Poletti R. de B.

Repercussao do direito publico romano no constitucionalismo brasiliero

[Stable URL: http://elar.uniyar.ac.ru/jspui/handle/123456789/3518 **]**

[Публикация работы:]
Poletti R. de Britto. 1996: Repercussao do direito publico romano no constitucionalismo brasiliero // IVS ANTIQVVM. Древнее право. 1, 145-155.

НАУЧНО-ОБРАЗОВАТЕЛЬНЫЙ
ЦЕНТР АНТИКОВЕДЕНИЯ
ЯРОСЛАВСКОГО ГОСУДАРСТВЕННОГО УНИВЕРСИТЕТА
ИМ. П.Г. ДЕМИДОВА
ЯРОСЛАВЛЬ, РОССИЯ

THE SCIENTIFIC & EDUCATIONAL
CENTRE FOR CLASSICAL STUDIES
AT YAROSLAVL DEMIDOV STATE UNIVERSITY
YAROSLAVL, RUSSIA

DAS WISSENSCHAFTLICHEN FORSCHUNGS- UND
STUDIENZENTRUM FÜR DIE GESCHICHTE,
KULTUR UND RECHT DER ANTIKE
DER STAATLICHEN DEMIDOW-UNIVERSITÄT JAROSLAWL
YAROSLAWL, RUSSLAND

РОССИЙСКАЯ АССОЦИАЦИЯ АНТИКОВЕДОВ
RUSSIAN SOCIETY OF CLASSICAL STUDIES

НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ И ОБРАЗОВАТЕЛЬНЫЙ ФОНД
«ЦЕНТР ИЗУЧЕНИЯ РИМСКОГО ПРАВА»
ЯРОСЛАВСКИЙ ФИЛИАЛ
THE RESEARCH AND EDUCATIONAL FOUNDATION
“THE CENTRE FOR ROMAN LAW STUDIES”
YAROSLAVL BRANCH

ЯРОСЛАВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
ИМ. П.Г. ДЕМИДОВА
YAROSLAVL DEMIDOV STATE UNIVERSITY

R. POLETTI

REPERCUSSÃO DO DIREITO PÚBLICO ROMANO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

1. Direito romano vivo. O exame da repercussão do direito público romano, especialmente da idéia democrática e do tribunato, no constitucionalismo brasileiro, pressupõe um direito romano, que não exclui o estudo histórico, mas sobrevive como um sistema e nos institutos jurídicos.

O direito romano justinianeu, p. ex., embora não prescinda, de incursões nos juristas da época clássica, revela-se um organismo vivo, diferente do direito romano originário, projetando-se na história.

A idéia de um direito romano vivo lastreia-se no pressuposto da adaptação histórica das instituições romanas a novos tempos, ou a tempos diferentes, posteriores a sua existência na Roma primitiva, republicana ou imperial.

O direito romano não morreu, posto que um direito histórico, não no sentido da crônica histórica, mas na histórica propriamente dita, i. é, naquela em que o valor reside nos efeitos dos fatos não no seu relato. O direito romano vale pela sua *Geschichte*, não pela sua crônica histórica (*Historie*).

Esse direito romano, que vive ainda em nossos institutos jurídicos, não é uma cópia, porém uma recriação em um tempo novo. Nesse aspecto, sua influência revela-se uma permanência, um elemento de nossa civilização, para usar a expressão de Jhering.

Repercussões no constitucionalismo brasileiro. Partindo do pressuposto de que a idéia romana de democracia se situa na soberania popular, consubstanciada no fato de o povo dar a última palavra sobre o direito, votando diretamente as leis, elegendo os magistrados a utilizando-se da *potestas tribunicia*, as repercussões do direito público romano (idéia democrática) e do tribunato no costitucionalismo brasileiro, embora existentas, são de importância relativa. Resumen-se em alguns aspectos da Constituição de 1988, bem como na consagração doutrinária do costume; na idéia de império e na própria posição do Imperador (Poder Moderador e veto) na Carta de 1824, mais alguns dispositivos isolados; na propaganda republicana positivista, especialmente no ponto referente à ditadura e ao processo legislativo e de elaboração constitucional; na ação popular e nos poderes do Ministério Público nela e na defesa dos interesses coletivos e difusos da sociedade.

O imperador na constituição do império brasileiro (1824). A primeira Constituição brasileira data de 25 de março de 1824, portanto quase dois anos depois da proclamação da independência. Ela foi outorgada pelo Imperador D. Pedro I, mas seu preâmbulo a alguns de seus dispositivos podem indicar algumas rimas com o direito romano. Diz o preâmbulo: "*Dom Pedro Primeiro, por Graça de Deus, e unânime aclamação dos povos, Imperador Constitucional, e Defensor Perpétuo do Brasil: Fazemos saber a todos os nossos súditos, que tendo-nos requerido os povos deste Império, juntos em Câmaras, que nos quanto antes jurássemos e fizéssemos jurar o Projeto de Constituição, que havíamos oferecido as suas observações para serem depois presentes a nova Assembléia Constituinte; mostrando o grande desejo, que tinham, de que ele se observasse já como Constituição do Império, por lhes merecer mais plena aprovação, e dele espera...*"

Duas idéias merecem destaque no texto transcrito: a referência ao título de Defensor do Brasil e a origem popular do poder do Imperador, ambas a lembrarem o tribunato e a lex de imperio.

