser outorgada a procuração. O preceito consignado no § 1º do art. 126 da Lei nº 6.404/76 amplia o direito de representação do acionista na Assembléia Geral.

A Lei nº 6.404/76 abandonou o princípio de que o direito de voto é inerente à propriedade da ação, ao introduzir que os não acionistas podem votar, na qualidade de procuradores dos proprietários.

Observa-se, desse modo, que o exercício do direito de voto é admitido independente da titularidade, razão por que o voto por representante não requer mais a qualidade de acionista do procurador.

O fundamento legal do Decreto-Lei nº 2.627, de 1940, da inadmissibilidade da cessão do direito de voto, consubstanciava-se na impossibilidade de ocorrer a dissociação entre o risco inerente ao capital investido na companhia e o poder respectivo que o acionista exercitava, através do voto.

IV — Voting trust

Até 1910 os tribunais europeus e norte-americanos consagravam o princípio de que o direito de voto era inerente e inseparável da

propriedade das ações. No entanto, tal rigidez não impediu que fosse criado e desenvolvido, exatamente com a finalidade de transferir o exercício do direito de voto, o **voting trust**.

O **voting trust** constitui-se numa das técnicas de organização do controle interno com o propósito de transferir para um **trustee** ou **trustees** o direito de voto ou outros direitos atribuídos pelas suas ações. Esta técnica é formalizada por meio de um acordo escrito, especificando os termos e condições do **voting trust**.

Durante algum tempo, o **voting trust** foi considerado ilegal, por entender-se representar artifício utilizado para contornar a proibição da procuração irrevogável de voto e instrumento de realização de práticas monopolísticas. Inúmeras decisões judiciais visando à anulação do **voting trust** se basearam no exercício de atividades monopolísticas, assim como o julgado do Tribunal Supremo do Estado de Ohio, determinando a dissolução do **trust**. Tal julgamento foi confirmado pela Suprema Corte Norte-Americana em 1911.

Hoje em dia, nos Estados Unidos, são poucos os tribunais que consideram o **voting trust** ilegal por si mesmo, sem apreciar os seus objetivos. Apresentam-se como finalidades legítimas do **voting trust**: a obtenção de uma **corporate reorganization**, em caso de insolvência da sociedade; aquisição de empréstimos; garantia da estabilidade da administração da sociedade, durante a execução de determinado programa em benefício da empresa; impedir que concorrentes consigam o controle societário; proteger os interesses de grupos minoritários ou de credores.

O **voting trust** apresenta como característica determinante a completa separação ou desdobramento da propriedade da ação, vez que é transferido ao **trustee** o direito de voto, mantendo o acionista os direitos patrimoniais, durante o prazo fixado no acordo. O acionista não é mais o titular da ação, que passa fiduciariamente ao **trustee**. Com a cessão das ações, o acionista recebe certificados, os quais poderão ser negociados. Desse modo, representa um instrumento mais radical do que os acordos de voto, por envolver uma completa renúncia dos direitos políticos do acionista, não apenas de voto, mas inclusive no que se refere ao direito de fiscalização e informação dos negócios da sociedade.

A constituição de **voting trusts** é juridicamente impossível no Brasil. O Código Penal, em seu § 2º do art. 177, reprime os acionistas que, para auferir benefício, negociam votos de outros acionistas, na Assembléia Geral das sociedades por ações, aplicando a pena de detenção, de seis meses a dois anos, e multa de mil a dez mil cruzeiros. O crime só pode ser praticado por acionista; sendo formal e se consuma com a negociação, independentemente de qualquer outro resultado.

V — Acordo de acionistas

No acordo de acionistas, previsto pela lei societária brasileira, é o próprio titular da ação que exerce o voto, inexistindo a figura do representante do contrato, ou seja, do executor da vontade acordada. A validade dos acordos de voto é delimitada pelo interesse social, o qual consiste na realização de um objetivo comum dos sócios.

O acordo de acionistas surge como um instrumento do exercício do voto, cujo objetivo é a proteção dos **interesses singuli** dos acionistas que o subscrevem, visando à proteção dos interesses patrimoniais e políticos, que se traduzem em critérios de distribuição de dividendos, na nomeação de administradores, ou no exercício agregado do controle ou no dos direitos de minoria.

