

REVISTA

ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA

ISSN 2675-6714. v. 3, n. 2 (maio-ago. 2022)



Neste número:





REVISTA

ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA

ISSN 2675-6714
Volume 3, número 2 (maio-ago. 2022)

Fundadores

Professor Doutor Richardson Xavier Brant
Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso

Editor

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros

Montes Claros, Minas Gerais, Brasil

2022

REVISTA ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA
©COPYRIGHT: ASSOCIAÇÃO DE LETRAS JURÍDICAS DE MONTES CLAROS

REVISTA ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA
PERIODICIDADE: Quadrimestral (v. 3, n. 2, maio-ago. 2022)
Revista fundada em maio de 2020 pelo Professor Doutor Richardson Xavier Brant e pelo
Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso.

Histórico dos Editores da Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso – de maio de 2020 até ...

Editor

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso - Montes Claros, Minas Gerais, Brasil.

Conselho Editorial

Professora Doutora Alessandra Galli Aprá - Escola da Magistratura do Paraná (EMAP), Curitiba - Paraná, Brasil.	Professor Doutor José María Pérez Collados - Facultat de Dret – Universitat de Girona - Girona, Espanha.
Professora Doutora Alessia Megliacane - Centre Georg Simmel da Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales de Paris - Paris, France.	Professor Doutor Omar Huertas Díaz - Universidad Nacional de Colombia - Bogotá, Colombia.
Professora Doutora Aranzazu Roldán Martínez - Universidad Europea de Madrid - Madrid, Espanha.	Professora Doutora Paula Quintas - Universidade Portucalense; Instituto Superior de Entre Douro e Vouga (ISVOUGA) - Porto, Portugal.
Professora Doutora Carmen Grau Pineda - Universidad de Las Palmas de Gran Canaria - Las Palmas de Gran Canaria, Espanha.	Professor Doutor Richardson Xavier Brant - Universidade Estadual de Montes Claros - Montes Claros - Minas Gerais, Brasil.
Professor Doutor Diego Megino Fernández - Universidad de Burgos - Burgos, Espanha.	Professora Doutora Rocío Martín Jiménez - Universidad CEU San Pablo de Madrid - Madrid, Espanha.
Professora Doutora Irene Maria Portela - Instituto Politécnico do Cávado e do Ave - Barcelos, Portugal.	Professora Doutora Tatiana Ribeiro Viana - Roma, Itália.
Professor Doutor J. Eduardo López Ahumada - Universidad de Alcalá - Madrid, Espanha.	

Organização, padronização e revisão linguística

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

Diagramação/editoração gráfica/leiaute da capa

Maria Rodrigues Mendes

Ficha Catalográfica

Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica. Vol. 3, n.º 2. Montes Claros/MG, Brasil, Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, 2022.

Quadrimestral

ISSN: 2675-6714

1. Literatura jurídica. 2. Letras jurídicas. 3. Cultura jurídica. 4. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros. 5. Iniciação Científica.

CDU: 34:008(05)(06)

Catálogo: Vinicius Silveira de Sousa - Bibliotecário - CRB6/3073

ASSOCIAÇÃO DE LETRAS JURÍDICAS DE MONTES CLAROS

Endereço: R. Francisco Versiane Ataíde, 389/703, Bairro Cândida Câmara, Montes Claros, Minas Gerais, Brasil, CEP 39401-039.

Correspondência e submissão de artigos

(ver normas de publicação, nas últimas páginas desta Revista):
revista.ultracontinental@gmail.com

Achoimre
Contents
Crynodeb
Kokkuvõte
Қорытынды
Kopsavilkums
Összefoglalás
Overzicht
Özet
Përmbledhje
Резиме
Резюме
Podsumowanie
Povzetek
РЭЗИУМЭ
Resum
Resumé
Resumen
Rezumat
Sammanfattning
Sammendrag
Santrauka
Sažetak
Sommaire
Sommario
Sommarju
Souhrn
Summary
Yfirlit
Yhteenvedo
Zhrnutie
Zusammenfassung
Περίληψη

SUMMARIO

APRESENTAÇÃO	6
 DOUTORADO	
Edson da Graça Francisco Macuácu O sistema constitucional dos direitos fundamentais em Moçambique.....	14
George Mousourakis Comparative law before 1900.....	44
Gianluca Ruggiero Un giurista dimenticato: Raul Alberto Frosali.....	78
José Joaquín Jiménez Vacas De la gobernanza, liderazgo y ética pública.....	102
Paula do Couto Quintas Teletrabalho no domicílio e reserva da vida privada.....	117
 MESTRADO	
Adélia Alves Rocha Leandro Gabriel Moura Teixeira Mota O reconhecimento da prescrição intercorrente nos processos administrativos de apuração de infrações ambientais nos estados-membros e municípios: a via de mão dupla entre a perda da pretensão jurídica punitiva e a garantia ao direito fundamental à razoável duração do processo.....	132
 ESTUDOS CONTINUADOS	
Richardson Xavier Brant Parecer.....	154
Waldir de Pinho Veloso Lançamento do livro “Mediação e conciliação: aspectos teóricos e práticos do tratamento adequado dos conflitos de interesse”.....	164
CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO	170

Cyflwyniad
Cur i Láthair
Bemutatás
Erindi
Esittely
Ettekanne
Præsentation
Präsentation
Predstavenie
Predstavitev
Presentació
Presentación
Presentatie
Presentation
Présentation
Presentatioun
Presentasjon
Presentazione
Prezantim
Prezentace
Prezentacija
Prezentācija
Prezentacja
Prezentare
Prezentazzjoni
Pristatymas
Sunum
Taisbeanadh
Тұсаукесер
Παρουσίαση
Презентација
Презентация
Презентація
Прэзентацыя
Представяне

APRESENTAÇÃO

O fechamento do segundo quadrimestre civil do ano de 2022 representa o momento oportuno para ser mostrado ao mundo a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**. Esse veículo científico alcança o segundo número do terceiro ano de existência. E se firma em dois pontos, dos quais procura não se afastar: a qualidade dos textos científicos selecionados para a publicação e a abrangência que ultrapassa Continentes. De fato, neste volume 3, número 2, correspondente ao quadrimestre de maio a agosto de 2022, a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** publica autores de quatro Continentes.

Aos costumes, são apresentadas as Seções e, dentro de cada uma delas, os autores figuram em ordem alfabética.

DOUTORADO

MOÇAMBIQUE. O Continente africano está representado e provando que, de fato, esta é uma **Revista Ultracontinental (de Literatura Jurídica)**. A colaboração vem do **Professor Doutor Edson da Graça Francisco Macuácuá**, e recebe o título de “O Sistema Constitucional dos Direitos Fundamentais em Moçambique”. O trabalho científico começa decifrando “Direitos Fundamentais” e, em seguida, dedica muitos detalhes acerca das normas que a Constituição da República de Moçambique traz em suas entranhas. Sempre, direcionados aos Direitos Constitucionais Fundamentais. O título (III) da Constituição da República de Moçambique tem cinco capítulos. E cada um deles é credor de especificação, estudo, demonstração e detalhamento. O estudo do texto, com segurança, ajuda aos constitucionalistas de várias partes do mundo em seus conhecimentos, especialmente como parâmetro de comparação. Vez por outra, o autor relembra direitos – especialmente, de petição à Suprema Corte – de outros países, especialmente Portugal (Pátria-Mãe) e Angola (Pátria-Irmã).

JAPÃO. Com publicações de livros e artigos científicos em diversas partes da Ásia e da Europa, o **Professor Doutor George Mousourakis** colabora para

o engrandecimento da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** com o artigo denominado “Comparative law before 1900”. O título do estudo já indica dois focos: o Direito Comparado e a concentração ou delimitação do tempo para antes do ano 1900. E, em verdade, volta muito no tempo, buscando Revistas de Direito Comparado e de Direito Internacional de vários séculos (muitas delas, em atividade até os presente dias e se fixando rumo à eternidade, visto já terem superado as fases mais difíceis). Os autores, também, são os mais variados. Uma simples olhada na bibliografia, ao fim do texto, já indica o elevado número de livros e revistas que foram objeto da pesquisa. Uma profunda pesquisa. O estudo mostra as leis europeias a partir do século XIX. E aponta para a necessidade de um mergulho na análise da ciência do Direito à luz das regras jurídicas da atualidade. Mas, para chegar a esse ponto, o autor descreveu o Direito Comparado da época do Renascimento e do Iluminismo e a influência do racionalismo científico. Trata-se de um trabalho científico digno de ser consultado em diversas, repetidas e intermináveis vezes.

ITÁLIA. A Escola Positiva de Direito, em relação à Itália, teve muitos autores que são expoentes e luzes para todo o mundo. A primeira metade do século XX foi marcada por grandes autores, integrantes da Escola Positiva de Direito. Pessoas como Piero Calamandrei e Norberto Bobbio foram autores que figuraram como objeto de estudo no artigo científico que leva o título “Un Giurista Dimenticato: Raul Alberto Frosali”, de autoria do **Professor Doutor Gianluca Ruggiero**, da Università del Piemonte Orientale, da cidade italiana de Alessandria. Assim, atualizando a lista dos autores em destaque: o principal foco é sobre a obra, vastíssima e imponente, do jurista Raul Alberto Frosali. E há muita justiça nesse estudo. Sem a projeção internacional de outros dos seus pares, o jurista Raul Alberto Frosali é autor de inúmeros artigos – publicados nas principais veículos científicos da Itália do meio do século XX – e, principalmente, autor de muitos livros. Somente para este artigo científico ora apresentado, o autor Gianluca Ruggiero enumerou dezenove publicações. Todas, muito bem estudadas para mostrar a grande contribuição do jurista Raul Alberto Frosali para com as ciências jurídicas. O texto é resultado de uma pesquisa em incontáveis obras jurídicas, em especial as publicações mais influentes da Itália na época em que o homenageado estava em franca atuação na arte de produção textual jurídica.

ESPANHA. O artigo “De la Gobernanza, Liderazgo y Ética Pública” começa anunciando como se fosse sobre Administração Pública. Com o desenrolar da leitura, é possível notar que engloba áreas que passam pelo Direito Administrativo (principalmente), Filosofia do Direito e História do Direito. Como tudo está ligado a uma área maior, há também submissão ao Direito Constitucional. O autor é o **Doutor** em Direito **José Joaquín Jiménez Vacas**, espanhol que já publicou diversos textos – artigos e livros próprios e capítulos de livros de autoria coletiva

– que envolvem o Direito Administrativo. O artigo relata a verdade de que até as revoluções e mudanças de caminhos na área da Administração Pública têm que vir acompanhadas de ordenamento jurídico que se encaixa na (nova) ordem. Especialmente, princípios como pacto social, soberania nacional, divisão de poderes e fixação e cumprimento dos direitos individuais dos cidadãos. De mãos dadas com a evolução, o que o artigo mostra é que a forma de governar, em época cibernética (*e-governo*) ainda tem que obedecer às regras das leis e da ética na aplicação em favor – ou contra – os administrados. Especialmente, faz referência aos direitos econômicos e sociais e à denominada segunda geração dos direitos constitucionais. Reconhece, por último, que os tempos atuais não permitem mais uma liderança administrativa local, pois o direito se tornou global.

PORTUGAL. A **Professora Doutora Paula do Couto Quintas**, além de atuar como Professora Universitária, tem livros publicados na área de Direito do Trabalho. Ativa, dinâmica e atualizada, seus livros recebem edições renovadas a cada temporada. E várias Universidades adotam seus livros. Especialmente para a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, a Professora Paula Quintas escreveu o artigo “Teletrabalho no Domicílio e Reserva da Vida Privada”, abordando os aspectos que a legislação portuguesa inseriu, recentemente no Código do Trabalho e em normas especiais, com referência à regulamentação da forma de o trabalho ser desenvolvido à distância. O foco especial recai sobre o controle da produtividade, o controle do horário do desenvolvimento do trabalho à distância, e partes próprias que a lei reservou para que o empregador – ou alguém por ele – possa até visitar o desenvolvedor do trabalho à distância, visto que esse trabalho é levado a efeito na casa do contratado. O artigo científico ainda fala da privacidade e os direitos que os trabalhadores têm na relação do trabalho à distância, visto que utilizam da própria residência para o exercício profissional, o que fez com que a lei portuguesa se preocupasse até com a regularização da captura de imagens e do sons do empregado em seu local de trabalho.

MESTRADO

BRASIL. As questões relacionadas ao Direito Administrativo têm liame mais constantes com outras área do Direito. A Administração Pública deve obediência ao Direito Constitucional, ao Direito Tributário e ao Direito Ambiental, além do óbvio vínculo ao Direito Administrativo. Visando ligar os Direitos Administrativo e Ambiental, a **Professora Mestre** (com Doutorado em andamento) **Adélia Alves Rocha** e o **Professor Leandro Gabriel Moura Teixeira Mota**, uniram-se para

escrever o artigo científico “O Reconhecimento da Prescrição Intercorrente nos Processos Administrativos de Apuração de Infrações Ambientais nos Estados-Membros e Municípios: a Via de Mão Dupla Entre a Perda da Pretensão Jurídica Punitiva e a Garantia ao Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo”. O título já explica: há um princípio constitucional da duração razoável do processo e há normas determinando a prescrição intercorrente em processos administrativos. Mas, nem todos os Estados-membros e os Municípios têm leis locais determinando a aplicação da prescrição intercorrente em se tratando de processo administrativo. O foco principal do texto científico é relacionado aos processos administrativos da área do Direito Ambiental, mas a ausência de legislação local atinge outros segmentos. Por isso, além do tema central do artigo (Direito Ambiental e Direito Administrativo), há aplicação das explicações dos autores em relação a outras aplicações (como o Direito Tributário) das regras dos procedimentos administrativos no seio da Administração Pública em níveis estaduais e municipais.

ESTUDOS CONTINUADOS

BRASIL. Quando atuava como Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Montes Claros, o **Professor Doutor Richardson Xavier Brant** recebeu do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais a incumbência de estudar um Projeto de Lei estadual que retirava a competência de os Juízes das Varas de Execuções Penais darem destino aos valores do Fundo Penitenciário Estadual. O Projeto de Lei visa alterar redação de Lei Estadual de 1994. O estudo foi feito à luz da Constituição, do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execuções Penais. Todas, legislações federais. Como resultado, foi emitido um Parecer, o que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em reunião, aprovou como sendo próprio para apresentar aos legisladores – por sinal, após os argumentos contidos no Parecer, houve o encerramento do trâmite do Projeto de Lei. O Parecer se mostra como um estudo técnico, impessoal, e tem fulcro principal no fato de a Constituição Federal reservar para a União a competência para legislar sobre algumas específicas matérias. O autor do Parecer mostrou, em seu texto, que a proposta de alteração da Lei estadual feria o texto constitucional, por ser matéria que os Estados-membros não podem, sequer de forma concorrente, exercer o papel de legisladores.

BRASIL. Os Juízes de Direito Richardson Xavier Brant e Juliano Carneiro Veiga coordenaram o livro “Mediação e Conciliação: aspectos teóricos e práticos do tratamento adequado dos conflitos de interesse”. Em vez de uma resenha especificando o conteúdo do livro, a **Revista Ultracontinental de Literatura**

Jurídica publica um texto que aborda o processo criativo, a reunião dos autores para compor o livro, o trabalho de coordenação e algumas referências acerca da edição do livro. Trata-se de um discurso pronunciado no dia do lançamento do livro, evento que contou com a participação do Coordenador do livro Richardson Xavier Brant e de diversos dos coautores. As pessoas da comunidade que adquiriram o livro, no dia do lançamento, colaboraram com entidades que cuidam de pessoas em situação de rua e da reprofissionalização dos presos, uma vez que o Coordenador do livro doou para essas duas instituições os exemplares suficientes não somente para a venda durante a noite do lançamento, como também para que continuem, em seus ambientes, a campanha em prol dessas pessoas vulneráveis (em situação de rua) e das pessoas carentes de uma profissão que as faça voltar à atividade, quando deixarem a prisão.

Vencido, pois, o segundo quadrimestre de 2022, a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** vem a lume apresentar os textos jurídicos. E o faz unindo Continentes, aproximando distâncias físicas de demonstrando que a sua abrangência internacional – ou melhor, ultracontinental – continuam se diversificando. África, América, Ásia e Europa são os Continentes representados nesta edição.

Os passos largos, na busca da consolidação, são condutores da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** para diversas partes do mundo. Com ela, seus autores e seus leitores.

Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso
Editor

Autoria

Desde sua criação, em maio de 2020, a Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica já publicou (incluindo este número):

Urheberschaft

Seit seiner Gründung im Mai 2020 veröffentlicht das Ultracontinental Journal of Legal Literature ist bereits erschienen (einschließlich dieser Ausgabe):

Authorship

Since its creation in May 2020, the Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica (Ultracontinental Journal of Legal Literature) has published (including this issue):

Paternidad literaria

Desde su creación en mayo de 2020, la Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica ya ha publicado (incluido este número):

Paternité

Depuis sa création en mai 2020, le Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica a déjà publié (y compris ce numéro):

Paternità

Dalla sua creazione nel maggio 2020, la Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica há già pubblicato (incluso questo numero):

Colocação <i>Rangfolge</i> Ranking <i>Colocación</i> Classement <i>Classifica</i>	Origem dos autores por países <i>Herkunft der Autoren nach Land</i> Authors' origin by country <i>Origen de los autores por país</i> Origine des auteurs par pays <i>Origine degli autori per paese</i>	Número de artigos publicados <i>Anzahl der veröffentlichten Artikel</i> Number of articles published Numero de artículos publicados Nombre d'articles publiés <i>Numero di articoli pubblicati</i>
1.º	Espanha	18
2.º	Brasil	15
3.º	Argentina	09
4.º	Portugal	08
5.º	Estados Unidos	03
	Itália	03
	Japão	03
	México	03
9.º	Colômbia	02
	França	02
	Moçambique	02
12.º	Canadá	01
	Índia	01
	Polónia	01
	Suíça	01
	Turquia	01
	Uruguai	01

Céim Dochtúireachta
Ceum Dotaireachd
Ступень Доктара
Daktaro Laipsnis
Diploma de Doctorat
Diplomë Doktorature
Doctoraat
Doctorado
Doctorat
Doctorate Degree
Doktora Derecesi
Doktora Grāds
Doktorat
Doktorát
Doktorgrad
Doktori Fokozat
Doktorikraad
Doktorsexamen
Doktorspróf
Dokortitel
Dottorato
Doutoramento
Gradd Doethuriaeth
Grad ta 'Dottorat
Gradën e Doktoratës
Llicenciat de doctorat
Titulado de Doutoramento
Tohtorin Tutkinto
Доктор Дәрежесі
Докторантура
Докторат
Докторський Ступінь
Докторска Степен
Докторска диплома
Докторская Степень
Докторлық Дәрежесі
Διδακτορικό

DOCTORADO

O SISTEMA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM MOÇAMBIQUE

EDSON DA GRAÇA FRANCISCO MACUÁCUA¹

RESUMO

O presente trabalho tem como objecto de estudo o sistema dos direitos fundamentais em Moçambique. O ponto de partida é a demarcação do conceito de direitos fundamentais, após o qual se aborda a sistemática da consagração dos direitos fundamentais na Constituição moçambicana. Em seguida, discute-se sobre a problemática do dualismo ou dicotomia entre os direitos, liberdades e garantias e os direitos económicos e sociais e, por fim, aborda-se o regime específico dos direitos fundamentais, nomeadamente a perspectiva material e aberta dos direitos fundamentais, a interpretação dos direitos fundamentais, a aplicação directa e imediata dos direitos fundamentais e, consequentemente, a vinculação de entidades públicas e privadas.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais, Constituição da República, Liberdades e Garantias, Direitos económicos, sociais e culturais.

ABSTRACT

The purpose of this study is to consider the fundamental rights system in Mozambique. The starting point is the unpacking of the concept of fundamental rights, following which a systematic review of the fundamental rights enshrined in the Constitution of Mozambique shall be undertaken. Next, we shall look at the issue of dualism or dichotomy between rights, freedoms and guarantees, and the economic and social rights and, lastly, we will discuss the specific fundamental rights regime, namely in the material and open perspective of the fundamental rights, the interpretation of fundamental rights, and the direct and immediate application of fundamental rights and, consequently, the binding of both public and private entities.

Key-words: Fundamental Rights, Constitution of the Republic of Mozambique, Freedoms and Guarantees, Economic, Social and Cultural Rights.

¹ Doutor em Direito, Docente Universitário e Advogado. *e-mail:* macuacua.edson@gmail.com

1 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Uma das mais importantes conquistas decorrentes do triunfo do constitucionalismo e do Estado Democrático reside na consagração dos direitos fundamentais que visam garantir a protecção da dignidade da pessoa humana.

A propósito da relação entre os direitos fundamentais, o constitucionalismo e o Estado de Direito, Cristina Queiroz (2010, p. 49) chama a atenção, para que os direitos fundamentais não sejam compreendidos numa dimensão “técnica” de limitação do poder do Estado; mas, sim, como elementos definidores e legitimadores de toda a ordem jurídica positiva, pois proclamam uma “cultura jurídica” e “política” determinada, numa palavra, em concreto e objectivo e “sistema de valores”.

Segundo Jorge Bacelar Gouveia, os direitos, nascem da Revolução Constitucional e Liberal, representando a atribuição às pessoas de posições subjectivas de vantagens, numa relação directa com o Estado-Poder, dentro de uma percepção-total inovadora para a época, com as seguintes marcas definidoras (GOUVEIA, 2015, p. 296-297):

- direitos fundamentais de fundamento jusracionalista, já que o Estado deveria apenas declarar – e não criar – tais direitos, estes se apresentando, por seu lado, como o produto da natureza humana, descoberta pela “razão racionante”, com base nas concepções contratualistas então triunfantes;
- direitos fundamentais de feição negativa, na medida em que correspondiam a posições de distanciamento, de autonomia, de separação e de liberdade das pessoas contra o poder político;
- direitos fundamentais de força constitucional, pois que eles deveriam ser consagrados ao nível dos textos constitucionais formais, com isso se prescrevendo a fonte costumeira e alcançando-se os mesmos ao nível supremo da Ordem Jurídica Estadual;
- direitos fundamentais de cunho individual, uma vez que cada indivíduo, segundo a doutrina do liberalismo político então reinante, representaria uma necessidade de protecção perante o poder público.

De acordo com Jorge Miranda, direitos fundamentais são direitos ou as posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou

institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material (MIRANDA, 1986).

Esta dupla noção – pois os dois sentidos podem ou devem não coincidir – pretende-se neutra e capaz de permitir o estudo de diversos sistemas jurídicos, sem escamotear a atinência das concepções de direitos fundamentais com as ideias de Direito, os regimes políticos e as ideologias (MIRANDA, 1986). Ela recobre múltiplas categorias de direitos quanto à titularidade, quanto ao objecto e ao conteúdo e quanto à estrutura e abrange ainda, numa análise jurídica rigorosa, verdadeiros e próprios direitos subjectivos, expectativas, pretensões e interesses legítimos. Apesar disso, o conceito geral parece justificar-se, na medida em que, para lá das diferenças aparentes ou reais de atribuição, de exercício e de tutela, se encontra uma subjectivação directa ou indirecta (em contraposição às garantias institucionais) e historicamente se conhecem quais foram os processos da sua reivindicação e consagração (MIRANDA, 1986).

Mas tal noção de direitos fundamentais implica necessariamente dois pressupostos, sob pena de se esbater e deixar de ser operacional: não há direitos fundamentais sem reconhecimento duma esfera própria das pessoas, mais ou menos ampla, frente ao poder político. E não há direitos fundamentais sem que as pessoas estejam em relação imediata com o Estado, dotadas do mesmo estatuto e não sujeitas a estatutos específicos consoante os grupos ou as condições em que se integrem (MIRANDA, 1978, p. 303-304, citado por MIRANDA, 1986).

O conceito de direitos fundamentais, implicou que ao Direito Constitucional, como escalão supremo da Ordem jurídica, se entregasse a incumbência singular de protecção da pessoa humana (GOUVEIA, 2015, p. 297).

Assim, os direitos fundamentais são as posições jurídicas activas das pessoas integradas no Estado-Sociedade, exercidas por contraposição ao Estado-Poder, positivadas na Constituição, daqui se descortinando três elementos constitutivos (GOUVEIA, 2015, p. 297):

- *um elemento subjectivo*: as pessoas integradas no Estado-Sociedade, os titulares dos direitos, que podem ser exercidos em contrapondo ao Estado-Poder;
- *um elemento objectivo*: a cobertura de um conjunto de vantagens inerentes aos objectos e aos conteúdos protegidos por cada direito fundamental;
- *um elemento formal*: a consagração dessas posições de vantagem ao nível da Constituição, o escalão supremo do Ordenamento Jurídico.

Vejamos a caracterização dos elementos subjectivo, objectivo e formal, segundo o labor do Professor Jorge Bacelar Gouveia (2015, p. 298):

- o elemento subjectivo prende-se com as pessoas jurídicas a quem os direitos fundamentais respeitam, no contexto da sua titularidade, sendo certo que são posições subjectivas insusceptíveis de titularidade por parte de todo e qualquer indiferenciado sujeito jurídico;
- a fronteira que se deve estabelecer – e que também dá a necessária consciência aos direitos fundamentais no Estado Constitucional – repousa no facto de os direitos fundamentais ganharem sentido a benefício de quem pretende enfrentar o poder estadual, ou qualquer outro poder publico;
- os direitos fundamentais, na sua génese, evolução e função, não se explicam senão num contexto dicotómico entre o Poder e a Sociedade, devendo por isso somente ser titulados por pessoas que se integram na sociedade e que em relação ao Poder se possam contrapor;
- deste modo, é de afastar os direitos fundamentais que estejam na titularidade das estruturas dotadas de poder público, não fazendo sentido que entre estas exerçam espaços de autonomia, já que não se vê como seja logicamente possível que alguém no poder se defenda do próprio poder;
- o elemento objectivo explicita a existência de vantagens, patrimoniais e não patrimoniais, em favor do titular dos direitos fundamentais, inscrevendo-se num conjunto das situações jurídicas activas porque portadoras de benefícios;
- não é possível ser mais rigoroso, numa óptica juscivilística, a respeito do recorte dessas situações de vantagem: elas são de muitas diversas índoles, não tendo necessariamente de respeitar o conceito específico de direito subjectivo, podendo oferecer outros contornos;
- os efeitos jurídicos que traduzem a situação de vantagem projectam-se sobre as realidades materiais que afectam, em favor do titular do direito, bens jurídicos que se tornam, por essa via, constitucionalmente relevantes;
- a apreciação do objecto dos direitos fundamentais permite individualizar diferentes concepções, desde prestações a outros tipos de vantagens atribuídas ao titular do direito fundamental;
- o elemento formal dá conta da necessidade de os direitos fundamentais se consagrarem no nível máximo da Ordem Jurídico-Estadual Positiva, que é o nível jurídico-constitucional;

- a ordem jurídica não dispõe de um só nível e, pelo contrário, espalha-se por diversos patamares, em correspondência à importância das matérias versadas, mas também de harmonia com a lógica funcional das autoridades que as produzem;
- os direitos fundamentais, neste contexto, vêm a ocupar a posição cimeira da pirâmide da Ordem Jurídico-Estadual, em obediência, de resto, ao respectivo conteúdo no seio dos valores que o Direito Constitucional transporta.