Tome-se, aqui, famoso texto utilizado pelos juristas medievais, atribuído a Ulpiano, atinente à Lex Regia:D. 1. 4. 1 - *Ulpianus libro I. Institutionum. Quod Principi placuit, legis habet vigorem: utpote*

quum lege Regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat. (Como ao Príncipe foi conferido o império e poder do povo, pela lei Régia que foi feita a propósito: aquilo que agrada ao Príncipe tem vigor de lei).

A transferência do poder popular para o príncipe. A frase "o que agrada ao Príncipe tem força de lei" precisa ser comprendida no seu contexto. Ela não tem cunho autocrático, porque está condicionada ao poder popular. O que agrada ao Príncipe é lei, porque o povo lhe transferiu o seu império e poder.

A respeito da transferência do poder do povo para o Príncipe são construídas duas hipóteses: a da *translatio imperii* e a da *concessio imperii*. Pela primeira, o povo se despoja completamente da sua própria soberania para investir nela o príncipe; pela segunda, o povo transmite somante o exercício do poder, segundo certas condições e durante um certo período. De qualquer maneira, a passagem do poder, em ambos os casos, tem caráter voluntário[1].

Marsílio de Pádua (1275-1343) (*Defensor pacis*, de 1324) sustentou que o poder de fazer as leis, em que se apóia o poder soberano, diz respeito unicamente ao povo ou a sua parte mais poderosa (*valentior pars)*, o qual atribui aos outros não mais que o poder executivo = o poder de governar no âmbito das leis.

A teoria de Marsílio indica que os dois poderes do Estado pertencem ao povo, mas enquanto o legislativo é exclusivo e indelegável, o executivo pode ser objecto de mandato revogável, transformando-se em um poder derivado.

Marsílio antecipa a doutrina de Rousseau do "povo soberano", pois na vontade popular reside o princípio da paz universal.

Império do brasil. Além disso, aquela Constituição ao definir, no seu art. 19, o Império do Brasil ("associação política de todos os cidadãos brasileiros") renova, em parte, a definição de povo, formulada por Cícero (v. adiante), não mencionando qualquer aspecto étnico, como também usando a expressão "associação" (*sociatus*), não "sociedade".

A terminologia romana aparece, ainda, na proclamação de serem brasileiros, além de outros, "os que no Brasil tiverem nascido, quer sejam ingênuos ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro..." (art. 6, 19)

O Imperador podia, ainda, negar o seu consentimento ao projeto de lei aprovado pela Assembléia e esse seu veto, verdadeiro poder negativo e forma de *intercessio*, teria efeito suspensivo, mas o projeto precisava ser apresentado por duas outras legislaturas sucessivas, nos mesmos termos originários, para presumir a sanção imperial e transformar-se lei (art. 65).

O prazo para a sanção era de um mês e não havendo decisão considerava-se tácito o veto. Se o Imperador adotasse o projeto, manifestar-se-ia pela fórmula "O Imperador consente" (art. 68) e a promulgação seria solene: *"D. Pedro, por graça de Deus e unânime aclamação dos povos, Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil, fazemos saber a todos os súditos, que a assembléia geral decretou, e nós a lei seguinte..."* Anote-se a fórmula *Iussu Dei, per quem Reges regnant; proclamatione subditorum, a quibus dominium transfertur in Principes, per ius gentium* (Pelo mandado de Deus, por quem reinam os reis, pela proclamação dos súditos, pelos quais se transmite o poder aos príncipes, segundo o direito das gentes).[2]

O poder negativo exercido pelo Imperador se enquadrava bem na concepção do Poder Moderador, Poder Neutro, inspirado no pensamento de Benjamin Constant. Dizia a Constituição que "o Poder Moderador é a chave de toda a organização política, e é delegado privativamente ao Imperador, como chefe supremo da nação e seu primeiro representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos" (art. 98).

Essa *potestas tribunicia* antinente ao veto foi transmitida ao Chefe do Governo, quando a república brasileira foi proclamada. Em todas as Constituições republicanas, cometeu-se ao Presidente da República o direito-dever de vetar projeto-de-lei aprovado pelo Poder Legislativo, se o julgasse

[1] BOBBIO anota que Azone, antigo glosador, conhecido fautor da tese da *concessio*, sustentava que o povo jamais abdicou do seu poder, porque depois de tê-lo transferido o revogou em várias ocasiões (cf. Democracia. *Dicionário de Política.* Coord. Bobbio, Matteucci, Pasquino. Brasília, UnB, 1986).

[2] Cf. TORRES, João Camillo de Oliveira. *A Democracia Coroada.* 2a ed. Petrópolis, Vozes, 1964, p. 113, referindo-se a Antônio de Sousa Macedo, em *Lusitânia Liberata.*

inconstitucional ou contrário ao interesse público ou nacional. A diferença em relação ao sistema imperial está em que o silêncio presidencial eqüivale à sanção, não ao veto.

Ditadura republicana positivista. Plebiscito. Outra repercussão do direito público romano, no constitucionalismo brasileiro, pode ser encontrada na idéia da ditadura republicana de inspiração positivista.

A propaganda republicana, no Brasil, foi marcada por uma forte influência positivista e pela presença de cultores e adeptos de Augusto Comte nos atos preparatórios do movimento e no seu primeiro governo, embora aquela influência tenha sido, em grande parte, mitigada por um certo arrefecimento doutrinário ou restrita a aspectos formais, ou ainda porque os líderes positivistas haviam se incompatibilizado com os políticos e militares que assumiram o regime republicano.

Alguns aspectos dessa presença positivista são relevantes para a compreensão da vida política brasileira.

Se os positivistas não conseguiram empolgar o movimento republicano, tentaram influenciar na elaboração da nova Constituição. Suas idéias a respeito foram muito nítidas. O Apostolado Positivista, em nenhum momento, escondeu a pretensão de manter a ditadura republicana, transformando-a em definitiva.