Deve-se registrar que o voto manifestado, nos termos do acordo de acionistas, que contraria negócios da companhia, configurando, assim, conflito de interesses (social x acionistas), é abusivo por não ser exercido conforme a sua finalidade, que é a de atender, essencialmente, ao interesse coletivo.

O voto previamente estabelecido em contratos deve obedecer a uma hierarquia de interesses, onde se encontra em último lugar o interesse individual.

Através do acordo de acionistas o controle poderá ser adquirido por aqueles que representam mais da metade das ações votantes da sociedade, bem como por grupo minoritário.

Na definição do art. 116, o acordo de votos qualifica a situação de controle em relação a todos os acionistas pactuantes, pois todos eles são os titulares do direito de voto. Caso alguns dos contratantes estipulem o direito de determinar o sentido dos votos dos demais, nem por isso aqueles se tornam controladores únicos, porque esses outros votos não lhes são transferidos ou alienados; o que há é uma pretensão à manifestação de votos dos outros acionistas, permanecendo a titularidade do direito de votar, embora no sentido determinado pelos estipulantes.

O controle majoritário consiste na união de acionistas que dispõem da maioria dos votos na Assembléia Geral.

O controle minoritário pressupõe a existência de uma minoria organizada de acionistas, ao lado de uma maioria isolada e desinteressada no exercício de seus direitos políticos. Nas grandes sociedades abertas norte-americanas, com grande número de acionistas ausentes e desinteressados, basta a detenção de um percentual mínimo de ações para que se possa efetivamente conduzir o processo empresarial.

A organização da minoria visa a contrabalançar o poder de controle, bem como a concentrar os votos dos não controladores, para

o exercício dos direitos próprios dos minoritários. Tal grupo de acionistas, vinculado por acordo de voto, caracteriza-se pela vontade expressa de intervir na vida da sociedade, através de uma efetiva participação, promovendo a fiscalização dos atos sociais e o exercício dos seus direitos, conforme estabelecem os arts. 105, 123, 124, 126, 133, 141, 157 e 161 da Lei nº 6.404/76.

A Lei nº 6.404/76 define o acionista controlador como a pessoa (ou grupo de pessoas) titular de direitos de sócio que lhe assegurem de forma permanente a maioria dos votos nas deliberações da Assembleia Geral e o poder de eleger os administradores, desde que use efetivamente seu poder para dirigir as atividades da companhia e orientar seus órgãos sociais.

O parágrafo único do art. 116 da Lei nº 6.404/76 enumera os deveres do acionista controlador como sendo o de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, observadas suas responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nelas trabalham e a comunidade onde atua, "cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender".

O art. 117 da Lei nº 6.404/76 alinha, de maneira exemplificativa, os atos caracterizadores de abuso do poder, por cuja prática o acionista controlador é responsável, civil e criminalmente, em face dos danos que tais atos causem.

Assim, o acionista que vota abusivamente é passível de responder pelos danos causados. Este preceito se encontra no § 3º do art. 115 da Lei nº 6.404/76. Mesmo que a Lei das Sociedades Anônimas não declarasse o direito de reparação, o comportamento ilícito ou abusivo causador do dano é passível de reparação do dano pela aplicação do art. 159 do Código Civil.

A parte final do § 3º do citado artigo enuncia que o acionista que votou abusivamente responde pelos danos causados ainda que seu voto não haja prevalecido.

VI — Voto múltiplo

A Lei nº 6.404/76 teve como um de seus pontos de relevância a proteção mais completa e substancial do acionista minoritário, introduzindo dispositivos ou modificando o Decreto-Lei nº 2.627/40 em suas reduzidas defesas no que tange àqueles acionistas.

O legislador considerou a necessidade de proteger de forma eficaz as minorias acionárias, conferindo a faculdade de adotar o processo de voto múltiplo na eleição dos representantes do Conselho de Administração.

Teoricamente, o sistema de voto múltiplo se configura como um mecanismo destinado a assegurar representação proporcional às minorias no âmbito dos *colegiados administrativos*, tratando-se de uma minoria acionária determinada e não geral, isto porque só as sociedades abertas e de capital autorizado são obrigadas a manter conselho de administração. As minorias de outras sociedades anônimas, que não tenham conselho e só diretoria, estão desprotegidas da garantia oferecida pelo voto múltiplo.