De acordo com Jorge Miranda, os direitos fundamentais implicam necessariamente três pressupostos ou condições firmes (MIRANDA, 2017, p. 12-13):

- em primeiro lugar, não há verdadeiros direitos fundamentais sem que as pessoas estejam em relação imediata com o poder político, beneficiando de um estatuto comum e não separadas em razão dos grupos ou instituições a que pertençam. Não há direitos fundamentais sem Estado ou, pelo menos, sem comunidade política integrada, não há direitos fundamentais sem Estado que o respeite e que os proteja;
- em segundo lugar, não há direitos fundamentais sem reconhecimento de uma esfera própria de autonomia das pessoas frente ao poder, não absorvendo este a sociedade em que eles se movem. Não existe em regimes políticos totalitários;
- em terceiro lugar, não há direitos fundamentais sem a Constituição do constitucionalismo moderno iniciado no século XVIII. A Constituição, enquanto fundação ou refundação do ordenamento jurídico estatal incindível de um poder constituinte, a Constituição como sistematização racionalizadora das normas estatutárias de poder e da comunidade, a Constituição como lei, mesmo se acompanhada de fontes consuetudinárias e jurisprudenciais.

No quadro de uma “optimização” ou “efectividade de gozo”, os direitos fundamentais, distingue Häberle (1993, p. 231 ss, *apud* QUEIROZ, 2010, p. 80) como sendo “história dos direitos fundamentais” que pressupõe uma concepção jurídica e cultural dos direitos em termos de “passado”, da “dogmática dos direitos fundamentais”, que pressupõe uma comparação jurídica e cultural desses direitos em termos de “presente” (QUEIROZ, 2010, p. 80). A essas duas dimensões, acrescenta uma terceira: uma política dos direitos fundamentais. Consiste esta na “compreensão jurídica” e “cultural” dos direitos fundamentais em termos de “futuro” (QUEIROZ, 2010, p. 80).

Que ilações se devem retirar desta compreensão alargada dos direitos fundamentais? Antes de mais, que os direitos, não os poderes, formam a “base da autoridade” (*basis and Foundation of government*) (QUEIROZ, 2010, p. 80). Mas, devem, contudo, ser interpretados e interligados no respeito pelas outras partes da Constituição, aí compreendidos os poderes públicos (QUEIROZ, 2010, p. 80). Konrad Hesse, ao desenvolver o princípio da “concordância prática”, chamou justamente atenção para esta dimensão de leitura e interpretação dos direitos fundamentais. Esta última não permite o contrapeso de direitos face ao poder, a restrição de um direito pela reivindicação de poderes dados, salvo no caso de assim a estabelecer a própria Constituição (QUEIROZ, 2010, p. 80-81). Daí também a necessidade e possibilidade de uma “teoria geral objectiva dos direitos fundamentais” (QUEIROZ, 2010, p. 81). Esta deve alicerçar-se num sistema coerente de direitos de acordo com a Constituição positiva assente numa concepção “política” de “pessoa” como um ser livre e autónomo (*freestanding*), independente dos poderes públicos (QUEIROZ, 2010, p. 81).

Este “sistema coerente de direitos” assente numa concepção “política” de “pessoa”, pressupõe um catálogo de direitos fundamentais. Este não significa a “criação de direitos” pela Constituição mas, o “reconhecimento” da respectiva existência, que corresponde à existência do homem (QUEIROZ, 2010, p. 81). “Fundamentais” ainda porque não se fundam em actos legislativos, mas na natureza do homem no momento do seu nascimento (QUEIROZ, 2010, p. 81). Por isso se encontram subtraídos a todo o acto do Estado ou de legislação. O Estado não pode subtraí-los ao cidadão, nem este pode renunciar a estes (QUEIROZ, 2010, p. 81).

O que individualiza este “catálogo de direitos fundamentais, é o facto de este constituir a especificação jurídica de postulados filosóficos políticos que identificam uma cultura jurídica particular: o constitucionalismo.” (QUEIROZ, 2010, p. 81).

Os direitos fundamentais caracterizam-se, assim, do ponto de vista estrutural, pela sua “dupla natureza” (HESSE, 1995, p. 127 e ss, citado por SILVA, 2007, p. 68), uma vez que, para além da dicotomia esfera negativa / esfera positiva, podem ainda ser decompostos de acordo com a dicotomia direitos subjectivos / estruturas objectivas da colectividade ou do ordenamento jurídico. Mas, verifica-se igualmente uma tendência generalizada da doutrina no sentido de acentuar essa lógica dualista, ao estabelecer a correspondência entre essas duas dimensões, considerando que os direitos fundamentais são direitos subjectivos, na medida da sua dimensão negativa, e são estruturas objectivas da colectividade, na medida da sua dimensão positiva (HESSE, 1995, p. 127 e ss, citado por SILVA, 2007, p. 68).

Vasco Pereira da Silva (2007, p. 68) propõe uma ligeira reformulação do conceito de direito fundamental considerando que os dois pares de dimensões

estruturais (negativa/subjectiva e positiva/objectiva) não têm de ser necessariamente coincidentes. Pois (conforme, adiante, melhor se explicitará), se é certo que os direitos fundamentais são direitos subjectivos na medida da sua esfera negativa, contudo, esta última não esgota todo o âmbito da protecção jurídica subjectiva, a qual existe também, na respectiva esfera positiva, tanto nos casos em que das normas constitucionais resultem deveres a cargo dos poderes públicos respeitantes à adopção de condutas certas e indeterminadas, como relativamente ao (genérico) dever de adopção de uma qualquer conduta necessária, por parte dos poderes públicos, para assegurar um “mínimo” de concretização do direito fundamental (SILVA, 2007, p. 68).

Um direito fundamental, pode, pois, definir-se como uma situação jurídica das pessoas perante os poderes públicos consagrados na Constituição (ALEXANDRINO, 2018a, p. 23).

São diversas as consequências imediatamente derivados do facto de os direitos fundamentais serem situações jurídicas positivadas na Constituição (da positividade dos direitos fundamentais) (ALEXANDRINO, 2018a, p. 23):

- a) em primeiro lugar, os direitos deixam de ser meras proclamações morais ou políticas, para se converterem em realidades jurídicas operativas;
- b) em segundo lugar, colocados no patamar superior da ordem jurídica (a Constituição formal, os direitos fundamentais apresentam-se agora como garantias jurídicas contra o legislador (são triunfos contra ele), proibido de afectar inconstitucionalmente o seu conteúdo;
- c) os direitos fundamentais (em cujo âmbito se deve incluir toda uma série complexa de proibições e de obrigações de intervenção) vinculam directamente todos os poderes públicos (incluindo o poder de revisão constitucional), constituindo, além disso, parâmetro material das decisões dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais;
- d) por tudo isso, os direitos fundamentais passam, automaticamente, a dispor de um conjunto de instrumentos sancionatórios, que podem ir desde os mecanismos de fiscalização da constitucionalidade (em especial em Tribunais Constitucionais) até à presença de meios específicos de tutela (direito de resistência), queixa constitucional, recursos e petições constitucionais, mediadas cautelares, etc.).

2 CONFIGURAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE

Os direitos fundamentais são direitos constitucionais que não devem, em primeira linha, ser compreendidos numa dimensão “técnica” de limitação do poder do Estado (QUEIROZ, 2010, p. 49). Devem antes ser compreendidos e interligados como elementos definidores e legitimadores de toda a ordem jurídica positiva (QUEIROZ, 2010, p. 49). Proclamam uma “cultura jurídica” e “política” determinada, numa palavra, um concreto e objectivo “sistema de valores” (QUEIROZ, 2010, p. 49).

A Constituição da República de Moçambique (CRM), consagra um extenso catálogo de direitos fundamentais.

A sede formal do tratamento sobre os direitos fundamentais na Constituição da República é o título III, com a epígrafe “direitos, deveres e liberdades fundamentais”. O título III é constituído por cinco capítulos, designadamente.

O primeiro capítulo tem como epígrafe, princípios gerais e consagra no artigo 35 o princípio da universalidade e igualdade; no artigo 36, o princípio da igualdade género; o artigo 37 atinente aos portadores de deficiência; o artigo 38, estatui o dever de respeitar a Constituição; o artigo 39 dedica-se à unidade nacional; o artigo 40 ocupa-se do direito à vida; o artigo 41 dedica-se a outros direitos pessoais, nomeadamente o direito a honra, ao bom nome, à reputação, à defesa da sua imagem pública e à reserva de sua vida privada; o artigo 42 fixa o âmbito e sentido dos direitos fundamentais, adoptando uma perspectiva material e aberta; o artigo 43 é atinente à interpretação dos direitos fundamentais, fixando o princípio da interpretação em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos; o artigo 44 impõe o dever de cidadãos respeitarem e considerarem seus semelhantes; o artigo 45 dedica-se aos deveres para com a comunidade; o artigo 46 é atinente aos deveres para com o Estado; e o artigo 47, dedicado aos direitos da criança.

Embora o capítulo I seja dedicado aos princípios gerais, com alguns deveres e direitos, sendo direitos elencados, o direito à vida, os direitos pessoais e os direitos da criança, os deveres, são o dever de respeitar a Constituição, deveres dos cidadãos para com seus semelhantes, deveres para com a comunidade e os deveres para com o Estado. Os verdadeiros princípios plasmados no capítulo I, são os da universalidade, igualdade, igualdade do género, a igualdade no tratamento dos tratamentos dos portadores de deficiência, o âmbito e o sentido dos direitos fundamentais e a imposição da interpretação dos direitos

fundamentais em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e dos Povos.

Ressalta-se o facto de os princípios da universalidade e da igualdade serem tratados numa mesma disposição constitucional: o tratamento autónomo ao princípio da igualdade do género e dos direitos dos portadores de deficiência.

Apesar do tratamento dos princípios da universalidade e da igualdade na mesma disposição, por serem inseparáveis, esses princípios têm um sentido e alcance diferentes, pois, conforme distingue Jorge Miranda, princípio da universalidade significa que todos têm os direitos e deveres, enquanto que igualdade significa que todos (ou, em certas condições ou situações, só alguns) têm os mesmos direitos e deveres – princípio de igualdade. O princípio da universalidade diz respeito aos destinatários; o princípio da igualdade, ao seu conteúdo. Isto é, o princípio da universalidade apresenta-se essencialmente quantitativo; o da igualdade essencialmente qualitativo (MIRANDA, 2017, p. 277-278).

Um princípio não comum no direito comparado, mas fundamental à existência do próprio Estado é o consagrado no artigo 39 da Constituição da República de Moçambique (CRM), atinente aos actos contrários à unidade nacional, nos termos do qual todos os actos visando atentar contra a unidade nacional, prejudicar a harmonia social, criar divisionismo, situações de privilégio ou discriminação com base na cor, raça, sexo, origem étnica, lugar de nascimento, religião, grau de instrução, posição social, condição física ou mental, estado civil dos pais, profissão ou opção política. Trata-se de um princípio “atípico” em sede dos direitos fundamentais enquanto, pois não estabelece de forma directa direitos ou posições jurídicas subjectivas das salvaguardadas pelos princípios da universalidade. Portanto, trata-se de um princípio para a protecção mais do Estado do que do cidadão.

O princípio da unidade nacional é uma condição necessária para a existência do próprio Estado e, como ensina Jorge Miranda, não há direitos fundamentais sem Estado. A preocupação com a unidade nacional tem fundamentos históricos profundos, pois enquanto na Europa é a nação que criou o Estado, em Africa é o Estado que está a criar a nação e este processo de criação da nação ainda está em curso, numa sociedade caracterizada por uma heterogeneidade cultural, étnica, linguística, religiosa e racial. Contudo, o princípio da unidade nacional não deve ser interpretado no sentido de homogeneidade. Antes pelo contrário, deve ser entendido no sentido de respeito, consideração e valorização do pluralismo em todas as suas vertentes e dimensões, isto é, unidade na diversidade. As diferenças sociais e culturais não devem ser evocadas para porem em causa a unidade e coesão nacional e os direitos fundamentais dos cidadãos.

No catálogo dos princípios fundamentais não constam expressamente a discriminação na base da orientação sexual, a situação dos cidadãos estrangeiros e apátridas residentes em Moçambique, a situação dos cidadãos moçambicanos residentes no estrangeiro, o acesso ao direito, os direitos fundamentais das pessoas colectivas e a responsabilidade das entidades públicas.

Para além das omissões acima referidas, resulta ainda uma grande lacuna, a ausência da referência expressa à dignidade da pessoa humana. Apesar de que a Constituição da República prevalece expressamente que Moçambique é um Estado de Direito Democrático e consagra um catálogo extenso de Direitos Fundamentais, em nenhum de todo seu articulado, refere-se à dignidade da pessoa humana. Não há nenhuma associação entre o carácter republicano do Estado, ou o Estado de Direito Democrático, com a dignidade da pessoa humana. E nem entre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa, quando o fim dos direitos fundamentais é justamente a protecção da dignidade da pessoa humana.

Trata-se de uma mera deficiência técnica e não uma opção política de ignorar a dignidade da pessoa humana, pois a Constituição da República, apresenta um catálogo extensivo de direitos e liberdades que visam à protecção da dignidade da pessoa humana, desde o direito à vida, aos direitos pessoais, à consagração dos princípios da universalidade e igualdade, à interpretação dos dispositivos dos direitos fundamentais em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e dos Povos. Aliás, o Estado Moçambicano se define constitucionalmente como um Estado de Direito Democrático e de Justiça Social e, como afirma Jorge Reis Novais (2018, p. 66), o sentido de justiça se concretiza fundamentalmente na consagração da dignidade da pessoa humana como a base em que assenta a ordem jurídica de Estado de Direito.

O capítulo II do título III da Constituição da República é dedicado aos Direitos, Deveres e Liberdades. Consagra no artigo 48, direito à liberdade de expressão e informação; no artigo 49, os direitos de antena, de resposta e de réplica política; o artigo 50 se dedica ao Conselho Superior da Comunicação Social; o artigo 51 é atinente ao direito à liberdade de reunião e de manifestação; o artigo 52 consigna a liberdade de associação; o artigo 53 é reservado à liberdade de constituir, participar e aderir a partidos políticos; o artigo 54 se ocupa da liberdade de consciência, de religião e de culto; o artigo 55 se ocupa da liberdade de residência e de circulação.

O capítulo III – do título III da Constituição da República – é pertinente aos Direitos, Liberdades e Garantias Individuais. O artigo 56 é dedicado aos princípios da aplicação directa dos direitos fundamentais, a vinculação as entidades públicas e privadas e o carácter restritivo das restrições ou limitações dos direitos fundamentais; o artigo 57 fixa o princípio da não retroactividade

das leis; o artigo 58 consagra o direito à indemnização e responsabilidade do Estado; o artigo 59 é atinente ao direito à liberdade e à segurança; o artigo 60 se dedica à aplicação da lei criminal; o artigo 61 se ocupa dos limites das pessoas e das medidas de segurança; o artigo 62 é atinente ao direito de acesso aos Tribunais; o artigo 63 regula sobre o mandato judicial e advocacia; o artigo 64 é pertinente à prisão preventiva; o artigo 65 estabelece os princípios do processo criminal; o artigo 66 é pertinente ao *Habeas Corpus*; o artigo 67, regula sobre extradição; o artigo 68 estabelece o princípio da inviolabilidade do domicílio e da correspondência; o artigo 69 estabelece o direito de impugnação; o artigo 70 consagra o direito de recorrer aos Tribunais; o artigo 71 regula sobre a utilização da informática; o artigo 72 é dedicado aa suspensão de exercício de direitos.

O facto de os princípios gerais estarem estatuídos no artigo 56 no capítulo III atinente aos Direitos, Liberdades e Garantias Individuais, suscita dúvidas se este regime é específico aos direitos, liberdades e garantias individuais, ou se é extensivo aos direitos, liberdades e garantias de participação política, vertido no capítulo IV, e aos direitos e deveres económicos, sociais e culturais estatuídos no capítulo V. Há um silêncio do legislador constituinte, que não faz uma extensão ou regime para outras categorias de direitos fundamentais, o que levanta dúvidas se estamos perante uma situação de unidade ou dualidade de regimes.

O capítulo IV do título III da Constituição da República é atinente aos direitos, liberdades e garantias de participação política. Neste capítulo, o artigo 73 da CRM se dedica ao sufrágio universal; o artigo 74 da CRM se ocupa dos Partidos Políticos e pluralismo; o artigo 75 da CRM se dedica ao processo de formação de partidos políticos; o artigo 76 da CRM é atinente à denominação dos Partidos Políticos; o artigo 77 da CRM veda o recurso à violência armada para alterar a ordem política e social do país; o artigo 78 da CRM é reservado às organizações sociais; o artigo 79 da CRM é dedicado ao direito de petição, queixa e reclamação. O artigo 80 se ocupa do direito de resistência; o artigo 81 é atinente ao direito de acção popular.

Pese embora o artigo 73 da CRM tenha como epígrafe “sufrágio universal”, o seu conteúdo extravasa o âmbito do sufrágio universal. Na verdade, define as três formas de exercício do poder político: primeiro, o sufrágio universal, directo, igual, secreto e periódico; segundo, o referendo; e o terceiro, a permanente participação democrática dos cidadãos na vida da Nação.

O capítulo V do título III da Constituição da República é atinente aos direitos e deveres económicos, sociais e culturais. Neste capítulo, o artigo 82 da CRM é atinente ao direito de propriedade; o artigo 83 da CRM é pertinente ao direito à herança; o artigo 84 da CRM se ocupa do direito ao trabalho; o artigo 85 da CRM consagra o direito à retribuição e segurança no emprego; o artigo

86 regula sobre a liberdade de associação profissional e sindical; o artigo 87 da CRM se dedica ao Direito à greve e proibição de *lock-out*; o artigo 88 é atinente ao direito à educação; o artigo 89 da CRM se ocupa do direito à saúde; o artigo 90 da CRM regula sobre o direito ao ambiente; o artigo 91 da CRM se ocupa do direito à habitação e urbanização; o artigo 92 da CRM é dedicado ao direito dos consumidores; o artigo 93 da CRM é dedicado à cultura física e desporto; o artigo 94 se ocupa da liberdade de criação cultural; e o artigo 95 da CRM consigna o direito à assistência na incapacidade e na velhice.

De acordo com Jorge Bacelar Gouveia, macroscopicamente, o sistema constitucional de direitos fundamentais realizou uma boa opção pela sua intensa constitucionalização ao nível do texto da CRM. Este, reservando-lhe uma parte significativa, ainda que não se contestando a hipotética presença de mais áreas do articulado constitucional (GOUVEIA, 2015, p. 312).

O catálogo dos direitos fundamentais consagrados na CRM, ainda que extenso, não se esgota nos arrolados no título III da CRM. Existem outros dispersos na CRM, como são os casos dos direitos da criança consagrados no artigo 121; direitos dos idosos, consignados no artigo 124, ambos da CRM.

Inspirados nas lições de José Melo Alexandrino, pode-se resumir da seguinte forma as principais opções tomadas pelo legislador constituinte em matéria de direitos fundamentais (ALEXANDRINO, 2018b, p. 88):

- a positivação dos direitos fundamentais;
- a recusa de cláusulas gerais, nomeadamente de uma liberdade geral;
- a grande preocupação com a sistematização das matérias, com destaque para a precedência dos direitos de liberdade sobre os direitos sociais;
- a opção por um catálogo igualmente desenvolvido de direitos económicos, sociais e culturais;
- a recusa de uma associação directa entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais;
- a manutenção da cláusula aberta;
- a não previsão de mecanismos específicos de protecção dos direitos e liberdades fundamentais (como a queixa constitucional alemã; o recurso de amparo, espanhol; ou o recurso extraordinário de inconstitucionalidade, angolano).

3 A PERSPECTIVA MATERIAL E ABERTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

De acordo com o plasmado no artigo 42 da CRM, os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quais outros constantes das leis.

A Constituição da República, consagra um extenso catálogo de direitos fundamentais. Porém, ela não é única fonte dos direitos fundamentais, pois podem se extrair os direitos fundamentais de fontes supranacionais, em decorrência de convenções, Acordos, Protocolos e Tratados Internacionais que vinculam o Estado Moçambicano, assim como de normas infraconstitucionais, como sejam as leis aprovadas pela Assembleia da República.

No que tange ao Direito Internacional, o n.º 1 do artigo 18 da CRM define que os Tratados e Acordos internacionais, validamente aprovados e ratificados, vigoram na ordem jurídica moçambicana após a sua publicação oficial e enquanto vinculam internacionalmente o Estado moçambicano.

O artigo 43 da CRM impõe que preceitos relativos aos direitos fundamentais são interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos.

Portanto, o catálogo dos direitos fundamentais vertido na Constituição da República não é taxativo, não é fechado. É aberto. O que permite acolher outros direitos fundamentais em fontes supranacionais e infraconstitucionais.

De acordo com Jorge Miranda, a perspectiva material dos direitos fundamentais é uma manifestação do princípio da liberdade, contraposto ao princípio da competência, liberdade das pessoas contraposta à prefixação normativa dos poderes do Estado e dos seus órgãos e, mais do que isso, é uma decorrência da ideia basilar da dignidade da pessoa humana (MIRANDA, 2017, p. 184). A realização individual de cada homem ou mulher não cinge a este ou aquele acervo de direitos declarados em certo momento (cfr., por todos, MODUGNO, 1995, p. 7-8 e 92, citado por MIRANDA, 2017, p. 184).

E na medida em que as pessoas colectivas e entidades não personalizadas se entendam ao serviço, em última análise, das pessoas humanas que as integram, pode também conceber-se que recebam direitos fundamentais não formalmente constitucionais (MIRANDA, 2017, p. 184).

Se se entende “abertura” como todo o conjunto de fenómenos por intermédio dos quais possam ser criados, revelados, alargados ou ampliados outros direitos fundamentais a realidade ensina que a abertura do sistema de direitos fundamentais pode funcionar – e normalmente funciona – por outras vias

que não a da cláusula aberta. Para além dessa via (de abertura a velhos ou novos direitos materialmente constitucionais, mas não formalmente constitucionais), constituem modalidades de abertura (ALEXANDRINO, 2018a, p. 55):

- i) a admissão de direitos fundamentais dispersos;
- ii) a compreensão aberta do âmbito normativo das normas de direitos fundamentais formalmente constitucionais;
- iii) a possibilidade de descoberta jurisprudencial de direitos fundamentais junto de outras normas constitucionais com apoio nas penumbras das normas de direitos fundamentais, no texto, na história e na estrutura da Constituição;
- iv) e, naturalmente, o próprio aditamento expresso de direitos fundamentais por revisão constitucional.

Esta cláusula de abertura do catálogo constitucional de direitos fundamentais pode, deste modo, assumir duas funções em relação a determinado subsistema constitucional de direitos fundamentais (GOUVEIA, 2015, p. 314):

- de integração – na medida em que por essa cláusula podem chegar ao texto constitucional direitos fundamentais novos ou esquecidos no momento da expressão da vontade constituinte, assim se logrando obter o seu reconhecimento;
- de aperfeiçoamento – porquanto outras fontes podem apresentar contornos mais precisos dos direitos e frisar a existência de novas faculdades, até certo momento desconhecidas ou desconsideradas.

Eis um fenómeno de recessão constitucional, através do qual se torna possível dar força constitucional a certas normas – as fontes dos direitos fundamentais – que até então apenas ostentavam um estatuto infraconstitucional, com todos os benefícios associados a essa constitucionalização (ALEXANDRINO, 2018a, p. 55).

E precisamente isso o que se verifica na CRM, a qual aceita que os direitos fundamentais não se reduzam àqueles que beneficiam de uma consagração no articulado constitucional documental porque outros direitos são admitidos, consagrados noutras fontes, os quais, deste modo, alcandoram-se num idêntico plano constitucional mais elevado (ALEXANDRINO, 2018a, p. 55).

Isto é viável graças à presença de uma cláusula de abertura a direitos fundamentais atípicos: “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição

não excluem quaisquer outros constantes das leis” (ALEXANDRINO, 2018a, p. 55).

Em matéria de interpretação e de integração, regista-se ainda que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (CADHP) servem de diapasão interpretativo comum, o que assume uma grande relevância na conformidade de tais direitos por alusão a textos internacionais simbolicamente muito representativos, tendo sido o primeiro sobretudo precursor na consagração de novos direitos fundamentais, a partir de uma óptica internacionalista (ALEXANDRINO, 2018a, p. 55).

4 A INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

De acordo com o definido no artigo 43 da CRM os preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais são interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos.

De acordo com Jorge Miranda, através deste princípio, pretende-se clarificar e alargar o catálogo de direitos, reforçar a sua tutela e abrir para horizonte de universalismo (MIRANDA, 2017, p. 205).

Os Direitos Fundamentais ficam assim situadas num contexto mais vasto e mais sólido que o de Constituição em sentido instrumental e ficam impregnados dos princípios e valores da declaração como parte essencial da ideia de direito à luz da qual todas as normas constitucionais e, por conseguinte, toda a ordem jurídica moçambicana têm de ser pensadas e postas em prática (MIRANDA, 2017, p. 205).

Não se trata de mero alcance extremo (MIRANDA, 2017, p. 205). Trata-se de um sentido normativo imediato, com incidência no conteúdo dos direitos fundamentais formalmente constitucionais (MIRANDA, 2017, p. 205).