A Constituição, segundo os positivistas brasileiros, deveria "*combinar o princípio da ditadura republicana com a mais ampla liberdade espiritual: a primeira caracterizada pela reunião no poder executivo da faculdade legislativa pela perpetuidade da função, e transmissão desta a um sucessor livremente escolhido pelo ditador, sob a sanção da opinião pública*".[3]

Nesse memo texto, da lavra de Miguel Lemos, há uma colocação de grande valor no sentido de orientar a elaboração da nova Constituição e de submetê-la à decisão popular. Lá está escrito: "*O atual governo da República, considerando abolido o regime parlamentar, tomará a si o elaborar, com o concurso de pessoas competentes, um projeto de constituição*" que "*será submetido à apreciação popular por todos os meios de publicidade, a fim de determinar em toda a República uma livre e extensa discussão*". "*Encerrado o prazo previamente marcado para semelhante discussão, o governo dará ao projeto sua forma definitiva, incorporando nele as emendas que julgar aceitáveis, ou fazendo-lhe as alterações cuja utilidade lhe tiver sido demonstrada. Assim redigida, a nova constituição será apresentada à sanção das câmaras municipais de toda a República, ou a um plebiscito em que tomarão parte todos os cidadãos maiores de 21 anos, saibam ou não ler e escrever; e em seguida será promulgada e executada.*"

Verdade é que os positivistas brasileiros não estavam aderindo, plenamente, à idéia democrática: "*quando nós aconselhamos o plebiscito não foi de modo algum porque partilhássemos da opinião comum que atribui ao povo o direito e a competência para decidir por maioria de votos semelhantes questões. Para nós bastariam as duas primeiras partes do processo indicado, isto é, que a constituição, depois de submetida à discussão pública, fosse imediatamente decretada pelo governo, como as emendas aceitas por este. Se propusemos o plebiscito foi apenas como uma concessão aos preconceitos que ainda dominam o espírito público e segundo os quais a legitimidade das instituições políticas depende de semelhante sanção eleitoral. Esse meio pareceu-nos mil vezes preferível a uma constituinte, e tendo que escolher entre dois males decidimo-nos pelo menor*".[4]

Anote-se que o Apostolado Positivista apresentou um projeto de Constituição, intitulado "Bases *de uma Constituição Ditatorial Federativa*", onde há os dispositivos:

"*Art. 10. O Governo dos Estados Unidos do Brasil é republicano ditatorial federativo.*"

"*Art. 21. Antes de promulgar uma lei qualquer o ditador fará publicar o respectivo projeto acompanhado de uma exposição de motivos. Findo o prazo de três meses após o projeto ter chegado ao conhecimento dos pontos mais remotos da República, serão transmitidas ao ditador pelas autoridades locais todas as observações ou representações formuladas por qualquer habitante da República.*

[3] Cf. Publicação avulsa denominada "Indicações Urgentes". Rio de Janeiro, 21 de novembro de 1889, assinada por Miguel Lemos, diretor do Apostolado Positivista, *O Apostolado Positivista e a República*.Seleção e introdução de Antônio Paim. Brasília, Ed. Câmara dos Deputados e UnB, 1981, p. 51

[4] idem, ibidem, p. 65/66.

Tomando em consideração essas emendas, o ditador manterá o projeto ou formulará novo, e, tanto em um como em outro caso, submeterá a sua resolução à aprovação das capitais dos Estados brasileiros. Aprovado que seja pela maioria dos votos será promulgado como lei da República."

"Art. 49. A constituição será promulgada de acordo com o processo estabelecido no Título VI para a decretação das leis." (i. é. de acordo com o disposto no art. 21 acima transcrito).

"Art. 50. A sua revisão poderá ser promovida ou por iniciativa do ditador central, ou em virtude de uma petição da maioria das capitais dos estados confederados, sendo o voto de cada capital representado pela maioria dos cidadãos eleitores. A revisão efetuar-se-á então pelo mesmo processo estabelecido para a decretação das leis ordinárias". [5]

Merece anotada a semelhança entre a proposta do Apostolado e a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, de autoria de Júlio de Castilhos. O modelo proposto é o de Comte no seu *Sistema de Política Positiva.*

A figura de Castilhos é das mais interessantes da história política brasileira e sua sucessão ideológica passa por Borges de Medeiros, que durante anos governou aquele estado da federação brasileira, até Getúlio Vargas, que desde estudante era castilhista, havendo pronunciado célebre discurso nos funerais de seu principal inspirador. Getúlio, que chegará ao poder pela Revolução de 1930 dará o célebre golpe de 1937, é impropriamente chamado de fascista e o regime que implanta está muito próximo de uma reminiscência da ditadura científica comteana, pregada pelos positivistas republicanos, do que qualquer outra coisa.

O fenômeno do positivismo castilhista já possui, no Brasil, uma bibliografia significativa. Um dos seus críticos mais importantes escreve esse texto sintomático para ilustrar essa repercussão, em parte romanista:

"Em conseqüência, os castilhistas criticavam severamente qualquer tipo de governo representativo, especialmente o regime parlamentar, e valorizavam enfaticamente os processos democráticos diretos, como os empregados na antiga Grécia e Roma. O plebiscito seria a forma ideal da consulta popular, exercido a nível municipal. Já vimos como a legislação castilhista se inclinava por esses procedimentos no referente à elaboração das leis." [6]

A constituição brasileira de 1988. Participação popular. A Constituição brasileira de 1988 proclama que todo o poder emana do povo, exercido através de seus representantes, mas acrescenta: ou diretamente, mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular das leis (arts. 10, parágrafo único e 14).