O sistema de voto múltiplo consiste em atribuir a cada ação tantos votos quantos sejam os membros do Conselho de Administração, atribuindo ao acionista o direito de cumular os votos num só candidato ou distribuí-los entre vários.

A adoção de voto múltiplo é faculdade a ser exercida pela minoria até 48 horas antes da Assembléia Geral.

Na eleição dos Conselheiros, é facultado aos acionistas, que representem, no mínimo, 0,1% do capital social com direito a voto, requererem a adoção do voto múltiplo, não podendo o estatuto elevar esse percentual, o qual poderá ser reduzido por decisão da CVM, no caso de companhias abertas.

VII — Voto das ações empenhadas e alienadas fiduciariamente

As ações, como bens móveis, estão sujeitas a gravames de natureza real, tais como: o penhor ou caução, o usufruto e a alienação fiduciária em garantia. Nesse sentido, os arts. 39 e 40 da Lei nº 6.404/76 procuram disciplinar a constituição desses direitos reais e outros ônus sobre as ações das sociedades anônimas.

No tocante ao voto das ações empenhadas ou caucionadas, a lei reproduz a norma constante do art. 83 da lei revogada. O penhor não impede o acionista de exercer o direito de voto, podendo ser estabelecido no contrato que o acionista não poderá, sem consentimento do credor pignoratício, votar em certas deliberações que modifiquem o estado patrimonial ou institucional da companhia, abalando, desse modo, a garantia do credor. O direito de voto, para o legislador brasileiro, é um direito pessoal do acionista, não podendo ser cedido ao credor pignoratício ou a qualquer pessoa.

O princípio aplicado às ações alienadas fiduciariamente se apresenta diverso do princípio adotado no caso de cláusula de penhor, por consistir em uma ruptura do direito de propriedade, transferindo ao financiado o domínio resolúvel e a posse indireta do bem alienado, mas permanecendo proprietário da ação, sob condição suspensiva. Dessa forma, o acionista alienante permanece titular do direito de voto, mas deve subordinar o exercício desse direito aos termos do

contrato. O acionista alienante estará impedido de exercer o direito de voto, caso o contrato seja omissivo.

VIII — Voto das ações gravadas com usufruto e fideicomisso

CLÓVIS BEVILAQUA define o usufruto como o direito real, conferido a uma pessoa, durante certo tempo, que a autoriza a retirar, de coisa alheia, os frutos e as utilidades que ela produz. Assim, o usufruto confere ao usufrutuário a posse, uso, administração e percepção dos frutos, não podendo o usufrutuário destruir ou alienar a coisa dada em usufruto. Daí a separação entre a propriedade, que remanesce em mãos do *dominus*, e os direitos destacados, *ius utendi et fruendi*, os quais revertem, findo o usufruto, ao proprietário instituidor.

A Lei nº 6.404/76 parece excluir a possibilidade de instituição de usufruto sobre ações ao portador. Com efeito, o art. 40 prevê a averbação do usufruto apenas quanto às ações nominativas, endossáveis e escriturais. O art. 114 disciplina o direito de voto das ações gravadas com usufruto, o que excluiria a admissibilidade do usufruto sobre ações ao portador, destituídas do direito de voto. E o art. 205 prescreve que o dividendo só será pago à pessoa inscrita como proprietária ou usufrutuária da ação, dado que a ação ao portador não comporta registro ou inscrição de seu titular nos livros sociais, quer como proprietário, quer como usufrutuário. As ações ao portador, a exemplo do que ocorre com qualquer outra forma de ações, são coisas, não se podendo retirá-las do âmbito dos direitos reais. Desde que se reconheça que as ações se sujeitam ao domínio, como coisas que são, não há como afastar a possibilidade de seu titular exercer os direitos respectivos, entre os quais o de gravá-las com usufruto.