Este preceito (artigo 43 da CRM), também encerra uma instrução dirigida ao intérprete, agora no seguinte sentido (ALEXANDRINO, 2018a, p. 61): perante um problema de interpretação relativo ao objecto, ao conteúdo, ao regime ou à regulação legal de um determinado direito fundamental, o intérprete deve procurar apoio nos princípios da Declaração Universal dos Direitos do Homem; o mesmo deve fazer perante uma lacuna relevante que se lhe depare nesse processo de interpretação-aplicação dos preceitos relativos a direitos

fundamentais. Por esta via, as normas da DUDH vão permitir esclarecer ou completar alguns aspectos das disposições (constitucionais e legais) de e sobre direitos fundamentais (ALEXANDRINO, 2018a, p. 61).

5 A APLICAÇÃO DIRECTA E IMEDIATA DOS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS INDIVIDUAIS

De acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 56 da Constituição da República, os direitos e liberdades individuais são directamente aplicáveis, vinculam as entidades públicas e privadas, são garantidos pelo Estado e devem ser exercidos no quadro da Constituição e de Leis.

O princípio da aplicabilidade directa e imediata dos direitos fundamentais significa, segundo José Carlos de Andrade, a afirmação de carácter jurídica positiva e não meramente programática (Proclamatório) dos preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias (ANDRADE, 2017, p. 193-194). Constitui, neste sentido, na explicitação do princípio da constitucionalidade de acordo com qual a validade das leis e dos demais actos do estado, do poder local e de quaisquer outras entidades públicas depende da sua conformidade com a constituição (ANDRADE, 2017, p. 115).

Estando assente que o regime dos direitos liberdades e garantias individuais é o da aplicação directa e imediata, será que o mesmo se aplica ao extenso catálogo dos direitos económicos, sociais e culturais, que fazem da Constituição uma Constituição programática? Será que todas as normas são directamente aplicáveis? E possível uma aplicação directa e imediata de normas programáticas?

Segundo Jorge Miranda, nem todas as normas sobre direitos, liberdades e garantias são imediatamente exequíveis, tais como as relativas às garantias contra a utilização abusiva de informações pessoais, direito de antena, à objecção de consciência e até aos próprios direitos de sufrágio (MIRANDA, 2017, p. 351). E deles se aproximam as normas sobre direitos económicos, sociais e culturais, essas quase todas programáticas (MIRANDA, 2017, p. 351).

De todo o modo, tanto as normas preceptivas são exequíveis como as programáticas também o são, em certo sentido, directamente aplicáveis (MIRANDA, 2017, p. 352) enquanto:

- a) proíbem a emissão de normas legais contrárias ou à prática de comportamentos que tendem a impedir a produção de actos por elas impostos,

como por exemplo, a negação de objeção de consciência por parte dos médicos em caso de interrupção voluntários da gravidez;

- b) só por constarem da Constituição contam para a interpretação sistemática e, através da analogia, podem contribuir para a integração de lacuna;
- c) fixam critérios para o legislador nos domínios sobre que versam.

Existem normas constitucionais sobre direitos fundamentais que mais bem se efectivam com a intervenção do legislador ordinário para a sua regulamentação. Neste caso, será defensável a não aplicabilidade de uma norma constitucional em decorrência de uma omissão legislativa?

Nestes casos, o princípio da aplicabilidade directa valerá como indicador de exequibilidade potencial das normas constitucionais, presumindo-se a sua “perfeição, isto é, a sua autossuficiência baseada no carácter determinável do seu respectivo conteúdo de sentido.” (ANDRADE, 2017, p. 195).

Sobre esta problemática, José Carlos de Andrade esclarece que a aplicabilidade directa não é equivalente à exequibilidade imediata e, por isso, os problemas surgem no que respeita à generalidade de direitos, liberdades e garantias. Desde logo, para aqueles direitos cujo exercício efectivo está necessariamente dependente de uma regulação complementar, de uma organização ou de um procedimento – por exemplo, os direitos políticos (como o direito de voto), os direitos processuais (como o direito de acção administrativa), alguns aspectos das liberdades (liberdade de circulação automóvel, liberdade de ensino privado). Mas, também relativamente às garantias institucionais (em que há um certo espaço de conformação legislativa) e mesmo a outros tipos de direitos, incluindo as liberdades e os direitos relativos a bens pessoais quanto a aspectos da sua protecção perante terceiros – designadamente no que toca às prestações jurídicas ou materiais de garantia (dever de protecção criminal, dever de intervenção policial (ANDRADE, 2017, p. 192).

É que os preceitos relativos àqueles direitos e garantias (e a generalidade dos direitos, quanto aos referidos aspectos de protecção) não são de facto imediatamente exequíveis, pois dependem de intervenção do Estado, designadamente de uma actuação legislativa que regule o domínio de vida em questão ou organize o procedimento e os meios da acção pública (ANDRADE, 2017, p. 197-198).

Nestas hipóteses, o alcance normativo da aplicabilidade directa não reside na exequibilidade. Está na diversidade estrita da intervenção legislativa, que há de assegurar, nas condições de normalidade de um Estado de Direito,

a existência da legislação e a produção das demais actuações necessárias ao exercício dos direitos (ANDRADE, 2017, p. 198).

6 A RESTRIÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

De acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 56 da CRM, o exercício dos direitos e liberdades pode ser limitado em razão da salvaguarda de outros direitos ou interesses protegidos pela Constituição.

O n.º 3 da mesma disposição constitucional clarifica que a lei só pode limitar os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição.

O n.º 4 da disposição constitucional em alusão impõe que as restrições legais dos direitos e das liberdades devem revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo.

Portanto, a restrição dos direitos fundamentais se reveste de um carácter restritivo e só pode acontecer nas seguintes circunstâncias:

- em salvaguarda de outros direitos ou interesses protegidos pela Constituição;
- nos casos expressamente previstos na Constituição;
- deve revestir um carácter geral e abstracto;
- não pode ter um efeito retroactivo.

Uma lei que for a limitar ou restringir os direitos fundamentais, fora dos pressupostos supra aludidos, estaria ferida de uma inconstitucionalidade material.

Este tem sido um fenómeno qualificado como de restrição de direitos, liberdades e garantias, o qual se define do seguinte modo: a diminuição do alcance permissivo das normas constitucionais que os garantem, de um modo permanente, em determinadas situações – restrições objetivas – ou para certas categorias de pessoas – restrições subjetivas (ANDRADE, 2017, p. 342).

Partindo da ideia de que os direitos, liberdades e garantias não são eliminados, ela se justifica pela conveniência de proteger outros valores igualmente

relevantes no plano constitucional (ANDRADE, 2017, p. 342). Em todo o caso, a restrição assume uma feição *parcial*, não atingindo a totalidade do direito fundamental alvo do respetivo efeito (VAZ, 1996, citado por GOUVEIA, 2015, p. 342).

Pensando nos interesses em jogo, a restrição de direitos, liberdades e garantias se funda na circunstância de os textos constitucionais reconhecerem que não seria possível a vida coletiva se não fossem previstos mecanismos de limitação material dos direitos fundamentais genericamente proclamados, com um intuito primordial de assegurar a própria efetividade da respetiva tipologia no seu conjunto.

Essas restrições dos direitos, liberdades e garantias – o que também se pode aplicar à globalidade dos direitos fundamentais – inserem-se, pois, numa tríplice função (GOUVEIA, 1999, p. 1.357-1.358, *apud* GOUVEIA, 2015, p. 342-343):

- a função adequadora explica-se no seio da acomodação constitucional dos diversos tipos de direitos, liberdades e garantias consagrados. A restrição de um deles serve para permitir que outros direitos se exerçam sem sobreposições, todos assim tendo a maior eficácia possível, segundo um princípio de otimização dos respetivos conteúdo e exercício;
- a função dirimente tem lugar no contexto específico da colisão entre direitos, liberdades e garantias, a qual representa o exercício conflituante por parte de dois ou mais titulares de direitos contrapostos. A restrição de alguns deles pode servir para evitar a repetição desses conflitos no futuro, resolvendo-os logo no plano da legislação, não sendo necessário recorrer a ulteriores intervenções administrativas ou jurisdicionais;
- a função comunitária liga-se à conjugação entre direitos, liberdades e garantias das pessoas e os bens ou interesses coletivos identicamente mercedores de tutela. O exercício de tais direitos, para lá do respeito imposto pelos outros direitos, liberdades e garantias com os quais podem entrar em choque, deve ainda surgir materialmente limitado pelo acatamento de valores comunitários que se lhes impõe de um modo geral. A restrição de direitos, liberdades e garantias pode ainda ser um instrumento de garantia desses bens, limitando aqueles direitos nas situações em que os mesmos conflituariam com os interesses da coletividade que importa preservar.

De um modo geral, a competência legislativa para efetuar as restrições dos direitos, liberdades e garantias é atribuída à Assembleia da República,

ainda que lhe não seja tipologicamente atribuída, mas podendo pacificamente se incluir na sua reserva legislativa definida pela cláusula geral (GOUVEIA, 2015, p. 343).

Mas o legislador constitucional, na atribuição normativa deste poder legal de cariz restritivo dos direitos, liberdades e garantias, também estipulou mandatos específicos para a restrição de alguns dos tipos de direitos, liberdades e garantias, forçando à emissão de um ato legislativo parlamentar (GOUVEIA, 2015, p. 343).

Foi isso que aconteceu com alguns preceitos constitucionais, dos quais se recordam três (GOUVEIA, 2015, p. 343-344):

- a definição da representatividade dos partidos políticos no uso do tempo de antena (art. 49, n.º 1, da CRM);
- os termos do exercício da liberdade de reunião e de manifestação (art. 51 da CRM);
- as limitações à inviolabilidade do domicílio e da correspondência (art. 68, n.º 1, da CRM).

Esta restrição legal constitucionalmente autorizada para cada direito, liberdade e garantia que se pretenda comprimir está, aliás, em direta consonância com um dos princípios que se pode extrair do mencionado preceito constitucional que cuida do regime geral, formal e material, a que se submetem as intervenções legais restritivas dos direitos, liberdades e garantias (GOUVEIA, 2015, p. 344).

Esse vem a ser o princípio da autorização constitucional expressa, que resume as preocupações de segurança que o legislador constitucional teve no sentido de evitar a fraude à Constituição e de, por conseguinte, impedir uma intervenção legal restritiva incontroável (o art. 56, n.º 3, da CRM, citado por GOUVEIA, 2015, p. 344).

Duas são, pois, as condições que daqui se inferem: a necessidade de o preceito constitucional prever essa intervenção restritiva; e a imposição de que essa autorização, para restringir, seja feita a título expresse.

Mas, é possível fazer a respetiva indicação, assim se legitimando uma intervenção restritiva pela respetiva invocação, da qual se evidenciam os seguintes (GOUVEIA, 2015, p. 346):

- a segurança do Estado e a segurança pública;

- a proteção do ambiente e do ordenamento do território;
- a defesa dos bens coletivos ao consumo e à saúde; e
- a dignidade da pessoa humana.

7 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO LIMITE À REVISÃO CONSTITUCIONAL

De acordo com o plasmado no n.º 1 do artigo 300 da CRM, as leis de revisão constitucional devem respeitar, entre outros:

- os direitos, liberdades e garantias fundamentais (alínea d);
- o sufrágio universal, directo, secreto, pessoal, igual e periódico na designação dos titulares electivos dos órgãos de soberania nas províncias e do poder local (alínea e);
- o pluralismo de expressão e de organização política, incluindo partidos políticos e o direito de oposição democrática (alínea f);
- os direitos dos trabalhadores e das associações sindicais (alínea k);
- as normas que regem a nacionalidade, não podendo ser alteradas para restringir ou retirar direitos de cidadania (alínea l).

Portanto, a alteração das matérias respeitantes aos direitos fundamentais está obrigatoriamente sujeita a referendo, conforme impõe o n.º 2 do artigo 300 da CRM.

Assim, essas alíneas do n.º 1 do artigo 300 significam (MIRANDA, 2017, p. 450):²

- a) as leis de revisão têm de respeitar (ou seja, manter e preservar) os direitos, liberdades e garantias e os direitos sociais que correspondam a limites transcendentais ao Direito estatal ou, doutro ângulo, pelo menos, os direitos, liberdades e garantias que, mesmo em estado de necessidade, não podem ser suspensos;

² Atinente à interpretação do artigo 288 da CRP pertinente aos limites materiais de revisão constitucional, com um conteúdo análogo ao artigo 300 da Constituição da República de Moçambique (CRM).

- b) as leis de revisão têm de respeitar os direitos, liberdades e garantias que correspondam a limites imanentes à legitimidade democrática da Constituição, como o direito de sufrágio e o direito de associação política;
- c) as leis de revisão têm de respeitar o conteúdo essencial dos demais direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais (ou, porventura, numa visão mais mitigada, o conteúdo essencial do sistema desses direitos, podendo então vir a diminuir o seu elenco ou a afetar o conteúdo essencial de qualquer deles, desde que não fique prejudicado o sistema global);
- d) as leis de revisão têm de respeitar o regime dos direitos fundamentais – tanto os regimes comuns como os regimes específicos;
- e) as leis de revisão não podem estabelecer derrogações a normas de direitos, liberdades e garantias, mormente derrogações ou ruturas materiais de sentido restritivo;
- f) as leis de revisão têm de respeitar o princípio do art. 16.9, n.º 2, e a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Não se trata de impedir qualquer modificação textual ou até de sentido dos preceitos a que se referem as alíneas do n.º 1 do artigo 300 (MIRANDA, 2017, p. 450). Trata-se, sim, de respeitar os princípios a eles subjacentes: os princípios de salvaguarda da vida humana, de liberdade de imprensa, de sufrágio universal, de liberdade sindical, do direito ao trabalho, do direito ao ensino, etc. (MIRANDA, 2017, p. 450).

A garantia trazida pelas cláusulas de limites materiais é de princípios, e não de preceitos (MIRANDA, 2007, p. 26, 27 e 236 e segs, referenciado por MIRANDA, 2017, p. 451).

O sentido fundamental dos limites materiais é: garantir, em revisão, a intangibilidade de certos princípios – porque é de princípios que se trata, não de preceitos avulsos (os preceitos poderão ser eventualmente modificados, até para clarificação ou reforço de princípios, o contrário seria absurdo) (MIRANDA, 2007, p. 213). Mesmo quando a Constituição proíbe a revisão de artigos sobre a revisão, são os princípios que visa defender, porventura aparelhando um mecanismo mais complexo para o efeito (MIRANDA, 2007, p. 213).

8 CRÍTICAS AO SISTEMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O sistema jurídico formalmente consagrado na Constituição da República não estabelece expressamente uma ligação entre o sistema de fiscalização da constitucionalidade e a tutela dos direitos fundamentais. O sistema jurisdicional de protecção dos direitos fundamentais não garante uma tutela efectiva dos direitos fundamentais, devido fundamentalmente aos seguintes factores:

- 1) a ausência de queixa constitucional, ou do recurso de amparo ou da reclamação constitucional, não permite que os cidadãos possam recorrer ao Conselho Constitucional em caso de violação dos direitos fundamentais;
- 2) o Conselho Constitucional só fiscaliza a constitucionalidade de actos normativos, ficando de fora dos actos não normativos ou políticos praticados pelos órgãos do Estado;
- 3) o Conselho Constitucional, não fiscaliza a inconstitucionalidade por omissão legislativa, o que leva a que a Constituição não esteja completamente regulamentada, o que gera omissões legislativas que lesam os direitos fundamentais dos cidadãos;
- 4) o acesso à justiça constitucional aos cidadãos é bastante limitado, pois só dois mil cidadãos é que podem solicitar a apreciação de inconstitucionalidade, conforme impõe a alínea g) do n.º 2 do artigo 245;
- 5) não há uma clareza sobre os procedimentos do relacionamento entre os Tribunais comuns e o Conselho Constitucional na administração da justiça constitucional;
- 6) o Conselho Constitucional não tem competências para dirimir conflitos entre órgãos do Estado, limitando-se apenas aos conflitos entre os órgãos de soberania;
- 7) a falta de previsão dos direitos fundamentais de pessoas colectivas cria um vazio legal;
- 8) a falta de um regime de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão gera um vazio no sistema de protecção dos direitos fundamentais;
- 9) não há uma ligação formal expressa entre a tutela dos direitos fundamentais e a protecção da dignidade da pessoa humana;
- 10) a falta de clareza sobre o regime jurídico aplicável aos direitos económicos,

sociais e culturais, ou seja, a não clarificação se o regime das Garantias, Liberdades e Garantias Individuais, pode ser analogicamente aplicável aos direitos económicos, sociais e culturais.

9 CONCLUSÃO

A Constituição da República consagra um catálogo extenso de direitos fundamentais, de natureza cívica, política, económica, social e cultural.

Embora haja um regime específico definido sobre os direitos, liberdades e garantias individuais, todo o catálogo dos direitos fundamentais configura uma unidade sistémica que visa à protecção da dignidade da pessoa humana.

O legislador constituinte optou por uma abordagem aberta dos direitos fundamentais, pelo que a Constituição da República não é a única fonte de direitos fundamentais, devendo considerar-se também factos supranacionais e infraconstitucionais.

Apesar da unidade sistémica, deve-se considerar que os direitos económicos, sociais e culturais têm um carácter programático e não são imediatamente exequíveis, pois exigem a criação de condições materiais pelo Estado em função dos recursos e meios disponíveis.

Contudo, não basta a existência de catálogo extenso de direitos fundamentais para a sua efectivação. É necessário a consagração de mecanismos de tutela graciosa e jurisdicional efectivos.

Em nível jurisdicional, as principais fragilidades da tutela dos direitos fundamentais resultam dos seguintes factores:

- a inexistência da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão legislativa;
- a inexistência do recurso extraordinário de inconstitucionalidade, ou da reclamação constitucional ou ainda queixa constitucional;
- o Conselho Constitucional só fiscaliza e declara a inconstitucionalidade de actos normativos dos órgãos de Estado, deixando de fora os actos não normativos, e os actos normativos de entidades privadas, ainda que violem os direitos fundamentais, embora estes sejam de aplicação imediata e vinculem a todas entidades públicas e privadas;

- a falta de uma extensão formal expressa ou por analogia do regime dos direitos, liberdades e garantias individuais aos direitos económicos, sociais e culturais.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais**: introdução geral. 2. ed. Cascais: Principia, 2018a.

ALEXANDRINO, José de Melo. **Lições de direito constitucional**. v. II. 3. ed. Lisboa: AAFDL, 2018b.

ALEXANDRINO, José de Melo. O papel dos tribunais na protecção dos direitos fundamentais. Texto da palestra proferida na Conferência alusiva ao 2.º Aniversário do Tribunal Constitucional de Angola, organizada pelo Tribunal Constitucional de Angola e pelo Instituto de Cooperação Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 5 de Agosto de 2010, na Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, em Luanda.

ALEXANDRINO, José de Melo. Os tribunais e a defesa dos direitos fundamentais: reflexões em torno da experiência Cabo-Verdiana. In: ALEXANDRINO, José de Melo. **Elementos de direito público lusófono**, Coimbra: Coimbra Ed., 2011.

ALEXANDRINO, José de Melo. Sim ou não ao recurso de amparo? In: RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de (Coord). **Perspectiva de reforma da justiça constitucional em Portugal e no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2012.

AMARAL, Maria Lúcia. Direito de acesso dos particulares à jurisdição constitucional. Intervenção proferida no Seminário Internacional sobre o Direito de Acesso à Justiça, realizado em Luanda em novembro de 2011. Disponível em: <cjcjplp.tribunalconstitucional.pt>.

ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

ANGOLA. Constituição da República de Angola. 2010.

BELEZA, Maria dos Prazeres Pizarro. Tutela judicial efectiva e acesso dos cidadãos ao tribunal constitucional. In: **Revista Julgar**, Lisboa, Almedina/ Associação Sindical dos Juizes Portugueses, n. 29, p. 61-75, maio-ago. 2016.

BOTELHO, Catarina Santos. Acesso dos particulares ao tribunal constitucional? uma esperada revisão constitucional. Disponível em: <<https://observador.pt>>.

BOTELHO, Catarina Santos. **A tutela directa dos direitos fundamentais: avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucionais.** Coimbra: Almedina, 2010.

BOTELHO, Catarina Santos. Haja uma nova jurisdição constitucional: pela introdução de um mecanismo de acesso directo dos particulares ao tribunal constitucional. In: **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, Almedina, ano 70, v. I/IV, 2010.

BOTELHO, Catarina Santos. O lugar do tribunal constitucional no século XXI: os limites funcionais da justiça constitucional na relação com os demais tribunais e com o legislador. In: **Revista Julgar**, Lisboa, Almedina/Associação Sindical dos Juizes Portugueses, n. 34, jan.-abr. 2018.

BRITO, José de Sousa. A jurisdição constitucional e princípio democrático. In: Tribunal Constitucional, legitimidade e legitimação da justiça constitucional: Colóquio do 10.º aniversário do Tribunal Constitucional, Lisboa, 28 a 29 de maio de 1993.

CANAS, Vitalino. **Estudos sobre direitos fundamentais.** Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

CANAS, Vitalino. **O processo de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade pelo tribunal constitucional: natureza e princípios estruturantes.** Coimbra: Coimbra Ed., 1986.

CANAS, Vitalino. **Princípios estruturantes dos processos de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade.** Lisboa, 1985.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O acesso à justiça constitucional. In: CONFERENCIA DAS JURISDIÇÕES CONSTITUCIONAIS DOS PAÍSES DE LÍNGUA PORTUGUESAS (Conferência), Luanda, 24 de junho de 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa.** 3. ed. rev. Coimbra: Coimbra Ed., 1993.

CISTAC, Gilles. História constitucional da pátria amada. In: PEQUENINO, Benjamim (Coord.). **Evolução constitucional da pátria amada.** Maputo: Instituto de Apoio à Governação e Desenvolvimento, 2009.

CISTAC, Gilles. O conselho constitucional como regulador do sistema jurídico-político moçambicano. In: DELGADO, José Pina; SILVA, Mário Ramos Pereira (Org.). **Estudos em comemoração do XX aniversário da constituição da República de Cabo Verde**. Praia: ESCJS, 2013.

COSTA, José Manuel M. Cardoso. **A jurisdição constitucional em Portugal**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed. 1992.

COSTA, José Manuel M. Cardoso. A tutela dos direitos fundamentais. In: **Documentação e direito comparado**, Lisboa, Suplemento do Boletim do Ministério da Justiça, n. 5, p. 201-227, 1981.

HÄBERLE, Peter. **Le libertà fondamentali nello stato costituzionale**. Trad. A. Fusillo; R. W. Rossi. Roma: Caroci, 1993. (título original: Die wesengeltgarantie des art. 9 abs. 2 gründgesetz)

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Direito constitucional de Moçambique**. Lisboa: Instituto do Direito de Língua Portuguesa, 2015.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de direito constitucional**. v. I. 6. ed. Lisboa: Almedina, 2016a.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de direito constitucional**. v. II. 6. ed. Lisboa: Almedina, 2006b.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **O estado de exceção no direito constitucional**. v. II. Lisboa: Almedina, 1999.

FONSECA, Guilherme. Tribunais constitucionais. In: **Revista Julgar**, Lisboa, Almedina/Associação Sindical dos Juizes Portugueses, n. 34, jan.-abr. 2018.

GOMES, Carla Amado. Pretexto e texto da intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Centro de Investigação de Direito Público, 2003. Disponível em: <www.icjp.pt>.

GUENHA, João A. Ubisse. O CC como órgão especializado na administração da justiça constitucional. In: SEMINÁRIO SOBRE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EM MOÇAMBIQUE (Apresentação), Quelimane, 2008.

GUERRA, Rosa Maria. **O recurso extraordinário de inconstitucionalidade: problemas da configuração do regime jurídico e da natureza**. Lisboa: Ed. Universidade Católica, 2017.

HESSE, Konrad. **Grundzüge des verfassungsrechts der bundesrepublik Deutschland**. 20. ed. Heidelberg: Müller, 1995.

JUSTINO, Justino Felizardo. **O regime jurídico do acesso dos cidadãos à justiça constitucional moçambicana**: em fiscalização concreta à luz da constituição de 2004. Beira: Eundza, 2018.

MENDES, Armindo Ribeiro. Reforma e simplificação do processo constitucional em Portugal. In: RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de (Coord). **Perspectiva de reforma da justiça constitucional em Portugal e no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2012.

MIRANDA, Jorge. **A constituição de 1976**: formação, estrutura, princípios fundamentais. Lisboa: Petrony, 1978.

MIRANDA, Jorge. **Aperfeiçoar a constituição**. Coimbra: Almedina, 2021.

MIRANDA, Jorge. Controle da constitucionalidade e direitos fundamentais. In: **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, EMERJ, v. 6. n.º 21, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. t. II. 6. ed., rev. e actual. Coimbra, Coimbra Ed., 2007.

MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa. In: **Revista Española de Derecho Constitucional**, ano 6. núm. 18, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Septiembre-Diciembre, 1986.

MOÇAMBIQUE. Assembleia da República. Texto final do projecto da Constituição da República de Moçambique e Adenda. V Legislatura. Maputo, 2004.

MOÇAMBIQUE. Conselho Constitucional. Balanço de Actividades Desenvolvidas pelo Conselho Constitucional 2003-2008. Disponível em: <<http://www.cconstitucional.org.mz>>.

MOÇAMBIQUE. Constituição da República Popular de Moçambique de 1975. Maputo, **Boletim da República**, nº 1, I Série, de 25 de junho de 1975.

MOÇAMBIQUE. Constituição da República Popular de Moçambique de 1990. Maputo, **Boletim da República**, nº 44, I Série, Suplemento, de 2 de novembro de 1990.

MOÇAMBIQUE. Constituição da República de Moçambique de 2004. Maputo, **Boletim da República**, nº 51, I Série, de 22 de dezembro de 2004.

MOÇAMBIQUE. Lei 2/2022, de 21 de janeiro. Aprova a Lei Orgânica do Conselho Constitucional e revoga a Lei 6/2006, de 2 de agosto e a Lei 5/2008, de 9 de junho.

MOÇAMBIQUE. Lei 4/2003, de 21 de janeiro. Lei Orgânica do Conselho Constitucional.

MOÇAMBIQUE. Lei 6/2006, de 2 de agosto. Aprova a Lei Orgânica do Conselho Constitucional e revoga a Lei 9/2003, de 22 de outubro.

MOÇAMBIQUE. Lei 9/2003, de 22 de outubro. aprova a Lei Orgânica do Conselho Constitucional e revoga a Lei 4/2003, de 21 de janeiro.

MODUGNO, Franco. **I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale**. Torino: Giapicelli, 1995.