Já o Regimento Interno da Assembléia Constituinte havia previsto, embora não tenham havido experiências significativas, "audiências públicas" e o direito de apresentação de propostas, diretamente, por eleitores.

Democracia e povo. Essa idéia da democracia direta, embora não levada às últimas conseqüências, é romana.

A democracia, dentro do romanismo, é o regime político onde o povo exerce o poder soberano de decidir sobre as leis. Na Lei das XII Tábulas estava escrito: *ut quodcumque postremum populus iussisset, id ius ratumque esset* - que a última decisão do povo seja o direito.

Em conseqüência, é indispensável estabelecer o conceito de *populus*, onde se insere a relação entre os poderes públicos (*imperium, auctoritas*) e os poderes do povo (no sentido de *comitia*).

O único conceito de povo, que nos veio da antigüidade é o de Cícero: o povo não é um ajuntamento qualquer de homens reunidos, mas a reunião de muitos, associados em virtude de um consenso sobre o direito e de interesses comuns (*sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus).* [7]

A idéia democrática, como um dos legados fundamentais de Roma, parte da concepção do povo como soberano. A idéia é defendida por Rousseau: "o soberano é constituído pelos particulares que o compõe".

---

[5] Transcrito de *Bases de Cconstituição Política ditatorial federativa para a República brasileira.* 2. ed., Rio de Janeiro, 1934. 19 p.

[6] RODRIGUES, Ricardo Vélez. O Castilhismo. *Curso de Introdução ao Pensamento Político Brasileiro.* Brasília, UnB, 1982, Unidade VII.

[7] CICERO. *De re publica. VI,* 13, 13.

O próprio Políbio, a quem se atribui a teoria do governo misto para explicar o regime político romano, não hesita em atribuir ao povo a função de designar os cidadãos para o exercício das funções públicas e mais que "*o povo tem ainda o poder de aprovar ou rejeitar leis e-o mais importante de tudo-delibera sobre a paz e a guerra. Além disso, no caso de alianças, de condições de paz e de tratados cabe ao povo ratificar ou rejeitar todos esses pactos. Ora: diante disso mais uma vez alguém poderia dizer com razão que a participação do povo no governo é a mais importante e que essa forma de governo é democrática.*" [8]

Os juristas medievais, por sua vez, sustentavam a teoria da soberania popular com base na já transcrita passagem (D. 1. 4. 1) e no texto de Juliano (D.1. 3. 32. 1) sobre o costume.

O problema do costume. No pensamento jurídico brasileiro repercute também este texto:

D. 1. 3. 32. 1.- *Iulianus libro XCIV. Digestorum. Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius, quod dicitur moribus constitutum. Nam quum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes; nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur* (Não sem razão se guarda como lei o costume inveterado e este é o direito que se diz constituído pelos costumes (*mores)*. Porque assim como as leis por nenhuma causa nos obrigam, senão porque foram recebidas pelo juízo do povo, assim também com razão observarão todos o que, sem estar escrito, aprovou o povo; porque: que importa que o povo declare a sua vontade com o sufrágio, ou com as mesmas coisas ou com fatos? Por isso que está muito bem aceito que as leis se derrogam não somente pelo sufrágio do legislador, como também pelo tácito consentimento de todos pelo meio do desuso).

O povo cria o direto: ou através da lei, ou dos magistrados eleitos, ou dos costumes, mesmo contra a lei.

O texto de Juliano, em cotejo com outras passagens do Digesto, pode ensejar certa controvérsia quanto à possibilidade de os costumes valerem *contra legem*, mas nele está celebrada a hipótesse de o povo abrogar, pelo *mos*, a lei formalmente válida, garantindo a sua última palavra sobre o Direito.

No Brasil, um célebre anteprojeto oficial (Decretos 51 005, de 1961 e 1 490, de 1962), de reforma da Lei de Introdução ao Código Civil, apresentado pelo Professor Haroldo Valladão ao Ministro da Justiça, propôs a respeito da revogação das leis:[9]

"Art. 49. A lei se revoga, no todo ou em parte, de forma expressa ou tácita, por lei posterior e por força do costume ou desuso, geral e contínuo confirmado pela jurisprudência assente." (grifei)

Aliás, aquele ilustre jurista brasileiro, na exposição de motivos de sua proposta, assinalou que "entre as principais inovações da Lei Geral que é profundamente democrática destacam-se a publicação imediata das leis pela ordem da promulgação; a sua ampla distribuição em avulsos no Brasil e no exterior; a sua vigência também na plataforma continental; a sua revogação por força do costume ou desuso geral e contínuo, confirmado pela jurisprudência, permitindo participação direta do povo no progresso jurídico..." E tomando emprestado de Teixeira de Freitas, uma epígrafe de seu "Esboço de Código Civil", anotou: "*quod omnes tangit, ab omnibus debet approbari*".

Haroldo Valladão, na justificação de sua proposta, depois de várias referências ao direito comparado e à doutrina, bem como aos anteprojetos anteriores, salienta estar "autorizando, assim, a contribuição efetiva da vontade popular por via direta na formação do direito positivo, desde que reconhecida e proclamada pela jurisprudência assente "e testemunha que há muitos anos defende "essa participação tão justa e necessária, e sobretudo democrática, do direito popular autêntico em nossa ordem jurídica".

Assinala reconhecer "ao povo, diretamente, aquilo que os seus representantes deixaram de fazer: mudar uma lei absolutamente incompatível com a opinião geral do país."