A instituição de usufruto sobre ações ao portador de sociedades anônimas não é obstada pela Lei das S.A., que, aliás, não a proíbe. A fungibilidade inerente às ações ao portador elide a possibilidade de instituição do usufruto sem, no entanto, impedir que se lhes aplique o instituto que a formulação romana construiu para permitir maior flexibilidade ao *ius in re aliena* sobre coisas fungíveis, atendendo assim as necessidades práticas e econômicas. A melhor doutrina brasileira proclama a instituição quase-usufruto ou usufruto impróprio, tendo por objeto ações ao portador emitidas por sociedades anônimas.

A instituição do usufruto de ações ao portador é inoperante com referência à sociedade, por configurar relação meramente pessoal entre o instituidor do quase-usufruto e o quase-usufrutuário, de tal modo que a sociedade não pode opô-lo a quem se apresentar como detentor da ação ao portador e pretender exercer os direitos de proprietário pleno.

Partindo do pressuposto que proprietário e usufrutuário estão interessados no funcionamento regular da sociedade, o direito de voto deverá ser exercido em conformidade com o que pactuarem as duas

partes interessadas, ambas diretamente ligadas aos destinos da sociedade, uma como proprietária das ações, outra como fruidora de suas utilidades e frutos. O pacto reduzido por escrito, no instrumento que instituiu o usufruto, deverá ser averbado no livro próprio, para a devida orientação do direito de voto. Se nada foi regulado na constituição do gravame, o direito de voto só poderá ser exercido pelo usufrutuário ou nu-proprietário, se chegarem a acordo. Caso o nu-proprietário e o usufrutuário compareçam em assembléia e manifestem pontos de vista divergentes, o voto dado pelo nu-proprietário fica prejudicado.

Segundo ORLANDO GOMES, o fideicomisso consiste numa disposição, onde o fideicomitente institui herdeiros ou legatários, impondo a um deles, o fiduciário, a obrigação de, sob termo ou condição, transmitir ao outro, que se chama fideicomissário, a herança ou legado.

O fiduciário possui o **jus disponendi**, podendo transferir seu domínio na medida em que o tem, já o fideicomissário tem mera expectativa de direito, enquanto não advém o termo ou não se realiza a condição, figurando apenas como um herdeiro potencial.

As ações podem se sujeitar a cláusula do fideicomisso, reque-rendo-se sua averbação no Livro de Registro de Ações Nominativas, Livro de Registro de Ações Endossáveis e Livro da Instituição Financeira, caso se trate, respectivamente, de ações nominativas, ações endossáveis ou ações escriturais.

O direito de voto bem como o direito ao dividendo pertencem ao fiduciário.

IX — Conclusão

O voto representa não só um instrumento de participação política do acionista na empresa, bem como do cidadão no governo e na administração.

A Assembléia Geral é uma das formas de relacionamento dos acionistas com a empresa. Através dela, os titulares de ações ordinárias nominativas ou os titulares de ações preferenciais (que não tenham o direito de voto elidido) participam da assembléia, gozando da mesma liberdade e usufruindo o mesmo poder de decisão.

O direito de voto, que pertence aos acionistas, não tem por si só um caráter patrimonial; é antes um direito pessoal do titular da ação, direito que lhe pertence por essa qualidade e enquanto a tem, de onde resulta ser inerente à própria ação, da qual não se pode destacar (2).

(2) Jurisprudência publicada na JM, v. 57, pp. 215-221.

Desse modo, o voto representa o meio revelador da consciência crescente que as pessoas tomam da sua situação na política da empresa. Tomada de consciência esta que possibilitará a contenção da interferência dos Acionistas Controladores, sempre crescente e ameaçadora aos minoritários.

BIBLIOGRAFIA

- ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo, Saraiva, 1969.
- BULGARELLI, Waldírio. *Estudos e Pareceres de Direito Empresarial*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980.
- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. São Paulo, Saraiva, 1977.
- *Acordo de Acionistas*. São Paulo, Saraiva, 1984.
- COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. Rio de Janeiro, Forense, 1983.
- COSTA, Philomeno Joaquim da. *Anotações às Companhias*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1960.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. São Paulo, José Bushatsky, 1980.
- GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro, Forense, 1980.
- GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *O Usufruto de Ações ao Portador e a Posição da Companhia Emissora*, publicado na *Revista de Direito Mercantil* n.º 39.
- LEAES, Luiz Gastão de Barros. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. São Paulo, Saraiva, 1980.
- MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro, Forense, 1978.
- PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. *Sociedades por Ações*. São Paulo, Saraiva, 1972.
- REQUIÃO, Rubens. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. São Paulo, Saraiva, 1980.
- *Curso de Direito Comercial*. São Paulo, Saraiva, 1981.
- TEIXEIRA, Egberto Lacerda. *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*. São Paulo, José Bushatsky Ltda., 1979.
- VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por Ações*. Vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 1959.
- *Revista de Informação Legislativa*. Senado Federal, ano 19, número 76.
- *Revista de Informação Legislativa*. Senado Federal, ano 17, número 68.

Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas (*)

A venda na SSETEC (Senado Federal — 22.º andar)

Encomendas mediante vale postal ou cheque visado, pagável em Brasília (a favor da Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal) ou pelo reembolso postal.

“REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

Números atrasados à venda: 10, 12, 13/14, 17, 18, 26, 30 a 45, 47 a 53, 55 a 91.

“ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

(NÚMEROS 1 a 90)

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, de 1978.
- 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

Suplemento de Atualização (1986)

Constituição da República Federativa do Brasil - texto constitucional vigente (consolidado, anotado e indexado)

Constituições de todos os Estados da Federação (textos atualizados, consolidados e anotados com as redações anteriores e as declarações de inconstitucionalidade) Remissões à Constituição federal.

Leis Complementares de criação dos Estados do Rio de Janeiro, de Mato Grosso do Sul e de Rondônia.

Índice geral temático das Constituições estaduais.

"PROCESSO LEGISLATIVO" (4ª edição 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 n.ºs 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 n.ºs 2/73 a 27/85.

Índice temático.

"CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL"

Quadro Comparativo

(5ª edição - 1986)

Texto constitucional vigente (consolidado - Emendas n.ºs 1/69 a 27/85), comparado à Constituição promulgada em 1967 e à Carta de 1946.

Notas explicativas, contendo os textos dos Atos Institucionais e das Emendas à Constituição de 46.

Índice temático do texto constitucional vigente.

"CONSTITUIÇÕES DO BRASIL"

(edição 1986) 2 volumes

1º volume - Textos das Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações.

Texto constitucional vigente (consolidado - Emendas n.ºs 1/69 a 27/85).

2º volume - Índice temático geral (comparativo) de todas as Constituições brasileiras.

"LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDARIA"

(5ª edição - 1986)

2 volumes e adendo

1º volume - Legislação:

Constituição Federal (texto vigente consolidado - dispositivos pertinentes).

Textos consolidados, anotados e indexados: Código Eleitoral, Lei Orgânica dos Partidos Políticos, Leis das Inelegibilidades, de Transporte e Alimentação e das Sublegendas.

Organização partidária do Distrito Federal. Revisão do eleitorado. Normas para as eleições de 1986.

2º volume - Instruções do Tribunal Superior Eleitoral para as eleições de 15-11-86.

“DIREITO DE GREVE”

(edição 1986)

Quadro comparativo: Projeto de Lei nº 8.059/66 — Legislação vigente.

Anteprojetos

Projetos em tramitação no Congresso Nacional.

“REGIMENTOS DAS ASSEMBLÉIAS CONSTITUINTES DO BRASIL”

(Obra de autoria da Subsecretaria de Arquivo do Senado Federal — edição 1986)

Antecedentes históricos.

Textos dos Regimentos comentados pelos Constituintes.

Índices temáticos e onomásticos.

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 93 (janeiro/março de 1987) a 96 (outubro/dezembro de 1987).

Preço: Cz\$ 160,00

Dirija seu pedido à

Subsecretaria de Edições Técnicas

SENADO FEDERAL

Brasília — DF — 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
Ministérios
Procuradoria-Geral da República
Consultoria-Geral da República
Supremo Tribunal Federal
Tribunal Federal de Recursos
Superior Tribunal Militar
Tribunal Superior Eleitoral
Tribunal Superior do Trabalho
Assembléias Legislativas
Tribunais de Justiça
Tribunais de Contas Estaduais
Tribunais Regionais Eleitorais
Tribunais Regionais do Trabalho
Procuradorias-Gerais dos Estados
Ordem dos Advogados do Brasil
(Conselho e Secções Regionais)
Faculdades de Direito