MORAIS, Carlos Blanco de. Que reformas para a justiça constitucional portuguesa. In: RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de (Coord). **Perspectiva de reforma da justiça constitucional em Portugal e no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2012.

MOTA, Marcelo Moraes. Tutela jurisdicional dos direitos fundamentais e concepções democráticas. CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, XVII, **Anais...** Brasília-DF, 20, 21 e 22 de novembro de 2008. Disponível em: <www.publicadodireito.com.br>.

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana: dignidade e inconstitucionalidade**. v. II. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2017.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais, triunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

PORTUGAL. Lei 28/82, de 15 de novembro, alterada pela Lei 143/85, de 26 de novembro e pela Lei 85/89, de 7 de setembro. Lei Orgânica do Tribunal Constitucional de Portugal.

QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais: teoria geral**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura**. Coimbra: Almedina, 2007.

VAZ, Manuel Afonso. Lei e reserva de lei: a causa da lei na constituição portuguesa de 1976. Porto: Universitas Catholica Lusitana, 1996.

Submissão em: 29 de abril de 2022

Último Parecer favorável em: 17 de agosto de 2022

Como citar este artigo científico

MACUÁCUA, Edson da Graça Francisco. O sistema constitucional dos direitos fundamentais em Moçambique. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 3, n. 2, p. 14-43, maio-ago. 2022.

COMPARATIVE LAW BEFORE 1900

GEORGE MOUSOURAKIS¹

ABSTRACT

Modern comparative law emerged in the late nineteenth century primarily as a response to problems caused by the fragmentation of national laws in Europe. Its principal goal was to restore a measure of legal unity and lay the foundations of a science of law that would have the universal character of a genuine science. This paper examines the role of legal comparatism in early modern European legal thought and practice with the view to tracing some key ideas that contributed to the rise of the contemporary comparative law discourse. First, attention is given to the development of the comparative approach to law in the Renaissance and Enlightenment eras – a period marked by the emergence of scientific rationalism and the rise of the modern nation-state and national legal systems. The paper then discusses the contribution of nineteenth century thinkers who endeavoured to explain legal phenomena on a historical-comparative plane and, in this way, paved the way for the recognition of comparative law as a special branch of legal science.

1 INTRODUCTION

During the High Middle Ages (11th–13th centuries), political stability and improved social and economic conditions in Western Europe precipitated a revival of interest in the study of law. By the end of the eleventh century the

¹ Professor, Hiroshima University, School of Law and Graduate School of Humanities and Social Sciences; Fellow, Max Planck Institute, Germany. The first draft of this article was written at the Max Planck Institute for European Legal History and the University of Frankfurt. I wish to record my thanks to Professor Dr. Guido Pfeifer of the University of Frankfurt and the academic and administrative staff of the Max Planck Institute for their hospitality and support.

antiqui, the jurists concerned with the study of Germanic law, were superseded by the *moderni*, whose interest lay primarily in Roman law as transmitted through the sixth century codification of Emperor Justinian.

The systematic analysis and interpretation of Roman law was the exclusive preoccupation of the jurists from the famous law school of Bologna, known as the school of the Glossators. From the thirteenth century a new breed of jurists, known as Commentators, sought to develop contemporary law by adapting Roman law, as expounded by the Glossators, to the social and economic conditions of their own era. The positive law enforced by the courts at that time comprised Roman law, the customary law of Germanic or feudal origin, the statute law of the Holy Roman Empire of the German nation (established in the tenth century AD) and the self-governing municipalities, and canon law.

The integration of these bodies of law into a unitary system was the main concern of the Commentators. The result was the creation of a system of law in which the non-Roman element was, so to speak, Romanized.

The body of law developed by the Glossators and the Commentators, as the product of a synthesis between non-Roman elements and Roman law, achieved universal validity as 'written reason' (*ratio scripta*) and was received in nearly all European countries; thus, it became the 'common law' (*ius commune*) of Continental Europe. Like the Latin language and the universal Church, the *ius commune* was an aspect of the unity of the West at a time when there were no strong centralized political administrations and no unified legal systems.

The universal *ius commune* was juxtaposed with the *ius proprium*, the local laws of the diverse medieval city-states and other political entities. But the universal and local laws were not necessarily antithetical; they were complementary, and each interacted with and influenced the other. Statutory enactments born out of the need to address situations not provided for by the *ius commune* were often formulated and interpreted according to the concepts developed by scholars of the *ius commune*, who also took local law into consideration.

In their role as judges, lawyers and public officials, jurists trained in Roman law regarded local law as an exception to the *ius commune*, and therefore as something requiring restrictive interpretation. Furthermore, they tended to interpret local law based on concepts and terminology derived from Roman law, thereby bringing it into line or harmonizing it with the *ius commune*.

In the sixteenth and subsequent centuries, the medieval feudal nobility was defeated by a central power that also represented the interests of the expanding urban class and the lower gentry. As a result, the role of legislation gained prominence as a means of centripetal policy. Furthermore, the idea

of national social consensus, or that the members of a nation had common interests, emerged as a basic assumption. During that period, the nascent idea of the nation-state and the increasing consolidation of centralized political administrations diversely affected the relationship between the received Roman law and local legal systems.

2 PIONEERS OF COMPARATIVE LAW IN THE RENAISSANCE AND ENLIGHTENMENT ERAS

In the sixteenth century, the homologation of French customary law, i.e., its official compilation and subsequent promulgation by decree, prompted jurists to employ the comparative method in the study of law. This method had already been common among the French humanists, who are also credited with the invention of the modern historical method.² Guy Coquille's work *Institution au droit des Francois*, published in 1607, deserves special mention here. Coquille (1523-1603) studied humanities in Paris and law in Padua and Orleans and practiced law in the customary courts of Nivernais, where he worked as an advocate for the local *Parlement*.³

In his work he sought to explore the laws and customs of France in a comprehensive and comparative manner. His *Institution* begins with the titles of the homologated custom of Nivernais, stating the rules of that custom relating to each title and also comparing them with relevant rules prevailing in other regions. For instance, in the title on marital property, he notes that the rule applying in Nivernais is that a married woman must obtain her husband's consent in order to make a testament. He then proceeds to say that the same rule applies in the territory of Burgundy, whilst in Rheims, Auxerre, Berry and Poitou the rule is to the contrary. Once the conflict has been identified, Coquille (like other jurists of this era) proceeds to ask: what is the 'true rule' that should be applying in such cases? His answer to this question is that the correct rule is that a testament cannot depend on the will of another person, for this is the nature of a testament. He seeks to justify this view by reference to certain passages in the Digest of Justinian.

² The method adopted by the humanist scholars in France for the study of Roman law became known as *mos gallicus* (in contradistinction with the *mos italicus* of the Bolognese jurists) or *Elegante Jurisprudenz*. By drawing attention to the historical and cultural circumstances in which law develops, the humanists prepared the ground for the eventual displacement of the Roman-based *ius commune* and the emergence of national systems of law.

³ The *parlements* were regional judicial and legislative bodies in France's *Ancien Regime*: the social and political system that prevailed in France under the late Valois and Bourbon dynasties from the fifteenth century to the time of the French Revolution in the later eighteenth century. There were twelve *parlements*, with the largest one being based in Paris and the rest in the provinces. The relevant offices could be transferred by inheritance or acquired by purchase.

Although this is not taken to render the custom of Nivernais or Burgundy invalid, it limits the scope of the relevant rule: if the custom is abolished, then the rule has no force because the *ius commune* provides otherwise. Furthermore, a rule that departs from the *ius commune* is regarded as introducing a kind of privilege, exercisable only by those persons to whom it has been given. In other words, Coquille does not deny that customs contrary to the *ius commune* exist but asserts that such customs are applicable only in those (exceptional) situations to which they clearly pertain.

A similar approach was followed by the Italian jurists of the fifteenth century when they were faced with statutes that were contrary to the *ius commune*: such statutes were narrowly construed. Occasionally, Coquille adopts the view that a customary rule is flat-out wrong, either because it goes against higher principles or because it does not correspond with social reality (this argument is usually only hinted at). Fifteenth century Italian jurists, on the other hand, hardly ever employ arguments of the latter type. But Coquille and other French jurists of this period go beyond the earlier Italian jurists in another respect: they seek to find common principles that underpin the divergent French customs when no reference to the *ius commune* can be made. Furthermore, they utilize principles and methods of the *ius commune* in analysing a customary system of law that, unlike the statutory enactments of the Italian city-states, was not regarded as being founded on the *ius commune*.⁴

In the seventeenth and eighteenth centuries, as national systems of law continued to burgeon, European jurists focused their attention on the study and mastery of their own domestic legal systems. Despite the absence of a systematic practice of comparative law, several scholars stressed the importance for lawyers of the need to look outside their own systems of law in order to make a true assessment of their worth. The English philosopher Francis Bacon (1561-1626), for example, proposed the development of a system of universal justice by means of which one might assess and seek to improve the legal system of one's own country (BACON, 1623, bk. VIII, c. 3). However, although Bacon asserted that the propositions of this system should be based, at least to some extent, on the study of diverse systems of law, he set them down without buttressing them with foreign legal material.

The German philosopher Gottfried Wilhelm von Leibniz (1646-1716) proposed a plan for the creation of a 'legal theatre' (*theatrum legale*), an imagined repository that would embrace the entire corpus of the laws of all peoples at all places and in all times.⁵ This, Leibniz assumed, could become the driving

⁴ For a closer look at the role of legal comparatism in sixteenth-century French legal thought see Donahue (2019, 3, 13 ff.).

⁵ See Von Leibniz (1667). Leibniz proposed a fourfold partition of jurisprudence: positive or didactic, historical, exegetic, and interpretative.

force behind the comparative study of laws and would allow for the discovery or articulation of truly universal legal principles. Hugo Grotius (1583-1645), a leading representative of the School of Natural Law, employed the comparative method to place the ideas of natural law on an empirical footing. Believing that the universal propositions of natural law could be proved not only by mere deduction from reason but also by the fact that certain legal rules and institutions were recognized in diverse legal systems, he used legal material from diverse countries and ages to illustrate and support his system of natural law.

Other members of the Natural Law School who utilized this method include John Selden (1584-1654), Samuel von Pufendorf (1632-1694) and Christian von Wolff (1679-1754).

Selden, a celebrated lawyer and a man whose legal opinions ranked high among his contemporaries, stressed the importance of the comparative study of laws which, he believed, should be based on a profound understanding and knowledge of the history of legal institutions in different countries and ages.⁶

In this respect, his work is viewed as marking the beginning of comparative legal history. Pufendorf was the first modern legal philosopher who elaborated a comprehensive system of natural law comprising all branches of law.⁷ His work exercised an influence on the structure of later codifications of law, in particular on the 'general part' that is commonly found at the beginning of civil codes and in which the basic principles of law are laid down. Drawing on the work of Leibniz and Pufendorf, Wolff proposed a system of natural law that he alleged to make law a rigorously deductive science. His system exercised considerable influence on the eighteenth and nineteenth-century German codifiers and jurists, as well as on legal education in German universities. Although their methods differed, both Pufendorf and Wolff sought to base their theories partly on deduction and partly on observation of facts.

Although their approach is different from that employed by modern comparatists, some aspects of their work can be described as comparative in the sense that they occasionally rely on examples drawn from diverse systems of law to support the premises on which they worked.

⁶ Selden explored the influence of Roman law on the common law of England and applied the comparative method in the *History of Tithes*, one of his best-known works, and in his treatises on Eastern legal systems.

⁷ Pufendorf is best known for his book *De jure naturae et gentium* (On the Law of Nature and Nations, 1672). His earlier work *Elementa jurisprudentiae universalis* (Elements of a Universal Jurisprudence, 1660) led to his being appointed to a chair in the Law of Nature and Nations especially created for him at the University of Heidelberg. According to Wolff (1994, p. 298), "Pufendorf combines the attitude of a rationalist who describes and systematizes the law in the geometrical manner with that of the historian who rummages through the archives and who explores historical facts and personalities."

Elements of the comparative method can also be detected among Enlightenment thinkers who were only partially members of the Natural Law School, such as Robert-Joseph Pothier (1699-1772), as well as among authors who did not belong to this School, such as Giovanni Battista Vico (1668–1744) and, in particular, Charles-Louis de Secodot, baron de la Brède et de Montesquieu (1689-1755), regarded as the most important precursor of modern comparative law.

2.1 Montesquieu

Montesquieu studied law at the University of Bordeaux and, from 1716, held the office of Président à Mortier in the Parlement of Bordeaux, which was at the time mainly a judicial and administrative body. In 1748 he published his famous work *On the Spirit of the Laws (de l'esprit des lois)*, in which he sought to explain the nature of laws and legal institutions.⁸

According to Montesquieu, positive law is oriented towards the idea of justice. But since positive law constitutes only an approximation (rather than a realization) of justice, the question presents itself upon what basis such an approximation can be envisaged. In addressing this question, Montesquieu departs from the natural law tradition, which sought to give a universal answer to this question and proposes that every people must formulate its laws in accordance with its own particular spirit, as shaped by the historical, sociological, political and economic conditions in which it develops. From this point of view, the key to understanding different legal systems is to recognize that they should be adapted to a variety of diverse factors.

In particular, laws should be adapted

to the people for whom they are framed, to the nature and principle of each government, to the climate of each country, to the quality of its soil, to its situation and extent, to the principal occupation of the natives [...] [Laws] should have relation to the degree of liberty the constitution will bear, to the religion of the inhabitants, to their inclinations, riches, numbers, commerce, manners, and customs [...]. [Laws] have relations to each other, as also to their origin, to the intent of the legislator, and to

⁸ Montesquieu's work represents an early attempt to construct a theory of positive law and a veritable science of legal history. See Rabello (2000, p. 147-156).

the order of things on which they are established; in all of which different lights they ought to be considered.⁹

Montesquieu further asserts that laws are relative and that there are no 'good' or 'bad' laws in the abstract. Each law must be considered in relation to its background, its surroundings, and its antecedents. Only if a law fits well into this framework, it may be regarded as a good law. Montesquieu's relativistic approach to laws and legal systems had its roots in sixteenth century French thought, especially that of Huguenot scholars, who called in question the universal authority of Roman law as well as the universal power of the Roman Catholic Church.¹⁰ Furthermore, in contrast to seventeenth century Natural Law School writers, Montesquieu's work is marked by the great increase in the cultural and geographical range of the examples used, a product, without doubt, of the greater knowledge that was reaching Europe of countries like China, Japan, and India. Thus, less attention is given to examples from antiquity, although these are certainly not lacking (see LAUNAY, 2001, p. 24).

Montesquieu held that there are three types of government: republican (ruled by an elected leader), monarchical (ruled by a king or queen), and despotic (ruled by a dictator). These are in turn grouped according to whether they are founded on law or not: republican and monarchical governments are taken to rest on law, whilst despotic ones do not. Whether the doctrine of the separation of powers, as devised by Montesquieu, operates in a monarchical or in a republican context, it is imperative that the powers are clearly separated by the basic law and are fixed with respect to their respective functions and provinces.

Only when these conditions are met, can political freedom be warranted. Montesquieu's criticism of absolute monarchy, as it emerges from his *On the Spirit of the Laws* (see LAUNAY, 2001, p. 25-26). has its roots in the implicit conflict between the French *parlements* and the monarchy.¹¹ Montesquieu sought to defend the *parlements* and the interests of the aristocracy they represented, by drawing a comparison between France and Western Europe in general with

⁹ *De l'esprit des lois*, Book 1, Ch. 3. As Gutteridge (1949, p. 6) has remarked, it was Montesquieu "who first realized that a rule of law should not be treated as an abstraction but must be regarded against a background of its history and the environment in which it is called upon to function.". According to contemporary scholars, Montesquieu's work also set the foundations of modern legal sociology. As Leopold Pospisil (1971, p. 138) has remarked, "With his ideas of the relativity of law in space as well as in time, and with his emphasis on specificity and empiricism, [Montesquieu] can be regarded as the founder of the modern sociology of law in general and of the field of legal dynamics in particular.". Consider also Launay (2001, p. 22).

¹⁰ The Huguenots were French Protestants who, due to religious persecution, were forced to flee France to other countries in the sixteenth and seventeenth centuries.

¹¹ The great majority of the members of the *parlements* belonged to the French aristocracy and tended to react with hostility whenever the monarchy introduced measures taken to undermine their own privileges.

other societies and forms of government that existed in Europe in the past or prevailed in other parts of the world. His chief concern was to demonstrate the supremacy of European political systems, especially constitutional monarchy, over Asian absolutism, and other ‘primitive’ systems,¹² without, however, to support European territorial ambitions for, according to him, such ambitions were the hallmark of absolutism.¹³

In his work Montesquieu combines a rational principle, namely, that of the constitutional state, with various laws of nature in order to construe the legal system of each society as an expression of its ‘spirit’. This ‘spirit’ is not elevated to the status of an absolute principle (as in Hegel), but remains relative and, in the final analysis, subject to the abstract measuring rod of a rational justice.¹⁴

It is important to note, however, that Montesquieu seeks to detach laws from the fetters of rationalism¹⁵ and explain them by reference to the nature of things on the ground and in terms of their functions. He identifies nine different kinds of law: the law of nature; divine law; ecclesiastical law; international law; general constitutional law; special constitutional law; the law of conquest; civil law; and family law. These forms of law are taken to constitute disparate legal orders whose principles must be clearly kept apart if one wishes to create sound legal rules.

From this general assumption, Montesquieu proceeds to develop a series of important distinctions between diverse fields of law. In the *On the Spirit of the Laws* Montesquieu draws attention to the importance for the legislator of the comparative study of the laws of diverse nations. He declares that “to determine which of the systems [under comparison] is most agreeable to reason, we must take them each as a whole and compare them in their entirety.” (MONTESQUIEU, 2001b, p. 11). He adds that “as the civil laws depend on the political institutions, because they are made for the same society, whenever there is a design of adopting the civil law of another nation, it would be proper to examine beforehand whether both [nations] have the same institutions and the same political law” (MONTESQUIEU, 2001b, p. 13).

¹²It should be noted here that not all of Montesquieu’s contemporaries subscribed to his notion of ‘Asian despotism.’ For instance, Voltaire, who opposed the privileges of the aristocracy and steadfastly supported the monarchy against the power of the *parlements*, spoke very highly of China and other Asian systems of government. See Launay (2001, p. 37).

¹³It is thus unsurprising that Montesquieu regarded the conquest of America by the Spanish as disastrous for both Spain and the peoples of that continent and opposed similar actions by the Europeans in Asia and Africa.

¹⁴Montesquieu’s notion of the spirit of a nation bears a certain resemblance to Rousseau’s concept of the general will and to some extent corresponds to the modern notion of a system of values or beliefs. According to him, one should not attempt to change the habits and customs of a people by means of laws, for such laws would appear too tyrannical. See Montesquieu (2001a, p. 14).

¹⁵The notion that one can arrive at substantial knowledge about the nature of the world by pure reasoning alone and without appeal to any empirical premises.

Montesquieu's ideas found genuine resonance among later philosophers both in France and abroad. A prominent case in point is Hegel who, in his *Philosophy of Right*, pays tribute to the French thinker in many ways, while at the same time bending the latter's views in the direction of his own absolute idealism.

Thus, in his discussion of the character of law and its relation to the 'nature of things', Hegel declares that natural law, or law from the philosophical point of view, is distinct from positive law, but to pervert their difference into an opposition and contradiction would be a gross misunderstanding. He then proceeds to add that in this point Montesquieu proclaimed the true historical view and the genuinely philosophical position, namely, that legislation [or law] both in general and in its particular provisions is to be treated not as something isolated and abstract but rather as a subordinate moment in a whole, interconnected with all the other features which make up the character of a nation and an epoch. It is only when viewed in this connectedness that laws acquire their true meaning and hence their justification (HEGEL, 2001, p. 24).

At a later point in the section on constitutional law, Hegel reiterates the praise when he states that it was Montesquieu above all who drew attention to both the connectedness of laws and the philosophical principle of always treating the part in its relation to the whole (HEGEL, 2001, p. 199-200).

3 FOUNDATIONS OF MODERN COMPARATIVE LAW

The growth and consolidation of the nation-state during the eighteenth and nineteenth centuries and the growth of national legislation brought to an end legal unity in Europe and the universality of European legal science. National ideas, historicism, and the movement towards the codification of law gave rise to a sources-of-law doctrine that tended to exclude rules and decisions which had not received explicit recognition by the national legislator or the national judiciary. Whether one stressed the *will of the nation* as a source of law or held that law expressed the organic development of the *national spirit*, law came to be viewed as a national phenomenon. In this context, foreign law could not be regarded as authoritative; it might only provide, through the medium of legal science, examples, and technical models for the national legislator.

As the industrial revolution in Europe advanced, an extraordinary growth of legislative activity was stimulated by the need to modernize the state and address new problems generated by technical and economic developments. In

drafting codes of law, the national legislators increasingly relied on large-scale legislative comparisons that they themselves undertook or mandated. Interest in the comparative study of laws, especially in the field of commercial and economic law, was also precipitated by the expansion of economic activities and the growing need for developing rules to facilitate commercial transactions at a transnational level.

By the close of the nineteenth century comparative law was associated with a much loftier goal, namely, the unification of law or the development of a common law of civilized mankind (*droit commun de l'humanité civilisée*), as declared at the first International Congress of Comparative Law held in Paris in the summer of 1900. At that Congress, the famous French comparatist Raymond Saleilles asserted that the chief aim of comparative law is the discovery, through the study of diverse legal systems, of norms and principles common to all civilized mankind. Such universal norms and principles may be taken to constitute the basis of a relatively ideal law – a kind of natural law with a changeable character.¹⁶

A second strand of universalism, connected with the development of comparative law was historicism, which in the nineteenth century became the basic paradigm of almost all sciences. The primary objective of legal-historical comparatism was to reveal the objective laws governing the process of legal development and, following the pattern of the Darwinian theory of evolution, to extend the scope of these laws to other social phenomena. The idea of the organic evolution of law as a social phenomenon led jurists to search for basic structures, or a 'morphology', of law and other social institutions. They sought to construct evolutionary patterns that would enable them to uncover the essence of the 'idea of law'.¹⁷ The works of nineteenth century scholars, which endeavoured to explain legal phenomena on a historical-comparative plane, paved the way for the recognition of comparative law as a branch of legal science and a distinct academic discipline. This approach to comparative law also received strong impulses from other sciences that at that time had recourse to the comparative method of analysis.

¹⁶ Notwithstanding the decline of the idea of natural law in the nineteenth century, many scholars still believed in a universal truth, hidden behind historical and national variations, which could be brought to light through the comparative study of laws. In the words of the German philosopher Wilhelm Dilthey (1965, p. 77 at 99), "As historicism rejected the deduction of general truths in the humanities by means of abstract constructions, the comparative method became the only strategy to reach general truths." In 1852, Rudolf von Jhering (1955, p. 15) deplored the degradation of German legal science to "national jurisprudence", which he regarded as a "humiliating and unworthy form of science" and called for comparative legal studies to restore the discipline's universal character. See in general Stolleis (1998, p. 7-8, 12, 24); Zweigert and Kötz (1987, Chapter 4, 52 ff.).

¹⁷ The influence of this school of thought is reflected in more recent discussions of the nature and aims of the comparative study of laws. Consider, e.g., Rotondi (1968, p. 5, 13); Yntema (1958, p. 693, 698); Del Vecchio (1950, p. 686, 688). See also Bernhöft (1878, p. 36-37); Rothacker (1957, p. 13 at 17).

Like comparative anatomy, comparative physiology, comparative religion, comparative philology and, later, comparative linguistics, comparative law was swept along in the welter of comparative disciplines founded upon the comparative method. But the reasons for the rapid growth of comparative law in this period should be sought, above all, in historical reality. Developments such as the proliferation of national legislation, which often involved the borrowing of legal models from one country to another, the growth of transnational trade and commerce and the spread of European colonialism around the world drove jurists to transcend the framework of national law, giving further impetus to comparative legal studies.

3.1 The Roots of Comparative Law in Germany

By the end of the sixteenth century, Roman law had become firmly established as the common law of Germany.¹⁸ Germanic law had largely been rejected in favour of the more advanced Roman system and German jurisprudence had become essentially Roman jurisprudence.¹⁹ In some parts of Germany (such as Saxony), Germanic customary law survived, and certain institutions of Germanic origin were retained in the legislation of local princes and cities. Legal practitioners and jurists from the sixteenth to the eighteenth century executed the process of moulding into one system the Roman and Germanic law, which led to the development of a new approach to the analysis and interpretation of Roman law – referred to as *Usus modernus Pandectarum* ('modern application of the Pandects/Digest').

In the early years of the nineteenth century the French Civil Code enacted under Emperor Napoleon in 1804 attracted a great deal of attention in Germany and parts of the country adopted this law code as Napoleon extended his rule over Europe. However, the rise of German nationalism during the wars of independence compelled many scholars to stress the need for the introduction of a uniform law code for Germany to unite the country under one system of law and assist the process of its political unification. In 1814, Thibaut (1772-1840), a professor of Roman law at Heidelberg University, declared this view in a pamphlet entitled 'On the Necessity for a General Civil Code for Germany' (THIBAUT, 1814a, p. 1-32; THIBAUT, 1814b).

¹⁸ German scholars use the phrase '*Rezeption in complexu*', that is 'full reception', to describe this development.

¹⁹ The Roman law that was received embodied the Roman law of Justinian, especially the Digest or Pandects, as interpreted and modified by the Glossators and the Commentators. This body of law was further modified by German jurists to fit the conditions of the times and thereby a Germanic element was introduced into what remained a basically Roman structure.

Thibaut, a representative of natural law philosophy, claimed that the existing French, Prussian, and Austrian civil codes could serve as useful models for the German draftsmen. However, Thibaut's proposals encountered strong opposition from the members of the Historical School, headed by the influential jurist Friedrich Carl von Savigny (1779-1861).²⁰ Proceeding from the idea that law is primarily a product of the history and culture of a people and a manifestation of national consciousness (*Volksgeist*), Savigny argued that the introduction of a German Code should be postponed until both the historical circumstances that moulded the law in Germany were fully understood and the needs of the present environment were properly assessed.²¹

The influence of the Historical School and, perhaps more importantly, the lack of an effective central government, resulted in the abandonment of the early proposals for codification. At the same time, scholarly attention shifted from the largely ahistorical natural law approach to the historical examination of the two main sources of the law that applied in Germany, namely Roman law and Germanic law, in order to develop a true science of law. A group of scholars focused on the study of Germanic law, whilst others (including Savigny) concentrated on the study of Roman law and explored beyond the *ius commune* into the *Corpus Iuris Civilis* and other ancient sources.