Haroldo Valladão salienta que o acompanharam, na proposta, dois outros eminentes civilistas brasileiros, Philadelfo Azevedo e Hahneman Guimarães, de acordo com a melhor doutrina pátria, fundada no direito romano e nas lições de Savigny; nas leis brasileiras e portuguesas do passado; na

[8] idem, ibidem. p. 334/335.

[9] cf. *Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas.* Rio de Janeiro, 1964.

opinião de inúmeros juristas brasileiros, dentre eles Ribas, Andrade Figueira, Cândido de Oliveira, Beviláqua, Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho.

Maquiavel. Na modernidade, Maquiavel retoma a classificação sêxtupla de Políbio sobre os governos, explicando que república em Roma, consubstancia o momento da organização do Estado popular e o surgimento dos tribunos, salientando que a idéia de que "sem uma população importante, bem armada, nenhuma república poderá jamais crescer." [10]

O apego maquiavélico à estabilidade leva ao elogio da república romana[11] e do poder popular:

"*Um povo que tem o poder, sob o império de uma boa constituição, será tão estável, prudente e grato quanto um príncipe. Poderá sê-lo mais ainda do que o príncipe reputado pela sua sabedoria. De outro lado, um príncipe que se liberou do jugo das leis será mais ingrato, inconstante e imprudente do que o povo.*[12]

"*Se se trata de um príncipe e de um povo submetidos às leis, o povo demonstrará virtudes superiores às do príncipe. Se neste paralelo, os considerarmos igualmente livres de qualquer restrição, ver-se-á que os erros cometidos pelo povo são menos freqüentes, menos graves e mais dóceis de corrigir.*" [13]

Jean bodin. Tão oposto ao funcionário de Florença, Jean Bodin nos ajuda a compreender a idéia do povo soberano, apesar de buscar fins absolutistas. Sendo o teórico da soberania:"poder absoluto e perpétuo de uma República", ele não considera Roma um modelo misto, porém uma república democrática. Se admitisse o governo misto, fracionada seria a soberania, que entende como um mal e a distingue do seu exercício: pode haver, por delegação do monarca, o exercício do governo por uma assembléia aristocrática ou democrática. A soberania é absoluta. O soberano não pode estar sujeto a outrem: o soberano (o povo ou o príncipe) é *legibus solutus*. Bodin estabelece as diferenças entre Estado e governo, i. é, entre o soberano e os magistrados (distinção que será retomada por Rousseau dois séculos mais tarde, para fazer residir a soberania unicamente no povo-expressão da vontade geral).[14]

Rousseau. Os calvinistas. Althusius. A lógica de Bodin é a mesma de Rousseau, para quem, igualmente, uma das características da soberania é a indivisibilidade. A soberania ou é única ou não existe.[15] Isso nada tem que ver com a divisão de poderes do governo. A soberania é que não se divide. Para os teóricos do governo misto, a república romana era um Estado, cuja soberania dividida entre os cônsules, o senado e o povo; para Bodin, tratava-se de um Estado democrático, onde o poder soberano residia no povo, tendo como órgãos executivos dessa vontade, soberana e singular, os cônsules e o senado.

Interessante anotar que os escritores calvinistas, chamados monarcômacos, tal como seu adversário Jean Bodin, embora enveredando por caminhos diferentes e chegando a conclusões liberais não compatíveis com a dos romanistas, foram, igualmente, influenciados pela idéia democrática do direito romano.[16]

A obra mais completa do período é a de Althusius-*Politica Methodice Digesta* (1603)-que trata, também do contratualismo. Ele é o último dos monarcômacos, inventor da teoria do duplo contrato, idéia típica do jusnaturalistas, define o *pactum societatis* (a multidão dispersa torna-se *populus*) e o pactum subiectionis (os indivíduos já constituidos em *populus* decidem criar uma estrutura estável, organizando um poder coercitivo).

---

[10] Idem, ibidem, p. 23 e seqts. e 39.

[11] cf. MARCÍLIO MARQUES MOREIRA. Maquiavel e a Renascença. Tempos Difíceis e Reflexão crítica. *Maquiavel: um seminário na Universidade de Brasília.* Brasília, UnB, 1981, p. 29-44.

[12] *Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio.* Trad. Sérgio Bath. Brasília, UnB, 1979, p. 185.

[13] *Comentários,* Livro I, Cap. LVIII, p. 186.

[14] BODIN, Jean (1530-1576). *Os seis livros da República,* 1576 (não se tem o texto. A última edição é fotomecânica da edição de Paris de 1583. Darmstadt, Scientia Verlag, 1977), cf. *Dicionário de Obras Políticas.* Coord. François Châtelet, Olivier Duhamel e Evelyne Pisier. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1993, p. 156 e segts.: v. tb. CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As Grandes Obras Políticas de Maquiavel a nossos dias.* 2. ed. Rio de Janeiro, Agir, 1966, p. 48 e segts.

[15] BOBBIO, Norberto. *A Teoria das Formas de Governo.* Brasília, UnB, 1980, p. 91.

[16] cf. BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant.* Brasília, UnB, 1984, p. 24 e segts.; POLETTI, Ronaldo. O Sufrágio Universal. *Revista Forense,* vol. 275. p. 13/43; PRÉLOT, Marcel. *Histoire des Idées Politiques.* 3. ed. Paris, Dalloz, 1966, p. 144. São monarcômacos François Hotman (1524-1590), Théodore de Bèze (1519-1605), Hubert Languet (1518-1581), Philipe Du Plessis Mornay (1549-1623) e Althusius (1557-1638).