The latter jurists set themselves the task of studying Roman law to expose its 'latent system', which could be adapted to the needs and conditions of their own society. In executing this task, these jurists (designated Pandectists) elevated the study of the *Corpus Iuris Civilis* and especially Justinian's Digest to its highest level. They produced an elaborate and highly systematic body of law (*Pandektenrecht*) for nineteenth century Germany.

The dominance of the Historical School and the conceptual jurisprudence of the pandectists in nineteenth century German legal thought account for the relative neglect of comparative law in Germany, especially during the period 1840-1870.²² In the early part of the nineteenth century, comparative law attracted the interest of a number of jurists, the most eminent of whom was Eduard Gans (1798-1839) (FRANKLIN, 1954, p. 141) who studied law at Berlin, Göttingen and finally Heidelberg, where he attended Hegel's lectures and

²⁰ Savigny officially founded the Historical School in 1815, together with his Berlin colleague Karl Friedrich Eichhorn (1781-1854).

²¹ Savigny (1814) elaborated his thesis in a pamphlet entitled 'On the Vocation of our Times for Legislation and Legal Science'.

²² It should be noted here, moreover, that nineteenth century German legal positivists tended to discount the value of comparative law as a branch of legal science. In the words of Bierling (1894, p. 33) comparative law is "of little or no use for learning the principles of law.". Even after German legal positivism yielded to the neo-Kantian search for 'just law' in the early twentieth century, some German jurists rejected the notion that comparative law may be relied on as a means of discovering the just law. They argued that the comparative study of laws that were factually conditioned could never enable us to grasp those unconditionally valid modes of thought that are needed for the scientific study of law. Consider, e.g., Stammler (1922, p. 11).

became thoroughly imbued with the principles of Hegelian philosophy.²³ In his famous work on the law of inheritance (GANS), Gans attempted a comparison of a diversity of legal systems (including Ancient Greek and Roman, Scandinavian, Scottish, Portuguese, Chinese, Indian, Hebrew, and Islamic) in the spirit of *Universalrechtsgeschichte* or Universal History of Law.

A revival of interest in comparative law occurred in the later part of the nineteenth century. This revival was triggered in part by a practical interest in the study of foreign laws for purposes of legislation and related to the movement for the codification and unification of the law in Germany.²⁴ Extensive comparative law research preceded the German Civil Code of 1900 and other enactments,²⁵ as well as legislative reforms in the field of criminal law. The rise of interest in comparative law during this period was associated also with a significant growth in historical, sociological, and anthropological scholarship. Of particular importance was the rise of ethnological jurisprudence, a field of study combining the perspectives of ethnology and comparative law and concerned with discovering “the origins and early stages of law in relation to particular cultural phenomena” (ADAM, 1958, 189 ff.).²⁶ Leading representatives of this field were Albert Hermann Post (1839–1895), Franz Bernhöft (1852-1933) and Josef Kohler (1849-1919).

Post’s starting point was the assumption that society is defined through the evolution of the law and its symbolic practices. If the legal order played a major part in shaping societal culture as a whole, as contemporary anthropologists recognized, then a historical approach to the study of law could engender a really scientific model of explanation only if it was able to integrate indigenous legal practices into a universal theory of legal evolution. The focus of Post’s scholarly endeavours was the construction of a general science of law on an anthropological basis. He describes what he refers to as ‘the universal law of mankind’ in terms of diverse forms of social organization, on the grounds that the law is a function of ‘social formations’ brought about by the ‘spirit’ or ‘mentality’ of a people.

²³ From a philosophical standpoint, the origins of German comparative law can be traced to the work of Hegel, especially his notion of the variety and asymmetry of human civilizations and their constituent institutions, such as law and ethics. According to Hegel, law and ethics are expressions of a historical evolution that is the manifestation of a national spirit, and the various national spirits in their entirety are manifestations of the world spirit.

²⁴ The practical aims of comparative law were drawn attention to in the world’s first journal devoted to comparative law, founded by Karl Salomo Zachariä and Karl Joseph Anton von Mittermaier in 1829. See Zachariä; Mittermaier (1829, p. 25).

²⁵ Reference should be made here to the General German Negotiable Instruments Law enacted in 1848 and the General German Commercial Code of 1861, both of which drew on comparative studies not only of the laws of different regions of Germany but also of the relevant laws of other European countries, such as the Dutch Commercial Code of 1838.

²⁶ The new interest in ethnological jurisprudence and related matters was given a focus in the *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, founded in 1878.

The historical and comparative study of laws received a considerable impetus through ethnology, which Post describes as “that new science which deals with the life of all nations according to a method arising purely from natural sciences and which has embraced into its realm all peoples on earth.” (POST, 1894, p. 2). According to him, comparative ethnology enabled jurists to discover “far-reaching parallels in the laws of all peoples on earth which could not be reduced to accidental correspondence, but which could only be regarded as emanations of the common nature of mankind.” (POST, 1894, p. 4).

Ethnological jurisprudence thus focuses on the discovery of those legal norms and institutions which can be found among all peoples of the world (POST, 1894, p. 7).²⁷ It should be noted that, although Post adopts a functional view of law as a product of a particular socio-psychological order, his work is concerned more with the systematic ordering of the bewildering multitude of customary laws than with explaining the evolution of legal systems.²⁸

Bernhöft stressed the importance of expanding the scope of comparative jurisprudence beyond the study of the Roman and Germanic legal systems, the focus of the German Historical School. According to him, a legal science based on consideration of these two systems alone would be incomplete, just as it would be incomplete a science of comparative linguistics based on the study of only two languages. Moreover, Bernhöft drew attention to the value of the comparative study of foreign laws as an aid to legislation and, in particular, the codification of law in Germany.

But, for him, the ultimate aim of comparative jurisprudence was to bring to light the general laws governing the development of law and to apply them to the history of particular nations.²⁹ It is important to note, however, that Bernhöft’s definition of comparative jurisprudence did not extend beyond law in the strict sense of the word, i.e., positive law. From this viewpoint, customs may be seen as belonging to a merely preliminary stage in the development of law, and thus they could be considered only insofar as they have contributed to the formation of positive law.

²⁷ Post views law as a universal phenomenon. He observes that “There is no people on earth without the beginnings of some law. Social life belongs to human nature and with every social life goes a law.” (POST, 1894, p. 8).

²⁸ For an in-depth discussion of Post’s work within the framework of nineteenth century scientific thinking consider Kiesow (1997).

²⁹ In Bernhöft’s words, “Comparative law wants to teach how peoples of common heritage elaborate the inherited legal notions for themselves, how one people receives institutions from another one and modifies them according to their own views, and finally how legal systems of different nations evolve even without any factual interconnection according to the common laws of evolution. It searches, in a nutshell, within the systems of law, for the idea of law.” (BERNHÖFT, 1878, p. 36-37).

The problematic distinction between peoples with and without law was called into question by Josef Kohler. Kohler's work in comparative law was at first concerned with the comparison between German law and the legal systems of other European states, as well as the United States. Furthermore, he examined the structure of legal orders in non-independent territories, mainly those under the protection of the German Reich (*Schutzgebieten*) (consider GROSSFELD; WILDE, 1994, p. 59).

Although he initially adopted Post's theory of legal evolution, according to which the European legal systems represented the highest level of a 'natural' course of legal development, he later departed from it and recognized that law evolves in diverse ways as an interdependent element of the mental and material culture of a particular people.³⁰ He thus adopted the view that the construction of a 'universal' science and history of law would presuppose a broader study that would embrace the laws and customs of peoples from all parts of the world and consider the development of diverse legal institutions on a comparative basis. In his voluminous work, consisting of more than 2,300 scientific publications, he describes and explores the laws of peoples in all corners of the earth.³¹

In seeking to build the foundation of a truly universal science of law, he extended the scope of his inquiry to include as many societies as possible no matter how 'primitive' or 'advanced' they may appear to have been. However, Kohler's scholarly efforts came up against serious problems resulting in part from the relative scarcity of reliable sources of information on the law and customs of non-European peoples at the turn of the nineteenth century. Kohler's work in ethnological jurisprudence was further developed by a number of distinguished scholars, most of whom shared his historical-comparative outlook, such as Richard Thurnwald (1869-1954), regarded as the founder of modern anthropology of law, Leonhard Adam (1891-1960), and Hermann Trimborn (1901-1986).

The recognition of comparative law as an academic discipline in Germany was largely the result of the efforts of Ernst Rabel (1874-1955), regarded as one of the world's most eminent legal comparatists. Rabel's scholarship extends over a wide range of topics: Roman law, Egyptian papyrology, German legal history, private law, public international law, private international law and, above all, comparative law. He believed that comparative law could provide a large palette

³⁰ Nevertheless, he often expressed the view that non-European peoples should adopt and evolve according to the European model. See B Grossfeld and Wilde (1994, p. 73).

³¹ Of special interest are his works on the laws of indigenous peoples, such as the Indians, Aztecs and Papuans. In a well-known article on the law of the Australian Aborigines he expressed the view that these people, however 'primitive' their economic life may be, "possess law. They have legal institutions that are put under the sanction of the general public, for law exists before any organization of the state, before any court or any executory performance exists: it exists in the hearts of the people as a feeling of what should be and what should not be." Kohler, 1887, p. 321). Also consider Kohler (1895, p. 1).

of tools for the resolution of fundamental legal problems facing Europe, in general, and Germany, in particular (see THIEME (1986, p. 251, 305).

He saw comparative law as having three distinct though interconnected aspects: (a) the first aspect is concerned with the historical evolution of legal systems and the interrelations between them;³² (b) the second aspect pertains to the study of contemporary legal orders and the elucidation of their differences;³³ and (c) the third aspect, combining legal history, jurisprudence and philosophy of law, seeks to bring to light profound truths about the development and social impact of laws.³⁴ However, Rabel never fully developed the third aspect of comparative law.

Rabel maintained that the principal goal of comparative law is ‘pure science.’ Its centrality lay in the fact that all specific uses of comparative law, as a form of ‘applied’ science, flow from it. Although he was never very precise about what he meant by ‘science’, often he seems to construe the term broadly as the self-conscious and disciplined search for knowledge (*Erkenntnis*). For him, the subject of the relevant scientific inquiry is the legal rule (*Rechtssatz*).³⁵

As he explains, “legal comparison means that the legal rules of one state (or other law-prescribing community) are analyzed in connection with those of another legal order or a number of legal orders from the past and the present.” (RABEL, 1924, p. 279-280).

Although Rabel viewed comparative law as a science, he also stressed the practical utility of its methods. This combination of the academic and practical aspects of comparative law shaped his approach and at the same time distinguished it from those of past and contemporary comparatists.

Rabel sought to develop methods and tools that would enable lawyers to better understand the foreign legal problems they faced and respond to them effectively. His scholarly endeavours were also directed at encouraging students to immerse themselves in the details of specific legal situations and thereby gain valuable knowledge of how such situations were dealt with in diverse legal systems. Moreover, his methods were aimed at producing better law through the clarification of the concepts of legal language and the improvement of the solutions to societal problems available to decision makers. It is important to note here that for Rabel the formal language of legal rules and principles

³² This was the focus of Rabel’s work during the first part of his career.

³³ This was the focus of his research after 1916.

³⁴ In a paper published in 1919, Rabel remarked that this third aspect “penetrated philosophy, where historical and systematic legal science, together with legal philosophy, examine the deepest issues of the evolution and impact of law.” (RABEL, 1919, p. 2).

³⁵ The term *Rechtssatz* does not have a direct translation in English. The closest translation is probably ‘legal rule,’ understood here in the broader sense of ‘authoritative legal proposition.’ See Rabel (1937, p. 77-190).

divulged little about how problems are actually solved and thus reliance on language alone is likely to obscure rather than shed light on what is happening.

The correct way to acquire information about a foreign legal system is to ask how the relevant rules and principles related to and addressed a concrete factual situation. In this way, Rabel shifted the methodological focus of comparative law to the specific societal functions of rules and thus laid the foundations of what is now regarded as the basic methodological principle of comparative law, namely, the principle of functionality.

3.2 The Growth of Comparative Legal Studies in England

During the nineteenth century England was a colonial power and interaction between domestic and foreign laws was unavoidable.

The Judicial Committee of the Privy Council, sitting in London, operated as the highest court of appeal for all countries and territories of the British Empire, with the exception of Britain. Apart from dealing with appeals from other common law jurisdictions, this court heard appeals from jurisdictions applying Hindu and Islamic laws (India); Singalese and Tamil laws (Ceylon); Chinese law (Hong Kong, the Malay States, Sarawak and Borneo); Roman-Dutch law (Ceylon, South Africa and Rhodesia); elements of the French Napoleonic Code embodied in the Canadian Civil Code of 1866 (Quebec); Norman customs (The Channel Islands); and Asian and African customary laws.

It should be noted here that, according to the English model of colonial governance, imperial control was indirect and existing local laws and customs remained in force, except to the extent they were specifically displaced by English legislation (this occurred mainly in the fields of public and criminal law).³⁶ Under these circumstances, there was a need for greater familiarity with those foreign bodies of law that were most frequently presented to the consideration of English judicial authorities.

³⁶ Although indigenous legal systems continued to apply, they were in the course of time profoundly influenced by English law. The same occurred in countries under the control of other Western colonial powers, such as France and Holland. On the issue of Western legal expansion see Mommsen and Moor (1992); Benton (2002). Where settlement took place in lands of no previous settlement (a rather curious notion), English (or Western) law was taken to be imported with the settlers themselves. When this occurred, indigenous populations and local laws were essentially ignored, for purposes of establishing a territorial law, by almost all European powers, including England.

Among the earliest attempts at applying the comparative method to practical aspects of law are William Burge's *Commentaries on Colonial and Foreign Laws*, written for legal practitioners and published in 1838 (BURGE, 1838);³⁷ and Leone Levi's *Commercial Law* (1852), an extensive treatise comparing the commercial laws of Britain with the laws and codes of other merchantile countries, including those of ancient Rome (LEVI, 1850-1852).³⁸ In 1848, the House of Commons' Select Committee proposed that the Chairs in international, comparative, administrative and English law should be established at the universities, but it was some years before this proposal was implemented. By the late nineteenth century, as the common law became entrenched, though now in its larger Commonwealth existence, comparative law came to be recognized as a form of science, even though it never acquired the profound scientific character of its Continental counterpart (see on this matter, GUTTERIDGE, 1949).

Of particular importance to the development of comparative law in England was Henry Maine's work on the laws of ancient peoples (*Ancient Law*, 1861), wherein the author applied the comparative method to the study of the origins of law that Charles Darwin had employed in his *Origin of the Species* (1859). Maine (1822-1888) was among the first scholars to argue that law and legal institutions must be studied historically if they are to be properly understood.³⁹

In his *Ancient Law* he proposed what may be described as an evolutionary theory of law, complete with a pattern of growth to which all systems, though geographically or chronologically so remote from one another as to exclude the possibility of extraneous influence, could be shown to conform.

By drawing on knowledge of Greek, Roman biblical and other ancient legal systems, as well as on native institutions of contemporary India, he reached the conclusion that different societies tend to develop, so far as their legal life is concerned, by passing through certain stages that are the same everywhere. He asserted that the earliest stage was in one sense pre-legal: king-priests uttered judgments about actual disputes, which contained a strong religious element.

The next stage involved the crystallizing of these judgments into custom, of which the oligarchies that had succeeded the early monarchs acted as custodians. The third stage, usually associated with a popular movement to

³⁷ According to Rabel, the range and quality of Burge's work made it useful as a substitute for a basic text on comparative private law.

³⁸ See also Levi (1854). It should be noted that Levi was the first scholar to propose the international unification of commercial law through the method of comparative law.

³⁹ As commentators have observed, Maine's approach reflects the influence of Carl von Savigny's theory of the genesis and foundation of law, as well as the current interest in evolution, triggered by the publication of Charles Darwin's masterpiece *The Origin of Species* in 1859. A further, remoter influence has been Hegel's philosophy of history, which might have suggested to Maine the notion of uniform principles of development. See Stone (1966, p. 120). And see Janssen (2000, p. 164-165).

overcome the oligarchic monopoly of expounding the law, is that of the codes.⁴⁰ At this point some societies cease to progress further, since their legal institutions are unable to evolve new dimensions beyond the bounds of their petrified codes. These societies, which Maine called 'static,' are contrasted with the 'dynamic' ones, i.e., those societies that had the ability to adapt their legal systems to novel circumstances.

To meet the needs derived from such circumstances, the latter societies employ three mechanisms of change, namely, fictions, equity, and legislation. Although Maine's scheme has been found by later scholars to rest on evidence too weak to support such far-reaching generalizations, some of his insights have been particularly enlightening. Probably the most celebrated of them is his view of the way in which dynamic or progressive societies evolve:

The movement of the progressive societies has been uniform in one respect. Through all its course it has been distinguished by the gradual dissolution of family dependency, and the growth of individual obligation in its place. The Individual is steadily substituted for the Family, as the unit of which civil laws take account. The advance has been accomplished at varying rates of celerity, and there are societies not absolutely stationary in which the collapse of the ancient organization can only be perceived by careful study of the phenomena they present. [...]Nor is it difficult to see what is the tie between man and man which replaces by degrees those forms of reciprocity in rights and duties which have their origin in the Family. It is Contract. Starting, as from one terminus of history, from a condition of society in which all the relations of Persons are summed up in the relations of Family, we seem to have steadily moved towards a phase of social order in which all these relations arise from the free agreement of Individuals (ANCIENT LAW, 1931, p. 139-130).

In this way, Maine arrives at his often-quoted conclusion that the movement of the dynamic societies has been a movement from Status to Contract. Status is a fixed condition in which an individual lacks will and opportunity. When ascribed status prevails, legal relations depend entirely on birth, family group or caste. This situation is indicative of a socio-cultural order in which the group, not the individual, is the primary unit of social life. As society evolves, this condition gradually gives way to a socio-cultural order based on contract.

According to Maine, a progressive society is characterized by the emergence of the independent, free and self-determining individual, based on achieved status, as the central element of social life. In the context of such society, the emphasis on individual achievement and voluntary contractual relations set

⁴⁰ Examples of such codes include the Greek codes of Draco and Solon and the Twelve Tables of Rome.

the conditions for a more developed legal system that employs legislation as the principal means of bringing society and law into harmony.

Commentators have described Maine as a defender of laissez-faire economic individualism (see, e.g., JANSSEN, 2000, p. 168). However, the transformation of liberal laissez-faire governments into social welfare states and the resultant huge volume of social legislation tending to reduce more and more the freedom of contract in the later decades of the nineteenth century suggested that the process which Maine discerned had begun to go into reverse. Although the vision of social evolution espoused by Maine did not match reality, his contribution to the fields of anthropology and comparative law cannot be questioned.

By establishing the link between law, history, and anthropology, he drew attention to the role of the comparative method as a valuable tool of legal science. For him, comparative law as an application of the comparative method to the study of legal phenomena of a given period could play only a secondary or supporting role to the real science of law, i.e., a legal science historical and comparative in character. While comparative law is concerned with the analysis of law at a certain point of time, historical-comparative jurisprudence focuses on the idea of *legal development* or the dynamics of law.

Frederick Pollock, Maine's disciple and successor in his scientific endeavours, sought to elucidate the connection or interrelationship between the 'static' point of view of comparative law in a narrow sense and the 'dynamic' approach of historical jurisprudence. According to him, the properly so-called jurisprudence or science of law must be both historical and comparative. In this respect, comparative law plays more than a merely subsidiary role; it occupies a distinct place in the system of legal sciences.⁴¹

3.3 The Development of Comparative Law in France

Nineteenth century French legal scholarship has contributed significantly to the rise of modern comparative law. Special reference should be made here to a group of jurists (referred to as *juristes inquiets* or 'anxious jurists') who, despite their political differences, shared a common concern (*inquiétude*) about the growing discrepancy between the formalism and extreme conceptualism of the traditional legal system and a rapidly changing social reality. Among the principal representatives of this group were Raymond Saleilles (1855-1912), and François

⁴¹ As Pollock (1903, p. 74-76) remarked, "It makes no great difference whether we speak of historical jurisprudence or comparative jurisprudence, or, as the Germans seem inclined to do, of the general history of law."

Gény (1861-1959). Important turning-points in the development of comparative law in France include the establishment of a chair of comparative legal history at the College of France in 1831; the creation of a chair of comparative criminal law at the University of Paris in 1846; and the founding of the French Society of Comparative Legislation (*Société française de législation comparée*) in Paris in 1869.⁴²

In 1876 the French Ministry of Justice set up an office of foreign and international law (*Office de législation étrangère et de droit international*), which employed the comparative method in the investigation of problems of private international law. In the 1890s comparative civil law began to be taught in Paris,⁴³ and in 1900 the first International Congress of Comparative Law was organized by Raymond Saleilles and Édouard Lambert in the context of the Paris World Fair.

Raymond Saleilles initially taught legal history at the Universities of Grenoble (1884) and Dijon (1885-1895). In 1895 he moved to Paris where he first held the chair of comparative criminal law and afterwards the newly created chair of comparative civil law.⁴⁴ Saleilles was able to introduce French jurists to the laws and legal cultures of diverse countries and thus made a significant contribution to the advancement of comparative law in his country. He viewed comparative law as an important methodological tool and, at the same time, as a means by which one could illuminate law as a social and historical phenomenon transcending national boundaries. Moreover, he believed that familiarity with a range of legal systems and their processes of development makes possible a more complete understanding of one's own legal system and opens up new and unsuspected possibilities for both national legislators and judges in dealing with concrete legal problems (see SALEILLES, 1905a, 68 ff.).

Saleilles was familiar with several civil law and common law systems, but was particularly conversant with German legal thinking, especially the spirit and methodology of the German Historical School, which he introduced in France through his teaching and extensive writings.⁴⁵ According to him, the Historical School was successful in demonstrating that law evolved through adaptation of legal rules and principles to the demands of social reality. In this respect, the judiciary is entrusted with the important function of adjusting the law to constantly changing socio-economic conditions.⁴⁶

⁴² The Society's periodical, now called *Revue Internationale de Droit Comparé*, is still in existence today.

⁴³ A Chair of comparative civil law was founded in 1902. Other similar professorships established during the same period included a Chair of comparative maritime and commercial law (1892) and a Chair of comparative constitutional law (1895).

⁴⁴ For an overview of Saleilles' career consider Gaudemet, 1912, p. 161; Beudant et al (1914).

⁴⁵ Reference may be made here to Saleilles (1890) and Saleilles (1901). In 1901, Saleilles commenced work on an annotated translation of the German Civil Code (BGB).

⁴⁶ It is thus unsurprising that Saleilles referred to the common law judges, whom he regarded as the true heirs of the Roman law judges, as the ideal prototypes.

Saleilles believed, further, that changes in the field of law reflected also the interests of and ongoing conflicts among diverse social, economic and political groups according to what he saw as 'laws of evolution'. A defining moment in the development of his thought, a moment at which he recognized the inadequacy for legal science of the socio-historical determinism of the German Historical School, came with his realization that the relation between social reality and legal institutions was not merely a relation of cause and effect. Rather, legal institutions were unavoidably value-laden, and as such they had to correspond not only to material interests and related conflicts in society, but also to prevailing ideals and values.

However, ideals and values exhibit an internal logic and consistency and, as a consequence, legal institutions are not simply determined by social forces, but themselves help to shape the social value system. Furthermore, Saleilles dismissed the rigid dogmatism and exaggerated conceptualism of the German Historical School, which he criticized for neglecting fundamental principles of justice and equity in favour of logical abstraction and the correct reckoning with conceptions.⁴⁷ This approach reflects the position of the circle of the French *Juristes Inquiets*, of which Saleilles was a leading member.

4 THE PARIS INTERNATIONAL CONGRESS OF COMPARATIVE LAW

An important landmark in the development of modern comparative law was the International Congress of Comparative Law organized by the French Society of Comparative Legislation (*Société française de législation comparée*) and held in Paris from July 31 to August 4, 1900, during the Paris World Fair and the International Congress of Higher Education. The Congress regulations prepared by the Society divided the program into six sections, with the greatest emphasis being placed on general theory and method (Article 8), and selected French as the official Congress language.⁴⁸ The French jurist Édouard Lambert, a former student of Raymond Saleilles and professor at the Faculty of Law at Lyon, was entrusted with the task of elaborating the theoretical and methodological aspects of the new discipline.

The Congress was declared to have four principal objectives (see SALEILLES, 1900, p. 228-236). First, from the viewpoint of comparative legal

⁴⁷ For a closer look at Saleilles' arguments see Saleilles (1902, p. 80).

⁴⁸ Reports and other materials not in French were to be translated or summarized into French (article 11). It should be noted here that only one English scholar, Sir Frederick Pollock, took part in the proceedings as a representative of the English legal tradition, while all other participants were from Continental Europe.

science, it would determine the methods that were most appropriate to use in analyzing diverse systems of legislation. Comparative law deals with this task in three stages, namely, observation, comparison, and adaptation. Observation proceeds from the thesis that the legislative text is nothing without interpretation, and that interpretation itself is nothing without consequences. Comparative law thus must look beyond the letter of the law to bring to light those consequences.

At the second stage, comparative law examines the rational rapprochement among diverse systems of national legislation, considering their technical-juridical forms and concepts as well as their practical implications. In light of this analysis, a predominant type can then be singled out and used as a model for other national legislatures. At the third stage, comparative law adapts the selected model to national, social, and environmental conditions and significant cultural traditions. At this stage of the process, it is difficult to formulate in advance any clearly defined general laws.

Here, historical knowledge can play an important supplementary role to comparative law. Such knowledge is particularly useful in identifying examples of inadequate legislation and artificial adaptations, as well as in illuminating the conditions and methods that enable legislation to be successfully integrated into existing national law and the life of a people. These techniques can also be utilized to develop new theoretical models and justify the legitimacy of judicial construction of legal rules.

When applied to legislation, legal doctrine and judicial interpretation the above-mentioned three stages of comparative law might lead, at least in part, to the development of a 'common law of civilized mankind' (*'droit commun de l'humanité civilisée'*).

The second objective of the Congress was to determine the role of comparative law as a method of instruction. The third objective was to ascertain which comparative law outcomes should be utilized through legislative action, judicial interpretation or international convention. The fourth and final objective of the Congress was to discover and organize techniques and mechanisms for obtaining information about the sources of foreign law and its theoretical elaboration.

The programme of the Congress comprised a theoretical and a practical part. Furthermore, its scope was viewed as broad enough to embrace a diversity of legal fields, including private law, private international law, commercial law, public law and criminology.

Édouard Lambert presented the report on general theory and method for the first part of the Congress. He also summarized reports that drew attention

to the importance of foreign law translations, especially for lawyers engaged in matters of private international law. It was recognized, however, that although translation work constitutes an important prerequisite of legal comparison, comparative law required much more than mere knowledge of foreign law.

Lambert then proceeded to comment on the issue of comparative law methodology, drawing on the work of Franz Bernhöft, a professor at the University of Rostock and, as noted earlier, a leading representative of German ethnological jurisprudence. According to Bernhöft, there is no uniform comparative law method but, rather, three interconnected principal methods: the ethnological, the historical and the dogmatic. The ethnological method is characterized by its universality, since it is concerned with observing the legal life of all peoples and nations.

Through the examination of a diversity of legal cultures, ethnological comparative law reveals the dependence of law on social and economic relations and the striking uniformity of nations on the same level of civilization. The historical method constitutes in essence an extension of legal history. Finally, the dogmatic method, which was particularly popular in the later half of the nineteenth century, focuses primarily on the relationship between law and contemporary life. It aims at elucidating the needs of commerce and ethical views that demand satisfaction from law, as well as at creating the legal forms capable of addressing those demands. Both of these goals require in-depth knowledge of a nation's general social, political and economic life.

Lambert informed the participants that, according to Congress commentators, comparative law should employ both social science methods, including comparative institutional history, and legal science methods, and expressed his agreement with this approach to the matter. He used the term comparative legislation (*législation comparée*) to describe the entire body of legal norms that applied in a country, including those derived from scholarly doctrine and judicial jurisprudence. He argued that the study of different countries' laws can reveal a unity of general purpose that goes beyond each system's particularities. It is thus possible to discern a common basis of legal institutions and a 'common legislative law' (*droit commun législatif*).

According to Lambert, comparative law, as a branch of legal science, has three practical goals. First, it may exercise an influence on legal policy and legislation; second, it can improve existing national legislation by influencing the development of scholarly doctrine and judicial jurisprudence; third, it can promote the convergence of legal systems through the elimination of the accidental differences in the laws of peoples at similar stages of development. As Lambert declared:

Comparative law must resolve the accidental and divisive differences in the laws of peoples at similar stages of cultural and economic development, and reduce the number of divergences in law, attributable not to the political, moral or social qualities of the different nations but to historical accident or to temporary or contingent circumstances (LAMBERT, 1905-1907) p. 26).

Lambert also referred to the issue of legal education reform, arguing that the teaching of comparative law should be given the same attention as that of domestic civil law, since the only way to understand living law is to bring to light its historical development, its conceptual affinity with the laws of neighbouring countries and the social and economic reasons that justify its rules.⁴⁹

Raymond Saleilles, commenting on the general meaning and definition of comparative law and in the final report that he delivered at the Congress' closing session, expressed the view that comparative law could conceptually be approached into two different ways. First, it could be regarded as a subsidiary science to each branch of law. In this respect, as far as national legislation is concerned, the primary task of comparative lawyers would be to study foreign laws with a view to formulating proposals for the adoption of 'better' enactments or the improvement of existing domestic legislation.⁵⁰

This goal could be accomplished either through scholarly doctrine, disseminated by means of legal instruction and scholarly publications, or through judicial interpretation embodied in published court decisions. Second, comparative law could be viewed as an independent science with its own objectives, rules of operation and methods. Saleilles observed that there is a general and gradual convergence in legal evolution around the world and pointed out that history and sociology offer useful insights for comparative law methodology. As an independent discipline, comparative law is concerned not with what law should be, but with discovering fundamental similarities among diverse national legal systems. In Saleilles' words: "[the goal of comparative law] should be to retrieve from the mass of particular legal institutions a common fund, that is the points of rapprochement that may be discovered from apparently diverse elements. These points constitute the essential identity of universal legal life" (SALEILLES, 1905b, at 143).

⁴⁹ It should be noted here that Lambert viewed comparative law as pertaining primarily to the field of civil or private law. Though not on the scale demanded by him, comparative private law (*droit privé comparé*) is today regarded as being of great importance in France.

⁵⁰ According to Jamin (2000, p. 733, 743), both Saleilles and Lambert saw comparative law as the principal means for the renewal and enhancement of French legal thought. Consider also Jamin (2002, p. 701).

The principal difference between Saleilles and Lambert is that, according to the former, one can detect a common basis in all civilized peoples (*fond commun de l'humanité civilisée*), which could replace the old concept of natural law. Saleilles asserted that the detailed study of all legal systems, from all times and in all places, would reveal the general laws explaining the rise, development and demise of legal institutions. Lambert, on the other hand, denied that universal and eternal laws could be discovered and embraced the view that comparative legislation (*législation comparée*) could only reveal a common basis for those countries that had attained a similar level of social and economic development. Thus, according to him, for the discovery of a 'common legislative law' (*droit commun législatif*) it was sufficient to study existing legal systems at such a level of development.⁵¹

According to Saleilles, the distinct science of comparative law would analyze the law-making function in three stages. At the first stage it would critically examine each selected foreign enactment from a social and economic perspective. At the second stage, it would seek to discover common elements susceptible to an evolutionary process observable in many countries. Finally, at the third stage, it would attempt to determine one or more 'ideal forms' for a given legal institution, which would inform and direct the development of legal policy of diverse nations with similar social and economic conditions. This approach to the matter could lead to the formation of a 'common law of the civilized mankind' (*droit commun de l'humanité civilisée*); in other words, it would gradually construct a unitary law out of diverse legal particularities.

It should be noted here that a number of jurists at the Congress expressed the view that a uniform law, or a common law of civilized humanity, cannot be achieved, for diversity and competition are inevitable facts of life. According to Andre Weiss, probably Saleilles' most arduous critic,

the uniformity of laws is not feasible, nor is it desirable... It is a chimera today to impose a single law for all men, a dangerous chimera. A law is not an abstract formula, forged a priori, appropriate without distinction for all; it is a concrete rule destined to apply to such and such situation, obliged to take account of certain conditions, which are not the same in all places, as well as differences in races and social institutions (WEISS, 1900, p. 417, 420).

⁵¹ It should be noted, in this connection, that Lambert regarded the codification of law as a mark of a legal system at a high level of development. It is thus unsurprising that he expressed doubts as to whether non-codified or common law systems, such as the English, should be included in comparative law studies. See on this Michaels (2002, p. 97, 101).

Other participants argued that comparative law, by working with differences, has the potential of promoting a competitive and gradual adaptation of law. In this respect, different countries might be seen as ‘laboratories of experience’ for other countries and legislation, legal doctrine and judicial jurisprudence in each nation could progress toward a common process leading to a universal legal science. However, it is important that the areas and issues with respect to which unification is feasible are correctly identified and engaged with.⁵²

5 CONCLUDING REMARKS

Notwithstanding the objections raised against the notion of a ‘common law of civilized mankind’, commentators agree that the positions advanced at the Paris Congress offered a fresh start for the discipline of comparative law.⁵³ Until that time, jurists only knew codified legal systems or systems based on the English common law. The codification of law was envisioned as being a product of jurisprudential rationalism, and reason was naturally perceived as unique, universal and non-contradictory.

Although law codes diverged, this was attributed to the fact that not all of the code drafters had fully grasped the precepts of reason. Jurists before the 1900 Congress believed that if there were more than one codified solution to a legal problem, only one of them was rational and therefore correct (and that was usually the one adopted by the legal system of the jurist concerned). In the lands where the Romano-canonical legal tradition prevailed, a degree of diversity was permitted, and divergent interpretations of a text could arise and persist. However, such differences could be erased through jurisprudential analysis, which made possible the identification of the best solution and thus the return to a unitary idea: the *Ius Unum*. The notion of unity in the law tends to prevail when one espouses the view that comparative law can pave the way to the unification or standardization of law.

⁵² For an account of the conference proceedings and the positions advanced at the Paris Congress see Clark (2002, p. 871).

⁵³ As Blanc-Jouvan (2001, p. 858, 862) has remarked, the Paris Congress of 1900 “still remains the inescapable reference point for all comparatists, inasmuch as it marked, if not the birth of comparative law (which had long existed before that date), at least the beginning of a true reflection on this new branch of the legal science.” Other commentators have argued, however, that the notion of comparative law adopted at the Congress was excessively narrow in its focus. In the words of Reimann (2001, p. 1.103, 1.105), “the concept of comparative law that the Paris Congress bequeathed to the twentieth century was extremely narrow. Its was the science of a “*droit commun législatif*.” This meant, essentially, the comparison of the private law codes and statutes of continental European countries with the purpose of legal harmonization and unification. Most importantly in our present context, it meant reducing the discipline to the comparison of national legal systems.”

According to Rodolfo Sacco, this unitary and universalistic mentality is characteristic to comparative scholarship at the earliest stage of its development. On the other hand, a comparative law that recognizes legal diversity does not have any connection with the 'unitary theorem' (see on this matter SACCO, 2001, p. 1.159, 1.166).

However, the pluralistic mentality, which embraces diversity, did not yet exist at the time when Saleilles and Lambert advanced their proposals. After the Paris Congress, the narrow comparative approach based on written codes, judicial decisions and conceptual definitions and focusing primarily on European legal systems was no longer defensible. The norm that was the object of comparative law study was no longer only the formalized norm, and the scope of the discipline was broadened to include systems and forms of law that lay outside the Western legal tradition (see REIMANN, 2001, p. 1.103; STOFFEL, 2001, p. 1.195).

BIBLIOGRAPHY

ADAM, Leonhard. Ethnologische rechtsforschung. In: ADAM, Leonhard; TRIMBORN, Hermann (Ed.). **Lehrbuch der volkerkunde**. Stuttgart: Enke, 1958. p. 189-207.

ANCIENT LAW. London, New York, and Toronto: Oxford University Press, 1931. repr. 1946.

BACON, Francis. **De dignitate et augmentis scientiarum**. bk. VIII, c. 3. Paris: Pierre Mettayer, 1623.

BENTON, Lauren. **Law and colonial cultures: legal regimes in world history, 1400–1900**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

BERNHÖFT, Franz. Ueber zweck und mittel der vergleichenden rechtswissenschaft. In: **Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft**, Frankfurt, Ed. Verlagsgruppe Deutscher Fachverlag, v. 1, p. 1-38, 1878.

BEUDANT, Robert et al. **L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles**. Paris: Rousseau, 1914.

BIERLING, Ernst Rudolf. **Juristische prinzipienlehre I**. Freiburg i. Br/Leipzig: Mohr, 1894.

BLANC-JOUVAN, Xavier. Centennial world congress on comparative law: opening remarks. In: **Tulane Law Review**, New Orleans, Tulane University Law School, v. 75, Issue 4, p. 859-864, 2001.

BURGE, William. **Commentaries on colonial and foreign laws generally: and in their conflict with each other, and with the law of England**. London: Saunders and Benning, 1838.

BUSSANI, Mauro; MATTEI, Ugo (Ed.). **The Cambridge companion to comparative law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

CLARK, David S. Nothing new in 2000? comparative law in 1900 and today. In: **Tulane Law Review**, New Orleans, Tulane University Law School, v. 75, Issue 4, p. 871-912, March 2001.

DEL VECCHIO, Giorgio. L'unité de l'esprit humain comme base de la comparaison juridique. In: **Revue Internationale de Droit Comparé**, Paris, Eres, v. 2, n. 4, p. 686-691, 1950.

DILTHEY, Wilhelm. Der aufbau der geschichtlichen welt in den geisteswissenschaften. In: **Gesammelte schriften**, v. VII, 4th ed. Göttingen: Vandenhoeck and Ruprecht, 1965. (first published in 1910).

DONAHUE, Charles. Comparative Law before the Code Napoléon. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. (Ed.) **The Oxford handbook of comparative law**. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 3-32.

FRANKLIN, Mitchell. The influence of Savigny and Gans on the development of the legal and constitutional theory of Christian Roselius. v. 1. In: **Festschrift Für Ernst Rabel**. Tübingen: Mohr, 1954.

FRIEDRICH, Carl. **The philosophy of law in historical perspective**. Chicago: University of Chicago Press, 1963.

FRIEDRICH, Carl (Ed.). **The philosophy of Hegel**. New York: Random House, 1954.

GANS, Eduard. **Erbrecht in weltgeschichtlicher entwicklung**. Berlin: Maurer, 1824-1835.

GAUDEMET, Eugène. Raymond Saleilles 1855-1912. In: **Revue Bourguignonne de l'Université de Dijon**, v. 22, p. 161-293, 1912.

GERBER, David. Sculpting the agenda of comparative law: Ernst Rabel and the facade of language. In: RILES, Annelise (Ed.). **Rethinking the masters of comparative law**. Oxford: Hart, 2001. p. 190-208.

GINSBURG, Tom; MONATERI, Pier Giuseppe; PARISI, Francesco (Ed.). **Classics in comparative law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2014.

GROSSFELD, Bernhard; WILDE, Margitta. Josef Kohler und das recht der deutschen schutzgebiete. In: **Rabels Zeitschrift fuer Auslaendisches und Internationales Privatrecht**, Tübingen, Mohr Siebeck, v. 58, p. 59-75, 1994.

GUTTERIDGE, Harold Cooke. **Comparative law**: an introduction to the comparative method of legal study and research. Cambridge: Cambridge University Press, 1949.

HATTENHAUER, Hans. **Thibaut und Savigny**: ihre programmatischen schriften. Munich: F Vahlen, 1973.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Philosophy of right**. Translated by Samuel Walters Dyde. Kitchener (Ontario): Batoche, 2001.

JAMIN, Christophe. Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité: à propos du Congres International de Droit Comparé de Paris. In: **Revue Internationale de Droit Comparé**, v. 52 n. 4, p. 733-751, 2000.

JAMIN, Christophe. Saleilles' and Lambert's old dream revisited: on the occasion of the Centennial of the International Congress of Comparative Law, Paris 1900. In: **American Journal of Comparative Law**, Oxford, Oxford University Press, v. 50. p. 701-718, 2002.

JANSSEN, Helmut. **Die übertragung von rechtsvorstellungen auf fremde kulturen am beispiel des englischen kolonialrechts**: ein beitrag zur rechtsvergleichung. Tübingen: Mohr Siebeck, 2000.

KIESOW, Rainer Maria. **Das naturgesetz des rechts**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.

KOHLER, Josef. Das recht der azteken. In: **Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft**, Frankfurt, Ed. Verlagsgruppe Deutscher Fachverlag, v. 11, 1895.

KOHLER, Josef. Über das recht der australneger. In: **Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft**, Frankfurt, Ed. Verlagsgruppe Deutscher Fachverlag, v. 7, 1887.

LAMBERT, Édouard. Conception générale et definition de la science du droit compare. In: **Procès verbaux des séances et documents du Congrès International de Droit Comparé 1900**. V. I. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (LGDJ), 1905-1907.

LAUNAY, Robert. Montesquieu: the specter of despotism and the origins of comparative law. In: RILES, Annelise (Ed.). **Rethinking the masters of comparative law**. Oxford: Hart, 2001. p. 22-38.

LEVI, Leone. **Commercial law, its principles and administration, or, the mercantile law of Great Britain**: compared with the codes and laws of commerce of the following mercantile countries: Anhalt (Austria) ... Wurtemberg, and the Institutes of Justinian. London: W. Benning, 1850-1852.

LEVI, Leone. **Commercial law of the world**. London: Smith, Elder, 1854.

MICHAELS, Ralf. Im westen nichts neues? 100 jahre pariser kongreß für rechtsvergleichung: gedanken anlässlich einer jubiläumskonferenz in New Orleans. In: **Rabels Zeitschrift fuer Auslaendisches und Internationales Privatrecht**, Tübingen, Mohr Siebeck, v. 66, n. 1, p. 97-115, 2002.

MOMMSEN, Wolfgang J.; DE MOOR, Jaap A. (Ed.). **European expansion and law: the encounter of european and indigenous law in the 19th-and -20th-century Africa and Asia**. Oxford and New York: Berg, 1992.

MONTESQUIEU. **On the spirit of the laws**. Book XIX. Translated by Thomas Nugent. Kitchener (Ontario): Batoche, 2001a.

MONTESQUIEU. **On the spirit of the laws**. Book XXIX. Translated by Thomas Nugent. Kitchener (Ontario): Batoche, 2001b.

MOUSOURAKIS, George. **Comparative law and legal traditions**. Cham: Springer, 2019.

MOUSOURAKIS, George. Comparative law and legal universalism: an historical perspective. In: **Journal for Juridical Science**, Ed. University of the Free State, v. 32, n. 1, p. 144-162, 2007.

MOUSOURAKIS, George. **Roman law and the origins of the civil law tradition**. Heidelberg and New York: Springer, 2015.

POLLOCK, Frederick. The history of comparative jurisprudence. In: **Journal of the Society of Comparative Legislation**, Ed. Society of Comparative Legislation, v. 5, series 2, p. 74 at 76, 1903.

POSPISIL, Leopold. **Anthropology of law**: a comparative theory. New York: Harper and Row, 1971.

POST, Albert Hermann. **Grundriss der ethnologischen jurisprudenzen**. v. 1. Oldenburg and Leipzig: Schulze, 1894.

RABEL, Ernst. Aufgabe und notwendigkeit der rechtsvergleichung. In: **Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht**, Berlin und Leipzig, Bensheimer, v. 13, 1924.

RABEL, Ernst. Das Institut für Rechtsvergleichung an der Universität München. In: **Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern**, Berlin und Leipzig, Ed. Schweitzer, v. 15, 1919.

RABEL, Ernst. Die fachgebiete des Kaiser-Wilhelm-Instituts für ausländisches und internationales privatrecht (gegründet 1926) 1900-1935. In: **Jahre Kaiser-Wilhelm-gesellschaft: zur förderung der wissenschaften: die geisteswissenschaften**, v. 25, n. 3. Berlin: Springer, 1937.

RABELLO, Alfredo Mordechai. Montesquieu et la codification du droit privé (le code Napoléon). In: **Revue Internationale de Droit Comparé**, Paris, v. 52, n. 1, p. 147-156, Janvier-mars, 2000.

REIMANN, Mathias. Beyond national systems: a comparative law for the international age. In: **Tulane Law Review**, New Orleans, Tulane University Law School, v. 75, issue 4, p. 1.103-1.120, 2001.

ROTHACKER, Erich. Die vergleichende methode in den geisteswissenschaften. In: **Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft**, Frankfurt, Ed. Verlagsgruppe Deutscher Fachverlag, v. 60, p. 13-33, 1957.

ROTONDI, Mario. Technique du droit dogmatique et droit compare. In: **Revue Internationale de Droit Comparé**, Paris, Eres, v. 20, n. 1, p. 5-18, 1968.

SACCO, Rodolfo. One hundred years of comparative law. In: **Tulane Law Review**, New Orleans, Tulane University Law School, v. 75, issue 4, p. 1.159-1.176, 2001.

SALEILLES, Raymond. **De la déclaration de volonté**: contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand. Paris: Pichon, 1901.

SALEILLES, Raymond. Ecole historique et droit naturel. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, n. 1, p. 80-112, 1902.

SALEILLES, Raymond. **Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de code civil allemande**. Paris: Pichon, 1890.

SALEILLES, Raymond. Rapport presente a la Commission d'Organisation sur l'utilite, le but et le programme du Congres. In: **Bulletin de la Société de Législation Comparée**, t. 29, p. 228-236, 1900.

SALEILLES, Raymond. Rapport sur la conception et l'objet de la science du droit compare. In: **Congrès International de Droit Comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900**. Paris: Société de Législation Comparée, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (LGDJ), 1905a.

SALEILLES, Raymond. Session du Congrès: Procès-verbaux sommaires (Séance générale de clôture du 4 août 1900). In: Congrès International de Droit Comparé: procès-verbaux des séances et documents 21-25, 1. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (LGDJ), 1905b.

SIEMS, Mathias. **Comparative law**. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

SMITS, Jan. **Elgar encyclopedia of comparative law**. 2nd ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2014.

STAMMLER, Rudolf. **Lehrbuch der rechtsphilosophie**. Berlin and Leipzig: Gruyter, 1922.

STOFFEL, Walter. Enlightened decision making. In: **Tulane Law Review**, New Orleans, Tulane University Law School, v. 75, issue 4, p. 1.195-1.214, 2001.

STOLLEIS, Michael. **Nationalität und internationalität**: rechtsvergleichung im öffentlichen recht des 19. Jahrhunderts. Stuttgart: Steiner, 1998.

STONE, Julius. **Social dimensions of law and justice**. London: Stevens and Sons, 1966.

THIBAUT, Anton Friedrich Justus. Rezension über August Wilhelm Rehberg: Ueber den Code Napoléon und dessen einföhrung in Deutschland (1814). In: **Heidelbergische Jahrbücher der Litteratur**, Heildeberts, Ed. Universitäts Bibliothek, v. 7, 1814a.

THIBAUT, Anton Friedrich Justus. **Ueber die nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen rechts für Deutschland**. Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1814b.

THIEME, Jürgen. Ernst Rabel (1874-1955): schriften aus dem nachlass. In: **Rabels Zeitschrift fuer Auslaendisches und Internationales Privatrecht**, Tübingen, Mohr Siebeck, v. 50, p. 251-281, 1986.

VON JHERING, Rudolf. **Des geist des römischen rechts auf den verschiedenen stufen seiner entwicklung**. v. I. 9th ed. Aalen: Scientia, 1955.

VON LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. **Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae**. 1667.

VON SAVIGNY, Friedrich Carl. **Vom beruf unserer zeit für gesetzgebung und rechtswissenschaft**. Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1814.

WATSON, Alan. **Roman law and comparative law**. Athens Georgia: University of Georgia Press, 1991.

WEISS, Andre. Rôle, fonction et méthode du droit comparé dans le domaine du droit civil. **Bulletin de la Société de Législation Comparée**, t. 29, 1900.

WOLF, Erik. **Grosse rechtsdenker der deutschen geistesgeschichte**. Tübingen: Mohr, 1944.

YOUNGS, Raymond. **English, french and german comparative law**. 3rd ed. Abingdon, Oxon: Routledge, 2014.

YNTEMA, Hessel. Le droit comparé et l'humanisme. In: **Revue Internationale de Droit Comparé**, Paris, Eres, v. 10, n. 4, p. 693-700, 1958.

ZACHARIÄ, Karl Salomo; VON MITTERMAIER, Karl Joseph Anton. **Kritische zeitschrift für rechtswissenschaft und gesetzgebung des auslandes**. v. 1. Heidelberg: JCB Mohr, 1829.

ZIMMERMANN, Reinhard. **Roman law, contemporary law, european law: the civilian tradition today**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

ZWEIGERT, Konrad; KOETZ, Hein. **An introduction to comparative law**. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1987.

Submissão em: 4 de maio de 2022

Último Parecer favorável em: 29 de agosto de 2022

Como citar este artigo científico

MOUSOURAKIS, George. Comparative law before 1900. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 3, n. 2, p. 44-77, maio-ago. 2022.

UN GIURISTA DIMENTICATO: RAUL ALBERTO FROSALI

GIANLUCA RUGGIERO¹

Il contributo intende ricostruire il pensiero e l'opera di Raul Alberto Frosali, attraverso un'analisi degli scritti di questo importante autore fiorentino, aderente alla Scuola positiva, anche nei rapporti con l'ideologia fascista, fino a giungere alla disamina della "eredità" culturale e scientifica che Egli ha lasciato ai posteri.

A forgotten jurist: Raul Alberto Frosali

The paper intends to reconstruct the thought and work of Raul Alberto Frosali, through an analysis of the writings of this important Florentine author, adherent to the Positive School, also in relations with fascist ideology, up to the examination of the "legacy" cultural and scientific that he left to posterity.

1 IL GIURISTA FRA TECNICISMO GIURIDICO, POSITIVISMO CRIMINOLOGICO E RIVOLUZIONE FASCISTA

Fra i giuristi italiani che hanno aderito in modo convinto al Fascismo una posizione di spicco è rappresentata da Raul Alberto Frosali (Firenze 5 agosto 1893-Firenze 29 marzo 1974), Professore Ordinario di Diritto penale nell'Università di Firenze. Il maggiore interesse che l'Autore suscita si basa sia sulla sua formazione culturale di stampo positivista, sia per essere stato collaboratore prima ed erede poi dello Studio professionale di Enrico Ferri, sia infine per aver contribuito in maniera determinante al consolidamento scientifico della celebre Rivista "*La scuola positiva*".

¹ Prof. Dr. Iur. Professore di Diritto Penale presso Università del Piemonte Orientale – Alessandria (Italia). e-mail: gianluca.ruggiero@uniupo.it

Avvocato in Roma, e già insignito del titolo di Cavaliere, con Decreto reale del 31 dicembre del 1925, su proposta del Ministro Guardasigilli, nominato Ufficiale nell'Ordine della Corona d'Italia², Frosali partecipò giovanissimo in veste di segretario alla redazione del Progetto Ferri (1919-1921) e alla stesura dell'importante Relazione di accompagnamento, nonché alla matura esposizione dei contributi determinanti dati dall'indirizzo positivista all'affermazione del Codice Rocco anche nei confronti delle legislazioni successive (FROSALI, 1958, pt. I, p. 111 s)³.

Profondamente imbevuto, quindi, di cultura positivista e di ardimento fascista – oltre che profondo conoscitore del neonato Codice penale – la sua attività scientifica, pur sorprendente durante la redazione della prestigiosa Rivista “La scuola positiva” e della quale diventò condirettore a partire dal 1938⁴, per la quale contribuì con oltre cinquecento lavori, si limitò, dagli negli anni ‘50 del ‘900 ad un ampliamento del poderoso “Sistema penale”, culminato nell’edizione del 1958 per i tipi UTET, dove gli sembrò “opportuno concedere maggiore spazio a quelle parti (es. circostanze, stati di ignoranza o di errore, concorso di norme, misure di sicurezza, sanzioni civili da reato) che finora hanno trovato – nel maggior numero degli studiosi – trattazione meno ampia”.

La trattazione estremamente dogmatica e formalista⁵ della materia lo aveva “appartato” anche nel panorama accademico della Sua Firenze, sino ad essere considerato un estremo epigono della Scuola positiva lontano da posizioni progressiste, espressione di un nichilismo giuridico, introflesso e acritico (GROSSI, 2006, p. 1.043-1.044).