Em Althusius há três idéias coincidentes com o Contrato Social de Rousseau: a idéia da soberania inalienável do povo; a idéia do exercício direto da soberania pelo povo, sem o que todo regime é tirania; a idéia do governo executivo mandatário do povo.[17]

O genebrino, por seu turno, reserva o Poder Legislativo exclusivamente ao povo, como característica da soberania.

São titulares da potestas: Deus, o povo, os magistrados, os *patres familiarum*. O *populus* é o titular, por excelência, da *potestas*.

Rousseau lembra que, em Roma, *"nenhuma lei recebia sanção, nenhum magistrado era eleito senão nos comícos"; "nenhum cidadão era excluido do direito do sufrágio"; "o povo romano era verdadeiramente soberano de direito e de fato".*[18]

Liberalismo e democracia. A Constituição brasileira de 1988 parece provocar o renascimento da dialéctica da democracia e do liberalismo, que é o regime da representação política, bem como para as tentativas de aprimoramento desse último, ou melhor, na intenção de minimizar os defeitos do governo parlamentar.

De qualquer maneira, a idéia democrática não morreu.

Está presente em Marx, que visualizou seus traços na Comuna de Paris, em 1871; em Lênin (*O Estado e a revolução, 1917*); na idéia da subordinação dos delegados do povo a seus eleitores, investidos aqueles de mandatos imperativos, portanto revogáveis; no governo de assembléia, sem qualquer delegação; no *referendo* e no *plebiscito*.

A temática não é estranha à modernidade, nem à contemporaneidade.[19] Em nossa época, a da revolução cibernética, é possível concretizar o sonho do plebiscito de todos os dias. A informatização computorizada afasta a crítica da impossibilidade de reunir-se o povo na praça. Já no século passado, Ledru-Rollin (*Du gouvernement direct du peuple. 1851*) foi precursor da idéia de um fórum factível, em face do progresso tecnológico na comunicação.[20]

Seria o caso de indagar, nos tempos contemporâneos, de extraordinária e inesperada possibilidade de comunicação, através dos satélites e dos computadores, da qual somos testemunhos todos os dias, se o argumento da inviabilidade material da democracia direta ainda persiste?

Kelsen. O próprio Hans Kelsen, que parece haver influenciado na elaboração da Carta brasileira de 88, depois de opor aquele argumento, proclama que *"a democracia do Estado moderno é a democracia indireta, parlamentar, na qual a vontade geral diretiva não é formada senão por uma maioria de eleitos da maioria dos titulares dos direitos políticos. Os direitos políticos-vale dizer, a liberdade-reduzem-se a um simples direito de voto."* O grande jurista austríaco, no entanto, confessa que a técnica democrática da representação liberal está, como técnica necessária, imune às críticas, valendo como uma espécie de ficção, da qual não há conveniência de afastar-se. E inobstante isso, Kelsen admite certa reforma do Parlamento e da democracia pelos partidos, cogitando do plebiscito para alguns casos, da iniciativa popular das leis e do retorno do mandato imperativo, além da superação da irresponsabilidade e imunidade dos parlamentares pela adoção do princípio da fidelidade partidária.[21]

Outras formas de participação popular na constituição brasileira. A participação popular, presente na Constituição brasileira de 1988, se revela, ainda, na possibilidade de representação judicial e extrajudicial pelas entidades associativas de seus filiados (art. 5 XXI); na atribuição aos sindicatos da defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, mesmo em questões judiciais e administrativas (art. 80, 111); na garantia de os empregados de uma empresa elegerem seu representante para entendimento direto com os empregadores (art. 11); na participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação (art. 10); na possibilidade de o povo

[17] cf. PRÉLOT, op. cit., p. 271.

[18] *O Contrato Social*, Livro IV, Cap. IV.

[19] BRACCO, Fabrizio. *Democrazia diretta e democrazia rappresentativa nel dibattito tra democratici e socialisti in Francia. 1850-1851*, estrato da *Assemblee di Stati e Istituzioni Rappresentative nella Storia del Pensiero politico moderno (secoli XV-XX). Atti del Convegno internazionale tenuto a Perugia dal 16 al 18 settembre 1982. Annali della Facoltá di Scienze Politiche. a. a. 1982-1983.*

[20] cf. CATALANO, Pierangelo. *Tribunato e Resistenza.* Torino, Paravia, 1971, p. 118/119.

[21] KELSEN, Hans. Essência e Valor da Democracia. *Arquivos do Ministério da Justiça.* Brasília, 40 (170): 63-127. out. / dez. 1987.

examinar, apreciar e questionar a legitimidade das contas dos municípios, que ficarão à disposição dos contribuintes por sessenta dias (art. 31, par. 30); no caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa da seguridade social (saúde, previdência e assistência social), com a participação da comunidade, em especial dos trabalhadores, empresários e aposentados (art. 194, VII); no mandado de segurança coletivo, impetrável por partido político, organização sindical, entidade de classe ou associação constituída (art. 50, LXX); na ampliação do espectro da ação popular movida por qualquer cidadão para anular ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (art. 50, LXXIII).

A ação popular na constituição brasileira de 1988. A Constituição brasileira de 1988 declara que "*qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência*" (art. 59, LXXIII)

A ação popular já existia no ordenamento constitucional e ordinário brasileiro, apenas a Carta de 88 lhe deu um espectro maior, incluindo em seu objeto a preservação da moralidade administrativa e do meio ambiente.

A Lei 4 717, de 29 de junho de 1965, que regula a ação popular, reservou um lugar preeminente ao Ministério Público, que vem definido no texto constitucional como "*instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático dos interesses sociais e individuais indisponíveis*" (art. 127, 19).