² In Bollettino ufficiale del Ministero della giustizia e degli affari di culto, Anno XLVII, Roma, 28 gennaio 1926, n. 4, 75.

³ Non sembra che Frosali abbia dato un contributo, seppur minimo alla redazione del Codice Rocco, il cui progetto preliminare (ottobre 1927) venne sottoposto all’esame di una Commissione ministeriale presieduta da Giovanni Appiani (Procuratore generale della Corte di Cassazione) e che annoverava, accanto a Vincenzo Manzini, Eduardo Massari e Arturo Rocco, il Maestro di Frosali, Enrico Ferri, il massimo esponente della Scuola positiva. Che la presenza di Enrico Ferri fosse nulla più di un omaggio al maestro dalle tante vite, che stava dando inizio all’ennesima scrivendo un paio di elogi di Mussolini (“una tiroide eccezionale”), allacciando così il suo vagone positivista alla locomotiva del Fascismo, è dato intendere sia dalla prolusione di Arturo Rocco al Corso di Diritto e procedura penale del 20 dicembre 1930 presso la Facoltà giuridica romana (ROCCO, 1933, p. 713 s.), sia dai vari scritti dal Ferri dedicati alla figura e alle opere di Benito Mussolini (sui quali v. SBRICCOLI, 2009, p. 1.011, nt. 21). I rapporti fra Enrico Ferri e Arturo Rocco non furono mai ben chiaramente definiti. È in ogni caso pacifico che pur nell’apparente antitesi dei relativi pensieri, sia l’esponente del “tecnicismo giuridico” che il Maestro del Positivismo criminologico, non assunsero mai posizioni estreme, bensì furono numerosi i tentativi di conciliazione delle rispettive istanze, oltre le attestazioni reciproche di stima e di apprezzamento. Si riporta che fu Enrico Ferri a proporre Arturo Rocco quale suo successore alla Cattedra di Diritto e procedura penale nell’Università di Roma. In argomento Coco (2018, p. 23 e note); Colao (2016, p. 133).

⁴ Lo riporta l’articolo redazionale *Cinquant’anni di Scuola positiva*, in *La Scuola positiva*, 1942, pt. I, 7.

⁵ Si veda la recensione al Frosali (1939a, p. 501): “L’A., in conformità al suo temperamento scientifico, anche in quest’opera molto interessante, procede ad una minuta analisi di concetti giuridici; perciò quello che dovrebbe essere un corso di lezioni universitarie, di carattere sintetico e sistematico, si trasforma in una trattazione scientifica, di carattere prevalentemente analitico”.

Sul punto bisogna però intendersi – e avremo modo di farlo più avanti – su cosa si intenda per nichilismo e per vita “appartata” nell’ambito accademico, anche perché lo stesso Frosali partecipò ad uno dei primissimi commentari alla neonata Costituzione repubblicana, a cura di Pietro Calamandrei e Alessandro Levi che, come altrove detto, voleva manifestamente essere il frutto della riflessione collettiva della Facoltà di Giurisprudenza fiorentina (GROSSI, 2009, p. LVII).

Proprio in questa primissima opera post-bellica la riflessione del F. ebbe ad oggetto uno dei baluardi sacri della scienza penale contemporanea: il principio rieducativo della pena, oggetto di espressa previsione costituzionale (in argomento, per tutti, FIANDACA, 2018, p. 19 ss.). Un’affermazione rivoluzionaria perché consente la diretta giustiziabilità di norme e meccanismi che impediscano al reo di poter essere risocializzato⁶. A riguardo Frosali vedeva nel comma II dell’art. 27 Cost. la continuità con i moderni postulati della Scuola positiva del diritto penale, “escludendo la afflittività come fine essenziale, anche in accordo con la sua concezione della responsabilità *di ogni persona* di fronte alla legge penale, e ponendo il *riadattamento sociale del reo* come uno dei fini principali, in confronto ai soggetti non incorreggibili” (FROSALI, 1950, p. 230).

Membro supplente della commissione esami di Procuratore Legale presso la Regia Corte d’Appello di Firenze nel 1936⁷ (e, successivamente, nel 1939, nel 1949, nel 1951, nel 1952, nel 1958 e nel 1962⁸), il Frosali non celò mai la sua fede fascista con la quale l’altrettanto forte fede positivista si conciliava perfettamente⁹.

È nota, infatti, la capacità del positivismo criminologico di adattarsi ai notevoli mutamenti politici e ideologici, dapprima al Codice Zanardelli (MAJNO, 1890, p. 67 ss.), poi alla rivoluzione fascista¹⁰ sino ad affermarsi prepotentemente nel Codice Rocco (RUGGIERO, 2011, p. 287 ss.).

Col Fascismo certamente il Positivismo condivideva una certa “praticità di campo” e nel primo vedeva il terreno ideale per coltivare taluni postulati che nel frattempo si erano consolidati. In altri termini, solo con uno Stato assistenziale, totalitario, come quello fascista l’idea di un giudice-medico, paternalista, chiamato a commisurare la pena al termine di un giudizio di pericolosità sociale, con il quale lega perfettamente la retroattività della misura penale, intesa come medicina, poteva trovare la completa ‘copertura’ politica.

⁶ Da ultimo Corte Costituzionali, 23 ottobre 2019, n. 253, §§ 8 ss.

⁷ Gazzetta Ufficiale, pt. I, 2 marzo 1936, n. 51.

⁸ Rispettivamente in Gazzetta Ufficiale, pt. I, 30 marzo 1939, n. 77; 3 marzo 1949, n. 5; 23 marzo 1951, n. 68; 20 febbraio 1952, n. 44; 27 marzo 1962, n. 80.

⁹ E non fu certamente l’unico. Si v., a titolo esemplificativo, Garofalo (1919, p. 1 ss).

¹⁰ Sulla nuova concezione dello Stato fascista e dello Stato nazionalsocialista e rispettive divergenze ed influenze sulle codificazioni penali, v. il saggio di Pifferi, 2019, 309 ss.

Fare congetture sui sentimenti dell'Autore mentre scrive un saggio, non ci pare metodologicamente corretto: tutte le affermazioni devono essere provate. Provati ci sembrano i legami forti con l'ideologia fascista e l'ottima prima parte del periodo di massimo sviluppo scientifico del Frosali che si snoda lungo tutti gli anni Trenta è rappresentata dal saggio "*Dottrine italiane, e codice penale fascista*" del 1934 (FROSALI, 1934, p. 385 ss.).

Questo contributo, assieme ai lavori di Arturo Rocco (1933, p. 745) e di Francesco Antolisei (1955, p. 225), costituiscono il "manifesto" della codificazione fascista in materia penale (sostanziale) additata come il punto più alto dello spirito rivoluzionario.

Particolarmente apprezzate le famose sintesi Cetim, ristampate in numerose edizioni, su cui studiò dal 1942 in poi un numero altrettanto ampio, ma sicuramente meno culturalmente motivato, di studenti (ricordate e degne di nota le FROSALI, 1939b; FROSALI, 1942a; FROSALI, 1942b; FROSALI, 1949).

2 LA CARRIERA UNIVERSITARIA E LA CORRISPONDENZA CON GIORGIO DEL VECCHIO

Dopo aver conseguito nel 1932 l'abilitazione¹¹, Frosali assunse, nel 1933, la cattedra di Diritto penale nella Regia Università di Sassari¹² per poi trasferirsi a Messina nel 1934, e, l'anno successivo, a Firenze dove concluse la carriera. Il 2 giugno 1969 fu nominato professore emerito e in seguito ebbe la medaglia d'oro per i benemeriti della scuola e della cultura (CAMPONESCHI, 1988) .

Il questo periodo, che possiamo definire "impegnativo" per qualsiasi vita accademica, Frosali poté contare sull'amicizia di Giorgio Del Vecchio, la cui figura non ha bisogno di presentazione, se non che fu un fascista della prima era – un "antemarcia", come venivano chiamati. Divenne Rettore dell'Università di Roma, per volontà di Mussolini nel novembre 1925 (FROSINI, 1990), dopo aver raggiunto rapidamente il grado di Console del Fascismo. In quel periodo rinforzò la corrispondenza con Frosali, talché molte notizie le apprendiamo dall'epistolario rinvenuto presso Del Vecchio¹³.

¹¹ Verosimilmente con l'importante lavoro di Frosali (1932). Il Frosali con una missiva del 18 gennaio 1932 ringrazia Giorgio Del Vecchio per le parole di augurio e di incoraggiamento che gli hanno portato fortuna.

¹² Molto probabilmente con la fondamentale monografia di Frosali (1933).

¹³ Documentazione compulsata presso l'Archivio di Stato di Roma.

A quel tempo il Frosali era assiduo collaboratore della rivista la “Scuola positiva” la cui redazione aveva sede presso la Scuola d’Applicazione giuridico-criminale nella Regia Università di Roma, Via degli Staderari 19, dove lavorava in collaborazione con Enrico Ferri e Arturo Santoro (ROCCO, 1932, 353 ss.).

Da gran parte delle prime lettere in nostro possesso si evince una profonda devozione del giovane penalista nei confronti del grande filosofo neokantiano, contraccambiata da notevoli e spassionate attestazioni di stima e di benevolenza.

Fra le tante, merita di essere ricordata una missiva, datata 6 ottobre 1930, nella quale Frosali ringrazia colui che poi chiamerà Maestro, per il gradito invio di un non meglio specificato volume, individuabile nel libro *Lezioni di Filosofia del Diritto* (DEL VECCHIO, 1930, p. VI – 351) del quale egli avrebbe voluto scrivere una recensione sul periodico *l’Italia che scrive*.

Il commento fu pubblicato su quella rivista non da Frosali¹⁴ bensì da Alfredo Poggi (1881-1974) (1931, p. 16-17, nella rubrica di “Filosofia” e non in quella di “Diritto e Legislazione”), noto socialista e profondo antifascista, studioso del Marxismo, inizialmente vicino all’indirizzo integralista di Enrico Ferri (CONTI, 2015). Non era raro, infatti, che autentici fascisti, coloro cioè che non abbracciarono la nuova dottrina dello Stato come scusa per facili compromessi, stringessero profonde relazioni personali e culturali con esponenti dell’opposta corrente politica¹⁵.

Ciò non ostante i rapporti tra Frosali e Del Vecchio rimangono intatti dacché egli lo informa, con una missiva del 12 luglio 1933, di aver presentato il lavoro (*L’errore nella teoria del diritto penale N.d.A.*) per il concorso a Sassari: “se potessi ancora incontrare la Sua approvazione, potrei forse sperare!”.

I tempi si fanno stringenti e il 26 ottobre 1933 Frosali comunica al Del Vecchio che in detta data, alle ore 16:00, comincia ad adunarsi la commissione per le Cattedre di Diritto penale.

Il Prof. Rocco ha molto lodato il mio lavoro, e credo che mi sosterrà. Egualmente credo del Prof. Grispiigni. Invece, sembra che il Prof. Conti dia molto peso a ragioni di anzianità, le uniche valide per il candidato Angioni (che prenderebbe il mio posto). Nulla so del Prof. Manzini e del Prof. Maggiore. Quest’ultimo è all’albergo Milano (tel. 65.324; 63.209). Se Ella mi ritenesse degno di una Sua parola in mio favore, questo Suo appoggio potrebbe salvarmi!¹⁶.

¹⁴ Lettera a Del Vecchio del 24 novembre 1930 dove l’A. esprime tutto il suo disappunto.

¹⁵ Si pensi alla collaborazione di Leone GINZBURG (impegnato antifascista) con la rivista “Pegaso” di Ugo Ojetti, rivista di cultura, certo, ma dichiaratamente fascista. Cfr. Bèghin (2012, p. 28).

¹⁶ Il Candidato antagonista è con ragionevole certezza Mauro Angioni (Sassari, 6 dicembre 1880), Avvocato e deputato nella XXV Legislatura del Regno d’Italia (1.12.1919 – 7.4.1921). Il Prof. Conti citato è senza ombra di dubbio Ugo Conti, il quale aveva aderito al partito fascista dal 1925 e “allievo prediletto” di Luigi Lucchini, fondatore e direttore della celebre *Rivista Penale*, pesantemente redarguito a séguito di taluni scivolamenti verso una oscura “coscienza collettiva”. Sugli attriti fra Lucchini e Conti, v. Birotti; Loschiavo (2015, p. 323).

E così fu. Il 4 novembre 1933 Del Vecchio scrive:

Caro Professore Frosali, appena avuta la gradita Sua lettera, ho fatto il possibile nel senso da Lei desiderato; favorito anche in ciò dalle circostanze, poiché incontrai subito dopo il Maggiore. Questo Le dico per la verità, e non certamente per farmi un merito di cosa tanto semplice e così profondamente rispondente ai miei sentimenti. Con profonda gioia ho appreso l'esito, per Lei grande, più che onorevole, vittorioso della difficile prova. Ne sono veramente felice, per l'amicizia che a Lei mi lega e perché era veramente tempo che il Suo raro valore fosse riconosciuto. Con tutto il cuore, dunque, Le esprimo le mie congratulazioni, insieme coi voti più fervidi per la Sua ulteriore carriera universitaria. Suo aff.mo.

Il Frosali, classificatosi secondo, fece il suo ingresso nel prestigioso ateneo Sassarese¹⁷ (che tanti illustri nomi ha visto scorrere: Arturo Rocco, Giacomo Delitala, Francesco Antolisei, per citarne alcuni) a partire dall'a.a. 1933-1934 ed ivi rimase per due anni, sino all'a.a. 1934-1935, come si evince da due cartoline inviate da Sassari, una del 26 giugno 1934 a chiusura dell'"anno scolastico" al "mio grande Maestro sempre con animo profondamente grato e con grande affetto", e una del 5 novembre del 1934 ad inizio del secondo anno accademico "sempre profondamente grato per i Suoi insegnamenti, e per la Sua benevolenza a mio riguardo".

Si era anche parlato verso la prima metà del '34 di una possibile chiamata da parte dell'Ateneo bolognese, come riferito a Frosali da Capograssi, ma è ignoto il motivo per il quale questa eventualità si sia arenata. Più precisi sono i dati relativi al trasferimento di Frosali all'Università di Firenze a partire dall'anno accademico 1935-1936 attraverso una lettera del 2 dicembre 1935 vergata a mano su carta intestata di quell'Ateneo coincidente con il suo terzo anno di insegnamento.

Da quel momento l'epistolario si fa meno fitto ma comunque costante, in occasione di festività e di ringraziamenti per gli invii di lavori scientifici o di richieste di pubblicazioni – anche per conto di allievi – sulla rivista *La Scuola positiva*, della cui redazione si occupava, negli anni '30, Eugenio Florian.

¹⁷ Apprendiamo da una missiva del 31 dicembre 1933 che il Frosali era stato inizialmente chiamato dall'Università di Messina ma, nonostante il decreto di nomina fosse già stato firmato, il Ministero decise di riservare un posto di ruolo per l'anno successivo, quando appunto il Frosali approdò all'Ateneo siciliano.

Di particolare interesse è una richiesta – datata 25 settembre 1938, dietro segnalazione di un diplomatico lituano, il dott. Zenonas Blynas¹⁸ della Legazione di Lituania, “amico dell’Italia” – rivolta da Del Vecchio a Frosali affinché pubblichi un lavoro scritto in lingua tedesca di un penalista lituano Antanas Mikalauskas¹⁹, non del tutto adatto alla *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, nonostante il titolo *Scienza e diritto in Lituania* ben poteva prestarsi a tale collocazione editoriale. Ad una lettura più approfondita il contributo ha ad oggetto il diritto penale e il Del Vecchio che, per ragioni anche di opportunità politica, nonché per l’originalità che lo caratterizza, ne auspica una sicura pubblicazione su una rivista della quale il Frosali è “direttore o collaboratore apprezzatissimo”.

La corrispondenza si dirada, salvo qualche missiva negli anni immediatamente successivi al secondo conflitto mondiale – anche per l’epurazione che subì Del Vecchio dopo la caduta del regime nonostante le leggi razziali lo avessero privato della cattedra universitaria – e negli anni ‘50, soprattutto nel 1955, anno della scomparsa di Filippo Grispigni, fra gli ultimi grandi tecnici del positivismo criminologico italiano, il cui necrologio viene dal Del Vecchio richiesto a Frosali per la *Rivista internazionale di filosofia del diritto* (FROSALI, 1955, p. 2 ss.).

Dallo scambio di corrispondenza emerge pure che Frosali ha avuto due allievi (Curatola e Guerrini), abbastanza attivi nel foro e taluno con alcuni risultati significativi sul piano scientifico; anche se non sembra siano andati al di là della libera docenza²⁰.

¹⁸ Alcune fonti riportano che Zenonas Blynas (Odessa 2 novembre 1908-Velsk 10 dicembre 1946) fu attivista della resistenza nazionalista lituana. Aderì al partito fascista lituano fondato da *Augustinas Voldemaras* (Dysna, 16 aprile 1883 – Mosca, 16 maggio 1942) nel 1927 e fu coinvolto nell’attività dell’organizzazione “lupo di ferro”, un gruppo para-militare di intelligence, principalmente impegnato in attività di informazione e di spionaggio. Nell’A.A. 1927-1928 studiò storia all’Università della Lituania e negli anni 1928-1931 studiò scienze politiche all’Università di Roma. Fra il 1931 e il 1940 (con una pausa nel 1937) lavorò presso l’Ambasciata lituana a Roma. Successivamente, ha prestato servizio presso la Sezione Consolare del Dipartimento dell’Amministrazione del Ministero degli Affari Esteri lituano e presso l’Istituto di etnologia dell’Accademia delle scienze lituana a Vilnius. A partire dal 1941 assunse il ruolo segretario generale del Partito nazionalista lituano e si impegnò affinché il partito non diventasse un’appendice del potere occupante nazista. Ha promosso l’ideologia del fascismo italiano sulla stampa lituana (sulla rivista *Akademikas* e sui periodici *Patria* e *La via della nazione* (*Tėvų žemė, Tautos kelias*)) traducendo l’opera di Mussolini, *La dottrina del fascismo* (1935) e alcune opere di Giovanni Papini. Non chiari sono i suoi rapporti con l’ideologia antisemita né se sia stato un collaborazionista per la “soluzione finale”. Le fonti riportano, tuttavia, che abbia relazionato sull’andamento dei rastrellamenti “giudaico-bolscevichi” e affermato: “meglio che vengano fucilati gli ebrei, non i lituani”. Stasiulis (2020, p. 268); Vanagaitė; Zuroff (2020, p. 45 s.); Sužiedėlis (2012, p. 214 ss.). Blynas fu poi condannato a morte e fucilato dagli occupanti sovietici per i suoi rapporti con i nazifascisti il 10 dicembre 1946.

¹⁹ Non abbiamo molte notizie sullo studioso lituano se non che si occupò di storia del diritto penale, discutendo a Berna una tesi di dottorato poi pubblicata in lingua tedesca: Mikalauskas (1937), 200 pagg. con una recensione di von Weber (1940, p. 457 ss.) V., altresì, Kantautas (1975, p. 148), che riportano la data di pubblicazione al 1938.

²⁰ Di Pasquale Curatola, nato a Firenze il 10 ottobre 1921, avvocato e candidato per il PRI (del quale era componente del Collegio dei Probi Viri) al CSM nel 1975, si hanno tracce più consistenti avendo pubblicato una lodevole indagine (1955).

3 UN GIURISTA COMPLETO: LE RECENSIONI SULLA RIVISTA L'ITALIA CHE SCRIVE

Il Frosali collaborò a lungo anche con Riviste non penalistiche e, talvolta, assolutamente non giuridiche, come la Rivista *L'Italia che scrive. Rivista per coloro che leggono* fondata nel 1918 da Angelo Fortunato Formiggini che ne era anche l'editore in Roma, per la quale è stato recensore della rubrica Diritto e Legislazione, dal 1923 al 1938.

È da queste pagine che si delinea più precisamente lo “spirito” di Frosali.

Il primo trafiletto pubblicato è (più che una recensione) un omaggio sentito ed affettuoso al Suo Maestro, Enrico Ferri, in occasione della riedizione ampliata de “Le difese penali”, scienziato, maestro e oratore, opera definita, “per la forma agilissima, per il tesoro di nozioni attinte nelle più disparate fonti della scienza e prodigate con dovizia a dar rilievo e varietà della materia trattata”, “appetitoso e mai stucchevole nutrimento celebrale” (FERRI, 1923, p. 63.).

La fede positivista emerge con malcelato orgoglio allorquando rivendica la fruttuosità del metodo positivo anche nelle difese dinanzi ai tribunali civili, considerando il fatto giuridico non solo in sé e per sé, ma come sintomo di personalità umana.

L'approccio positivista, empirico e realista, lo porta a prendere posizione nei confronti di talune – forse non necessarie – “*ginnastiche cerebrali*”, quale appariva al commentatore l'opera di Epifanio Tricani, *Il carattere categorico delle norme giuridiche*, Catania, Arti grafiche Santi Monachini, 1923. Il “diritto è vita, e, se si perde di vista la realtà della vita per seguire larve tecniche, si fa opera di cui troppo oggi si sente la necessità”. Seguendo il percorso di teoria generale l'A. giunge a sorvolare anche il dibattuto problema dell'ignoranza della legge penale, spesso risolto riparandosi dietro lo scudo della presunzione di conoscenza. La “scienza sperimentale” – e il positivismo criminologico lo è appieno

afferma che anche l'ignoranza della legge penale può, talvolta, scusare, specie per quei delitti contro i quali il senso morale istintivo non ha ripugnanze evidenti. Ciò che già ammettono alcune legislazioni moderne estere e, da noi, timidamente, il recente codice di diritto canonico ed il progetto ferriano per il nuovo codice penale. *Primum vivere, deinde philosophari* (FERRI, 1923, p. 124).

Come si vede il Frosali – lungi da imprigionarsi nel metodo tecnico-giuridico – è uno di quegli scrittori che si accettano volentieri come contemporanei; è altresì uno scrittore che riconcilia il lettore anche con la letteratura dei convulsi tempi attuali, dove, nonostante l’affermarsi di principi giuridici “altri” rispetto a quelli nazionali (Cfr., per tutti, MANES, CAIANIELLO, 2020), il principio di colpevolezza stenta ancora ad affermarsi pienamente (DONINI, 2011, 173 ss., part. 182).

Dialogare con l’autore significa storicizzarlo, collocarlo su uno sfondo culturale e sociopolitico lontano da coloro che, nell’epoca contemporanea, vivono sicuri di molte acquisizioni di civiltà giuridica anche se, sotto molti profili, non sono davvero pienamente recepite²¹.

Ci si può quindi sentire lontani dall’epoca (tumultuosa sotto il profilo morale, di etica pubblica, politico e giuridico) in cui nacquero le prime magistrali opere di Raoul Alberto Frosali, segnatamente: *Reato, danno e sanzione* (Padova: CEDAM, 1932) e *L’errore nella teoria del diritto penale* (Roma: Editrice di Roma, 1933) con l’epigono della monumentale opera *Concorso di norme e concorso di reati* (Città di Castello: Leonardo da Vinci, 1937).

Tuttavia, un malinteso senso storicistico può portare ad una serie di fraintendimenti e/o di approcci preconcepi che mortificano il gusto della lettura di opere di straordinaria attualità ed impressionante profondità di analisi.

E c’è poi da aggiungere che, se ogni contributo di un buon scrittore è una scoperta, per metterla in luce occorrerà comportarsi diversamente dalla polizia che cerca la lettera rubata nel racconto di Poe e studiare il caso come invece fa Dupin. E così se ci si accosta a Frosali può saltare anche l’idea del “ritratto” come generalmente s’intende: un tipo di lettura unica delle opere di uno scrittore.

Il ripudio di ogni astrattismo emerge anche dalle recensioni di opere giudiche non penali, come, esemplificativamente, Vinzi (1923) visto con particolare favore perché l’Autore, magistrato, vede, sente ed applica il diritto in funzione della vita vissuta, piegando “su di sé la rigida norma giuridica e ci svela il diritto non quale espressione astratta di una giustizia assoluta, ma quale concreto regolatore della nostra vita quotidiana”. Criticabile, di conseguenza, un’opera giuridica che, pur metodologicamente ben orientata nella costruzione dogmatica degli istituti giuridici, non sviluppi adeguatamente il dialogo con la

²¹ La storia darà ragione a Frosali in tema di rilevanza dell’*ignorantia legis*, affermatasi dapprima con la c.d. “buona fede nelle contravvenzioni”, illeciti di mera trasgressione a regole amministrative o cautelari, a ordini, provvedimenti o regolamenti amministrativi di non sempre facile conoscibilità, e la cui violazione è punita anche per colpa. Com’è arcinoto la Corte costituzionale, con la celebre sentenza 24 marzo 1988, n. 364, sosterrà (§ 15) che l’illecito deve essere “espressione di consapevole, rimproverabile contrasto con i (od indifferenza ai) valori della convivenza, espressi dalle norme penali”.

giurisprudenza “così utile in un lavoro che ha, o dovrebbe avere, intenti pratici” (la recensione è riferita a CERCIELLO, 1923, p. 124).

Il metodo positivo informa una moltitudine di studi penalistici, anche taluni molto specialistici sul contrabbando doganale. Uno di questi, in particolare, l'opera di Satta (1924), è particolarmente lodato – e se ne intuisce agevolmente la ragione – per essere

una geniale applicazione del metodo galileiano allo studio del contrabbando, fenomeno così complesso e così caratteristico nelle sue manifestazioni, nei moventi psichici che lo determinano, e nelle condizioni di ambiente che lo consentono e spesso lo incoraggiano avvolgendolo con un'aureola di gloriosa avventura.

II

fattore umano del contrabbando e la sua più tipica casistica sono, con sapienza, ad ogni passo richiamati a documentare l'esposizione del sistema teorico. Le sottili ma certe affinità sono colte nella varietà dei fatti, e le leggi ne sono indotte con cauto rigore. La antisocialità del contrabbando è dimostrata, sì che c'è da bene sperare per un mutamento della falsa opinione radicata nella coscienza collettiva (L'ITALIA, 1924, p. 68).

Chiara nell'impostazione del Frosali la distinzione weberiana fra “dogmatica giuridica”, secondo cui una norma è valida allorché è codificata, e “sociologia del diritto”, la quale deve poter controllare la sua validità nel campo dell'agire sociale degli individui in quanto non è stabilito aprioristicamente che una legge codificata sia comunque e pur sempre rispettata in quanto tale²².