Aquela lei determina que "*o Ministério Público acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade civil ou criminal, dos que nela incidirem, sendo-lhes vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores*" (art. 60, 40); e que "*se o autor desistir da ação ou der motivo à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstas no art. 70, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação*" (art. 90)

A referência à posição do Ministério Público na ação popular implica, necessariamente, uma rima com a idéia do tribunato também em relação a outros aspectos da competência daquela instituição no constitucionalismo brasileiro.

O ministério público. Defensor do povo. No Brasil, antes da Constituição de 1988, no momento pré-constituinte, foram intensos os debates sobre a idéia da criação daquilo que a imprensa chamou de "*defensor do povo*".

Antes, já se discutira, mesmo na circunstância bizarra do ambiente tropical, o *ombudsmand* escandinavo.

A Constituição anterior acenava que a lei "*regulará o processo de fiscalização, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, dos atos do Poder Executivo, inclusive os da administração indireta*" (art. 45)

Muitos visualisaram naquele dispositivo uma repercussão do instituto nórdico: designação pelo Legislativo, através de lei, de uma ou duas pessoas, que não sendo membros do Parlamento, teriam a seu cargo o controle dos atos da Administração civil e militar do Estado.

Colocou-se, logo, o problema: o povo precisa ser defendido, não apenas diante do Executivo, mas perante o Legislativo, em face da ação dos legisladores indiretos. O ombudsmand é o representante dos representantes, o comissário nomeado pelo Parlamento. Ele pode ser exonerado de suas funções, se perder a confiança do Parlamento, mas enquanto as exercer é inteiramente independente. Trata-se de um Comissário-Parlamentar.

No desdobramento do debate constitucional, o desejo de ter-se um defensor do povo dirigiu-se para o Ministério Público, ampliando e institucionalizando suas funções, embora algumas delas ele já as possuisse, em todos os níveis (federal e estadual) e perante todas as justiças (estaduais, federais, do trabalho e militar).

Apesar de o Ministério Público não ter uma origem popular (seus cargos são providos por concurso público), a instituição adquiriu grande relevância, autonomia administrativa e funcional, assumindo o exercício de funções, que podem ter alguma semelhança com as tribunícias.

Dentre as funções institucionais do Ministério Público (Constituição, art. 129) estão as de promover a ação penal pública e de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados constitucionalmente, promovendo as medidas necessárias a sua garantia.

Compete-lhe, também, promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; bem como promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição.

Função relevante do Ministério Público diz respeito à defesa judicial dos direitos e interesses da população indígena (Constituição, art. 129, V) e à obrigatoriedade de intervir em todos os atos de processos judiciais movidos pelos índios, suas comunidades e organizações (art. 232).

Além disso, compete ao Ministério Público o exercício do controle externo da atividade policiai, podendo requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial.

A legitimação do Ministério Público para as ações civis não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses.

No caso da proteção do patrimônio público e social e do meio ambiente e dos interesses difusos, o ordenamento brasileiro oferece, além da já referida ação popular, outros exemplos.

A Lei nº 8 625, de 12 de fevereiro de 1993, que institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados, procurou instrumentalizar (cf. art. 26) o Ministério Público de maneira a possibilitar-lhe as condições para executar as suas funções. Assim facultou-lhe, na instauração do inquérito civil, expedir notificações para colher depoimento, bem como requisitar força para a condução coercitiva da testemunha; requisitar informações, exames periciais e documentos às autoridades de todos os níveis; promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades de todos os níveis e de todos os poderes.

Cabe, ainda, ao Ministério Público sugerir ao Poder competente a edição de normas e a alteração da lei.

Além disso, a lei (cf. art. 27) declara caber ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garanti-lhe o respeito pelos poderes estaduais ou municipais, bem assim pelos órgãos da Administração, pelos concessionários e permissionários de serviço público, e, ainda, por entidades que exerçam outra função delegada do Estado ou Município ou executem serviço de relevância pública.

Assinale-se que a lei nº 7 347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagísitico, proclama que "qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção" (art. 60) e "se, no exercício de suas funções, os Juízes e Tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis" (art. 70)

Essa ação civil pública, ao ser movida, não exclui a ação popular em igual sentido, e pode propor a responsabilidade por danos causados a qualquer outro interesse difuso ou coletivo (art. 19, caput e IV).

Por sua vez, a Lei nº 8 078, de 11 setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor, estabelece que "a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser execida em juízo individualmente, ou a título coletivo" (art. 81, caput), proclamando que a defesa coletiva será exercida quando se tratar de interesses ou direitos difusos ou coletivos.

A própria lei define os interesses ou direitos difusos como os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

E os interesses ou direitos coletivos os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica. (art. 81, parágrafo único).

Р. ПОЛЕТТИ

ОТРАЖЕНИЕ РИМСКОГО ПУБЛИЧНОГО ПРАВА В БРАЗИЛЬСКОМ КОНСТИТУЦИОНАЛИЗМЕ.

(РЕЗЮМЕ)

Римское право представляет собой не только исторический факт, но, существуя в современных правовых институтах, в силу своего постоянного воздействия является элементом современной цивилизации. В этом смысле можно утверждать, что идея римского права жива.

В бразильском конституционализме римское право находит свое отчетливое отражение. Исходя из предположения, что римская идея демократии основывается на концепции народного суверенитета, реализуемого в том, что народу принадлежит последнее слово в отношении права, так как он прямым образом голосует за законы, избирает магистратов, пользуется potestas tribunicia, можно заключить, что отражения римского публичного права (в частности, демократической идеи и трибуната) в бразильском конституционализме весьма заметны. Это можно проследить на разных этапах становления бразильского законодательства.

В преамбуле первой бразильской конституции 1824 г., дарованной императором Д. Педру I спустя почти два года после провозглашения независимости, две идеи заставляют вспомнить трибунат и законы империи: использование титула Защитника Бразилии и народное происхождение власти императора. Эта позиция соотносима со средневековыми юридическими идеями Ульпиана. При этом ульпианова фраза "что угодно государю - то имеет силу закона" не имеет автократического оттенка, поскольку народ свою власть передал именно государю. В отношении этого переноса власти существуют две гипотезы: translatio imperii и concessio imperii, разница между которыми в том, что в первом случае народ полностью отказывается от своего суверенитета в пользу государя, а во втором передается только исполнение власти на определенных условиях и на определенное время. Марсилий Падуанский полагал, что обе власти в государстве принадлежат народу, но в то время, как законодательная является исключительной и неделегируемой, исполнительная может быть объектом передачи. Эти идеи оказали влияние и на концепцию "народа-суверена" Руссо.

Гл. 19 бразильской Конституции, определяющая империю Бразилии как "политическое объединение всех бразильских граждан", воспроизводит определение народа, данное Цицероном. Римская терминология возникает и при определении тех, кто является бразильцем. Власть императора с ее правом вето рассматривается как власть сдерживающая, нейтральная, и в этом смысле император Бразилии согласно Конституции рассматривается как верховный глава нации и ее первый представитель, поддерживающий гармонию и баланс политических сил. Эта potestas tribunicia после провозглашения республики была передана главе государства.

Другое отражение римского публичного права в бразильском конституционализме содержится в идее республиканской диктатуры, которая в Бразилии испытала сильное влияние позитивизма. Принятие в расчет позитивизма важно для понимания бразильской политической жизни. Идеи позитивистов, требующих объединения исполнительной и законодательной власти, повышение роли диктаторов, принятия новой Конституции, определяют желательное правление как федеративное, республиканское и диктаторское. Заметной фигурой является Жулио де Кастильюш, чья позиция имеет в Бразилии значительное число последователей. Они подвергаются критике за приверженность прямой демократии, подобной античной, в которой плебисцит рассматривается как идеальная форма народного участия. Бразильская Конституция 1988 г. гласит, что всякая власть исходит от народа и осуществляема через его представителей или же прямым образом посредством плебисцита, референдума и народной законодательной инициативы.

Идея прямой демократии является римской. Демократия в рамках римского права есть политический режим, где народ осуществляет суверенную власть, принимая решения в соответствии с законами, что согласуется с текстом законов XII таблиц. В концепции populus прослеживается отношение между общественной властью (imperium, auctoritas) и властью народа в смысле comitia. Идея демократии как одна из фундаментальных в Риме исходит из концепции народа как суверена. Концепция народа как некоего единства, достигшего согласия ради права и общих интересов дошла до нас от античности, от Цицерона. Полибий, которому приписывается теория смешанного правления не колебался в том, чтобы функцию назначения граждан для отправления общественных должностей отнести к прерогативам народа. В свою очередь и средневековые юристы поддерживали теорию народного суверенитета.

Для характеристики бразильской юридической мысли показателен текст юлиановых

Дигест (D.1.3.32.1), затрагивающий соотношение обычая, закона и права: народ порождает право либо через закон, либо через избираемых магистратов, либо через обычаи, которые могут противоречить закону. Эта возможность оппозиции закона и обычая существует и в современном бразильском законодательстве. За народом в принципе признается право изменять закон в соответствии с "общим мнением страны" и эта точка зрения основана на римском праве, истории бразильского и португальского законодательства и находит поддержку в трудах многих бразильских юристов.

В новое время проблема соотношения закона, народа и государя, занимала Макиавелли, который восстановил шестичастную схему форм правления Полибия и обращался к теме римской республики и народной власти в "Комментариях к первой декаде Тита Ливия", подчеркивая, что "никакая республика никогда не может существовать без значительного, хорошо вооруженного населения". В противоположность ему Жан Бодэн, не рассматривая Рим как смешанную модель, суверенитет считал абсолютным, полагая, что суверен не может быть чьим-либо подданным, суверен (народ или государь) есть legibus solutos. Бодэн видел различия между государством и правлением, сувереном и магистратами (которые два века спустя будут воспроизведены Руссо, чтобы наделить суверенитетом только народ - выразителя общего желания). По логике Бодэна и Руссо суверенитет неделим и либо единственен, либо не существует. Если теоретики смешанного правления видели в римской республике государство, чей суверенитет был разделен между консулами, сенатом и народом, то, по мнению Бодэна, речь шла о демократическом государстве, в котором суверенной властью обладал народ, имевший сенат и консулов в качестве исполнительных органов своей исключительной суверенной воли.

Интересно отметить, что монархомахи-кальвинисты, испытывали влияние римского права через свою идею демократии. Альтузиус, один из известных авторов того времени, сходился с Руссо и в идее неотчуждаемого суверенитета народа, и в идее прямого использования суверенитета народом, и в идее исполнительного правления, назначаемого народом.

Традициям римского права не чужды ни новое время, ни современность. Компьютерная информатизация и новые коммуникационные возможности позволяют по-новому взглянуть на референдумы, плебисциты и т. п. Бразильская Конституция 1988 г. как режим политического представительства обеспечивает многие формы народного участия и показывает, что идея демократии не умерла.