Lungo questa prospettiva l'A. compie ampie incursioni nella filosofia del diritto penale, come nell'opera di Fausto Costa (1924), dove rimprovera certi approcci metafisici e idealisti a discapito di una soluzione, soprattutto riguardo alla pena e al concetto di responsabilità, che tenga conto della personalità del delinquente per adeguare la prima e per concretizzare la seconda ispirata al realismo sociale, per cui la responsabilità sorge dalla reazione naturale della società umana contro la attività anormale di un suo componente.

²² La distinzione tra approccio sociologico e approccio dogmatico al diritto, fatta oggetto di varie considerazioni interpretative (Cfr. REBUFFA, 1991, 26 ss.), è importante qualora la si consideri inserita nel contesto più ampio della stessa *sociologia comprendente* sviluppata da Weber. Con efficace sintesi interpretativa Bobbio (1981, p. 142-143) traccia una distinzione tra “validità reale” e “validità empirica” di una norma o di un ordinamento: una distinzione tra il piano del dover essere su cui si colloca la scienza del diritto e il piano dell'essere su cui si colloca la sociologia giuridica, espressiva quest'ultima della validità empirica della norma.

Il metodo positivista consente altresì di rivolgere attenzioni di estrema attualità anche all'opportunità di punire taluni comportamenti attinenti al costume, evidenziando taluni limiti del diritto penale rappresentati da un malsano paternalismo e che meglio sarebbe il ricorso a strumenti educativi da attuarsi in altra sede (CÀPRETZ, 1924, p. 64).

Sulla stessa scia si passano in rassegna alcuni contributi allo studio delle offese all'onore ed ai delitti di costume in generale – particolarmente noti e oggetto di recenti dibattiti in seno alla dottrina di lingua tedesca (c.d. *Gattungsdelikte*) (per tutti v. SEELMANN, 2010a, p. 249; SEELMANN, 2010b, p. 206 ss.) – come la “pornografia” coinvolgente sia donne che minori, auspicandone, a tutela di questi ultimi, la criminalizzazione e che giungerà – espressamente – solo molti anni dopo (si v. le recensioni a BORCIANI, 1924, p. 118; BELOTTI, 1924).

4 IL FASCISMO COME DOTTRINA MORALE E IL POSITIVISMO CRIMINOLOGICO. UN BINOMIO NON (FACILMENTE) DISSOLUBILE

La collaborazione alla rivista “*L'Italia che scrive*” durò, come detto, quindici anni, interrottasi, per circostanze non note, nel 1938, anno in cui il suo ideatore e pubblicista Angelo Fortunato Formiggini, in conseguenza dello scempio delle leggi razziali che lo riguardavano in prima persona, si tolse la vita precipitandosi dall'altro della Ghirlandina della sua Modena il 29 novembre del 1938 (FORMÍGGINI, 1945, p. 1).

La circostanza può essere frutto di una mera coincidenza. Sta di fatto che le recensioni di libri giuridici (per la maggior parte giuspenalistici) viene proseguita da altri autori.

Sino ad allora molto vivaci (e a tratti entusiastici) furono i commenti agli Autori che a loro modo esaltavano o lo spirito della rivoluzione fascista e/o i postulati fondamentali del positivismo criminologico.

Nel corso degli anni la metodologia si consolida lungo il “doppio binario” degli studi positivisti e dell'esaltazione della morale fascista. Significativa è la recensione alla *Sociologia criminale* di Filippo Grispigni, esaltata nel nucleo concettuale della società intesa non come concetto reale ma di relazione, mentre l'opera di Ottorino Vannini su *La causalità morale e la causalità materiale nell'omicidio secondo il progetto preliminare di un nuovo codice penale italiano* è affidata ad altro commentatore (GRISPIGNI, 1928, p. 214).

Non crediamo che sia stata un'intenzionale esclusione di uno dei più significativi esponenti del tecnicismo giuridico, dato che lo stesso Frosali può

a buon diritto annoverarsi fra coloro che questo metodo svilupparono sino ad esasperarlo (come ricordato più in alto), i cui esponenti definisce come “coloro che promossero la scienza del diritto penale alla scienza giuridica a contenuto prettamente giuridico”.

Significativa è, peraltro, la recensione ai *Principii di diritto penale* di Giulio Battaglini, nella quale egli esalta lo sforzo compiuto dall'Autore di conciliare “quanto di buono” e di “utile” le diverse scuole offrono alla giustizia penale.

Ed è per questo sano e equilibrio che l'A. fa opera di non sterile proselitismo, ma di universale utilità scientifica e pratica, pur seguendo il proprio indirizzo, cioè l'indirizzo tecnico giuridico, e imprimendo anche alla sua opera una caratteristica nettamente personale, che consiste nel promuovere il rinnovamento della scienza del diritto penale riallacciandosi alla tradizione cattolica italiana (BATTAGLINI, 1930, p. 103-104).

Emerge un non nascosto compiacimento del Frosali verso i positivisti che trasformano in larga parte la loro scienza in scienza giuridica, e lo fa recensendo con manifesta esaltazione le opere di Enrico Ferri che nel frattempo escono in edizioni rinnovate ed ampliate sino alla sua scomparsa avvenuta il 12 aprile 1929.

Un commiato rigorosamente scientifico è dal Frosali scritto recensendo la quinta edizione – rivista ed ampliata da Arturo Santoro – della *Sociologia criminale* del 1930. Pubblicata la prima volta nel 1880 col titolo *I nuovi orizzonti del diritto penale*, la operetta ferriana, in sole centocinquanta pagine, ebbe la virtù di ridestare la scienza criminologica assopita. Mancava, alla dottrina assuefatta al Carrara, la

geniale intuizione che avvertisse la necessità del futuro, e la valorizzasse in un'opera indotta dai fatti con rigore scientifico.

Fu Enrico Ferri il sistematore della nuova scuola come indirizzo sociologico e giuridico. *I nuovi orizzonti* fecero scoccare la scintilla che turbò la stasi intellettuale e provocò una nuova corrente di studi volti alla conoscenza del delitto come fenomeno psico-biologico e sociale: come fatto umano. Ebbene, sono questi stessi *Nuovi orizzonti* che vedono oggi la luce, sotto il titolo, in seguito assunto di *Sociologia criminale*; e la loro accresciuta mole – fino ad oltre mille pagine ove si leggono cose e non parole – rivela e traduce la vita dell'Autore. Vita di opera assidua, di costante elaborazione; vita spesa interamente a perseguire un ideale di bene per l'umanità. Fino al giorno in cui, sul lavoro e per i lavoro, il Maestro cadde, in piena battaglia, ma con la gioia, negli occhi, della sicura vittoria.

Vittoria, perché è ormai constatazione sicura che – come si esprimeva di recente Mariano D’Amelio – il successo delle dottrine ferriane è stato progressivo ed assiduo ed il progetto di codice penale del governo fascista ne dà prova tangibile con l’adozione delle misure di sicurezza²³.

Per Frosali la compenetrazione fra la modernizzazione della scienza criminologica italiana e il nuovo codice è favorita massimamente dalla dottrina filosofica, politica e sociale affermata dal fascismo: un complesso nettamente, italianamente originale. Con questo giudizio sono presentati e commentati alcuni dei più significativi contributi alla scienza penale italiana, dove si ritrovano – a detta del Frosali – i principi filosofici e sociali del fascismo, creando una doppia coppia concettuale fra italianità e “fascistità” e fra italianità e latinità, indissolubilmente legate dall’essere reciprocamente le une condizioni di validità delle altre.

Così, da una parte, si loda il *Commentario* di Saltelli e Romano Di Falco, per essere la sublimazione fra la dottrina fascista e la dottrina giuridica italiana e nutrita di senso pratico per essere gli autori alti magistrati (SALTELLI; DI FALCO, 1930, p. 383); dall’altro si eleva ad esempio fulgido di dottrina fascista il nuovo *Trattato di diritto processuale penale* di Vincenzo Manzini, avendo egli cooperato ad accentuare la autorità statale con gli eccessi cui era giunto l’individualismo demo-liberale e definendolo rinnovatore della dottrina processualistica penale cui ha dato un contenuto genialmente italiano, poiché ispirato al buon senso realistico latino (MANZINI, 1932, p. 8).

Di queste caratteristiche è pervaso il metodo scientifico ritratto dal Frosali, almeno a partire dagli anni ‘20 del ‘900, soprattutto quando – come detto – esalta le opere di Enrico Ferri ed il metodo ferriano, condensandolo nella vigorosa esaltazione del principio, del valore di italianità.

Ed oggi che il valore della nostra razza vuole essere riscattato dalle frequenti amnesie del passato, la collezione delle opere ferriane merita un posto d’onore, sia come mirabile esempio di forza dell’ingegno italiano, sia come prova documentale che il primato assunto dalla nostra civiltà, anche nel campo del diritto criminale, fin dall’epoca romana, è stato dall’Italia conservato intatto, anche ancora oggi l’Italia merita di essere chiamata maestra nella mesta e severa disciplina dei delitti e delle pene (FERRI, 1927, p. 12).

²³ Recensione a Enrico Ferri (1930, p. 279-280): “La evoluzione della Sociologia Criminale è la evoluzione di una intera scuola. Essa, per quanto conservi inalterata la sua robusta ossatura originaria, si è molto avvicinata alle attuali esigenze della vita, assimilando con grande profitto quel contenuto giuridico che è sostanziale nella formulazione della scienza criminologica. Da cinquant’anni questa gloriosa opera, tradotta in sei idiomi, percorre il mondo spiegando ovunque ammirato il vessillo d’Italia. Essa ha molto lottato, e molto vinto. Volgiamo grato il nostro pensiero all’Uomo che in essa trasfuse i suoi ideali e tutta la vita sua di diuturno lavoro inteso a migliorare le sorti dell’umanità”.

Sembra quindi che il fascismo abbia avuto il merito di legittimare politicamente ed eticamente un fenomeno culturale ri-scoperto dal positivismo criminologico e che rimanda ai fasti romani, sia nell'aspetto espansionistico, irradiatosi nel mondo intero, sia come metodo improntato al realismo, idoneo a suscitare mirabile fervore di simpatia da parte di chiunque verso la scienza penale²⁴.

L'identità italiana sarebbe esaltata dal fascismo il quale allo stesso tempo racchiude italianità e latinità espressione un rinnovato ordine politico-sociale e morale ed in ciò il positivismo criminologico trova fertile tessuto di attecchimento, data l'estrema adattabilità delle sue dottrine.

Dalle opere recensite egli ricostruisce il retroterra politico, linguistico, ideologico e culturale della sua "fede politica", finendo per privilegiare l'angolo di visuale del positivismo criminologico, la sua "fede incondizionata".

L'opera è quindi un comportamento, come frutto dell'attrito individuale con la storia: nel "grosso" della propria contemporaneità (cioè nella lingua dei dotti, nell'ideologia politica) lo scrittore contemporaneamente esalta il fascismo ma riesce a sfuggire alla contingenza, situandosi nella zona "altra" della dommatica gius-penalistica²⁵.

La rivoluzione fascista, instaurando un nuovo regime con basi politiche, etiche e quindi anche giuridiche radicalmente diverse da quelle dei regimi precedenti, ha dato luogo ad un nuovo ordinamento giuridico. Di tale ordinamento la massima espressione, secondo il Frosali, è data dal diritto sindacale, e dal nuovo ordinamento corporativista, non foss'altro per essere la vittoria a seguito di una "magnifica battaglia di italianità, grandioso saggio di sapienza politica e giuridica puramente italiana" (SERMONTE, 1929, p. 270), e attraverso il quale "l'Italia fascista ha superato la lotta tra gli elementi della produzione e della distribuzione della ricchezza (inserendo, fra l'altro, nel nuovo codice penale il Titolo VIII del Libro II, rubricato "dei delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio")" (FROSALI, 1934, p. 403).

²⁴ Recensione a Ferri (1928, p. 186): "Ed in omaggio alla tradizionale chiarezza realistica del pensiero giuridico latino, anche questo trattato, come tutta l'opera ferriana, spiega serenamente il suo assunto, con una forma limpida sincera, tale da interessare ogni persona colta ai problemi della giustizia penale ed alle manifestazioni della scienza criminologica che dovrebbe essere più conosciuta fra noi, e più apprezzata, come scienza schiettamente nostrale". V., altresì, la recensione a Ferri (1925, p. 118): "La professione del giurista e dell'avvocato, per essere intesa ed apprezzata dalla società e per rendersi ad essa accessibile ed utile al suo miglioramento, non può prescindere dalla indagine diretta, sperimentale del fatto umano, che sia il gesto più sublime o il più turpe crimine, è pur sempre il prodotto di una personalità operante".

²⁵ Allo stato dell'indagine non sembra, di conseguenza, che il termine "razza" usato abbia una radice nei fatti biologici (e pretestuosamente discriminatori) e, in quanto tale, abbia qualche forma di relazione intrinseca con le scienze naturali. Esso ci sembra essere usato in un significato allusivo (non preclusivo) all'estro tipico dell'italiano, ancor oggi riconoscibile (anche nell'immaginario collettivo) in una particolare filosofia di approccio alla vita quotidiana e professionale. Sull'arbitrarietà del concetto di razza, tendente a risolversi nella supremazia delle identità 'migliori' v. Israel (2010, p. 17). Più di recente, in un'ottica attuale di *etnocentrismo* e di *etnofobia* v., Merzagora (2019, p. 11).

L'esaltazione della geniale "italianità" non poteva che sublimarsi nella rivoluzione fascista e nella sua dottrina la quale – come più volte detto – si concilia perfettamente, addirittura guidandola, con la scuola positiva italiana. E ciò perché la filosofia giuridica generale del fascismo è essenzialmente sociale, collettiva, statuale, così come "sociale" è la responsabilità penale e "sociale" è la difesa dello Stato (FROSALI, 1934, p. 402.).

La dottrina politica fascista comporta l'impero assoluto della legge penale, anche senza colpa ignorata, così contraddicendo gli entusiasmi mostrati dal Frosali stesso verso il progetto Ferri del 1921 che invece ne ammetteva, entro certi limiti, la scusabilità (RUGGIERO, 2011, p. 301). La "scure littoria" si abbatte sulla ritenuta troppo morbida disciplina del cumulo giuridico delle pene del Codice Zanardelli del 1889 in caso di concorso di reati, sostituito con il cumulo materiale (salvo che per la continuazione), ampliando i casi di recidiva anche alla recidiva "internazionale" e abolendo il limite di tempo dal reato precedente. Salutata, anche se senza particolare entusiasmo, la reintroduzione della pena di morte valutando tuttavia opportuno l'inasprimento delle pene e sottoponendo a sanzione criminale fatti che prima non provocavano la più severa difesa sociale, rafforzandosi altresì con opportune nuove disposizioni generali e speciali, la protezione della personalità interna ed esterna dello Stato.

Se la dottrina politica del fascismo ha avuto effetti dirompenti sulla tecnica legislativa non meno importanti sono gli effetti della dottrina *morale fascista nella creazione di beni giuridici nuovi*, curando ed elevando i valori morali del popolo, "proteggendo meglio, ed anche con norme genialmente nuove, la religione, e la santità della famiglia".

5 L'AVVENTO DELLA COSTITUZIONE REPUBBLICANA E L'EREDITÀ DI FROSALI NELLA DOTTRINA ITALIANA

La grande duttilità del positivismo criminologico porta ad affrontare con animo disinvolto l'enorme portata innovativa della Costituzione del 1948, la quale dedica – come noto – molteplici disposizioni alla "materia penale"²⁶.

Dopo aver ribadito l'immanenza anche sotto lo Statuto Albertino del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, l'A. saluta con favore il mancato richiamo da parte dell'art. 25, comma II, Cost. alla questione della analogia – avendo cura di premettere che non si tratta di preparare il terreno a (tristemente note) correnti politiche – valutato come opportuno avendo riguardo agli

²⁶ Il già ricordato *Commentario sistematico alla Costituzione italiana* del 1950, a cura di Calamandrei, Levi, è intitolato "La giustizia penale" siano esse regole di diritto sostanziale che di diritto processuale.

sviluppi che una sana concezione di difesa sociale contro la criminalità potrebbe assumere la questione stessa in un ambiente sociale ove la legge tendesse a diminuire la casistica, per lasciar maggior libertà nella valutazione della pericolosità individuale, con dei giudici particolarmente adatti alla difficile missione (CALAMANDREI; LEVI, 1950, p. 220).

Secondo il Frosali più che la legge, è la coscienza sociale (poco solida) e la preparazione tecnica dei giudici (non all'altrezza) ad impedire di ammettere l'analogia, pur auspicabile secondo il ragionamento riportato.

Parimenti lineare e pienamente accettata è la retroattività delle misure di sicurezza (cui si riallacciano anche le misure di polizia) la cui costituzionalizzazione al comma III dell'art. 25 Cost. rappresenta non solo la definitiva consacrazione del positivismo criminologico bensì anche il riconoscimento della necessità di bilanciare le libertà individuali con le esigenze di difesa sociale, secondo il binomio prevenzione-pericolosità criminale che implica necessariamente un effetto retroattivo delle misure.

Il giusto equilibrio di stampo positivista fra i diritti dell'uomo e i diritti della collettività emergerebbe vieppiù, secondo l'A., in negativo dall'art. 27 cpv. Cost. dove opportunamente il costituente ha evitato di proclamare la presunzione di innocenza dell'imputato in favore di una più precisa *non presunzione di colpevolezza*, inconcepibile essendo un sistema che diversamente non consentirebbe una imputazione o un arresto preventivo fondati su sufficienti indizi di reità (CALAMANDREI; LEVI, 1950, p. 235).

L'ideologia fascista è destinata ad evaporare in particolar modo nella nuova configurazione del diritto di sciopero, nelle opere giovanili fortemente osteggiato in favore del – ritenuto – più evoluto ordinamento corporativista, seppur non considerato nella sua assolutezza bensì in quanto temperato dai limiti che tale diritto circoscrivono e definiscono (CALAMANDREI; LEVI, 1950, p. 233).

Il positivismo giuridico, tuttavia, sopravvive al fascismo e trova riconoscimento nella “tendenza rieducativa” della pena, per la quale la corrente correzionalista inaugurata con la Scuola positiva, spoglia la pena dalla finalità afflittiva per indirizzarla verso il riadattamento sociale del reo purchè non incorreggibile. Quest'ultima riserva fa comprendere come il principio enunciato *ex novo* dalla Costituzione del 1948 debba intendersi quale “tendenza generica”, “che potrà non realizzarsi in tutti i casi in cui la eliminazione del consorzio sociale si rende necessaria a vita, data la inemendabilità del condannato”.

La dicotomia delinquente primario-delinquente professionale o abituale si ripresenta – a detta del Frosali – nell'art. 27, comma III, Cost. proprio perché

consente alla pena di spiegare un'efficacia preventivo-generale nei confronti del delinquente primario e di prevenzione speciale nei confronti dei soggetti recidivi emendabili o destinati ad una eliminazione dal consorzio sociale.

A parte questo importante contributo all'avvio degli studi del diritto penale costituzionale, dopo la parentesi degli anni '30, come visto particolarmente influenzata dall'ideologia littoria, la produzione scientifica del Frosali è totalmente riassorbita nel metodo dommatico e 'asettico' nell'uso del quale la maestria dimostrata è assolutamente innegabile.

Si va così da scritti impegnati nella sistemazione delle categorie generali come i "fatti impeditivi" della punibilità (FROSALI, 1953, p. 49 ss.), ai contributi fondamentali allo studio del concorso di persone nel reato (ancor oggi letture obbligate per chi voglia occuparsi della materia) (FROSALI, 1945, II, p. 621 ss.; FROSALI, 1947, II, p. 3 ss.), alla controversa categoria dell'antigiuridicità speciale (FROSALI, 1952a, II, p. 377 ss.).

Un'impronta fecondissima lasciata da Frosali (ancor oggi oggetto di dibattito scientifico) è data dalla monografia *Concorso di norme e concorso di reati* del 1937, la quale è il punto di partenza e – al tempo stesso – di arrivo di tutta una serie di discussioni – solo apparentemente accademiche – sui criteri in base ai quali stabilire, da un lato, l'unicità di azione e, dall'altro, la riportabilità, a seconda dei casi, alla specialità o alla sussidiarietà o al concorso formale di reati.

Senza che possa essere nemmeno sfiorata la complessa problematica (attenuata negli anni – almeno negli effetti pratici – dall'estensione del cumulo giuridico al concorso formale) Frosali sosteneva che il rapporto di sussidiarietà fra norme – che egli propugnava – implicasse, per sua natura, che più fattispecie venissero in considerazione in "*unicità di contesto*" e ciò lo portava a ricondurre a quest'ultima categoria anche i casi di c.d. specialità bilaterale (FROSALI, 1937, p. 635 s.), eredità accolta – seppur da diversa angolazione prospettica – da un giurista che per metodo e temperamento nulla o poco ha in comune con lo studioso fiorentino: Aldo Moro. Moro – aderendo alla dottrina della sussidiarietà – utilizzò tale criterio – denominandolo "*stretta connessione di processi esecutivi*" – per affermare l'unicità di azione, oltre al caso della coincidenza (totale o parziale) dei processi esecutivi, anche nell'ipotesi di una loro semplice contestualità, che ricorre tutte le volte in cui essi siano presidiati, sul piano psicologico, dalla medesima volizione e si realizzino nell'ambito delle stesse circostanze di tempo e di spazio (MORO, 1951, p. 89 ss.).

L'estrema convinzione della validità del metodo positivista, nonché di taluni precipitati storici di quella scuola, si riflettono nella riproposizione di quelle teorie anche in tempi più recenti, come la natura amministrativa delle

misure di sicurezza, attraverso una serrata analisi di diritto positivo, nonché l'accostamento fra prevenzione e polizia-amministrazione (FROSALI, 1965, p. 240 s.) ovvero per il ruolo, fondamentale, che nella teleologia dell'illecito penale riveste il "soggetto passivo" del reato, tradizionalmente relegato in secondo piano dai classici (FROSALI, 1970, p. 816 ss.), o ancora riproponendo studi sulle figure di delinquente tipo, l'impronta più evidente – ma ve ne sono altre non meno importanti, anche se più "discrete" – lasciata dalla Scuola positiva sul Codice Rocco (FROSALI, 1952b, p. 450 ss.).

RIFERIMENTI

ANTOLISEI, Francesco. Pene e misure di sicurezza. In: **Rivista Italiana di Diritto Penale**, 1933.

ANTOLISEI, Francesco. Pene e misure di sicurezza. In: **Scritti di diritto penale**. Milano: Giuffrè, 1955.

BATTAGLINI, Giulio. Principii di diritto penale in rapporto alla nuova legislazione: questioni preliminari. Milano: Istituto Editoriale Scientifico, 1929. In: **L'Italia che scrive**: rassegna per coloro che leggono; supplemento mensile a tutti i periodici, Roma, Formiggini, 1930.

BÈGHIN, Laurent. Leone Ginzburg, un intellettuale europeo fra Russia e Italia. In: COTTINO, Gastone; CAVAGLIÀ, Gabriela (a cura de). **Amici e compagni**: con Norberto Bobbio nella Torino del fascismo e dell'antifascismo. Milano-Torino: Pearson Italia, 2012.

BELOTTI, Bortolo. Politica del costume. Milano: Unitas, 1924. In: **L'Italia che scrive**: rassegna per coloro che leggono; supplemento mensile a tutti i periodici, Roma, Formiggini, v. VII, 1924.

BIROTTI, Italo; LOSCHIAVO, Luca (a cura di). **I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)**. Roma: Roma Tre-Press, 2015.

BOBBIO, Norberto. Max Weber e Hans Kelsen. In: TREVES, Renato (a cura di). **Max Weber e il diritto**. Milano: F. Angeli, 1981.

BORCIANI, Alberto. Le offese all'onore. I reati di ingiuria e diffamazione nel diritto italiano. Torino: Utet, 1924. In: **L'Italia che scrive**: rassegna per coloro che leggono; supplemento mensile a tutti i periodici, Roma, Formiggini, v. VII, 1924.

CALAMANDREI (a cura di); LEVI, Alessandro. **Commentario sistematico alla costituzione italiana**. Firenze: Barbera, 1950.

CAMPONESCHI, Lalle. In: **Dizionario biografico degli italiani**. v. 50. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988.

CÀPRETZ, Giuseppe. Bestemmia e turpiloquio: con prefazione di Luigi Luzzatti. Bologna: Cappelli, 1923. In: **L'Italia che scrive**: rassegna per coloro che leggono; supplemento mensile a tutti i periodici, Roma, Formiggini, v. VII, 1924.

CERCIELLO, Renato. La rimessione del debito nel diritto civile positivo. Roma: Agostiniana, 1923. **L'Italia che scrive**: rassegna per coloro che leggono; supplemento mensile a tutti i periodici, Roma, Formiggini, v. VI, 1923.

COCO, Paola. Arturo Rocco: uno studioso, un metodo, un codice. In: **Archivio Penale**, Pisa, Università di Pisa, n. 1, 2018.

COLAO, Floriana. Un "fatale andare": Enrico Ferri dal socialismo all'"accordo pratico" tra fascismo e scuola positiva. Roma: Roma Tre-Press, 2016. Disponibili in: <romatrepress.uniroma3.it>.

CONTI, Fulvio. In: **Dizionario biografico degli italiani**. v. 84. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 2015.

COSTA, Fausto. **Delitto e pene nella storia della filosofia**. Milano: Facchi, 1924.

CURATOLA, Pasquale. **Del nesso oggettivo di causalità nel diritto penale**: contributi applicativi della teoria della condizione pericolosa. Milano: Giuffrè, 1955.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lezioni di filosofia del diritto**. Città di Castello: Leonardo da Vinci, 1930.

DONINI, Massimo. Serendipità e disillusioni della giurisprudenza: che cosa è rimasto della sentenza C. cost. n. 364/1988 sull'ignorantia legis. In: In: FOFFANI, Luigi; FREGNI, Maria Cecilia; LAMBERTINI, Renzo (a cura di). **Liber amicorum per Massimo Bione**. Milano: Giuffrè, 2011.

FERRI, Enrico. Difese penali: studi di giurisprudenza penale: arringhe civili, 3^a ed. riveduta e aumentata. Torino: Utet, 1925. In: **L'Italia che scrive**: rassegna per coloro che leggono; supplemento mensile a tutti i periodici, Roma, Formiggini, 1925.

FERRI, Enrico. Le difese penali (studi di giurisprudenza penale – arringhe civili). Torino: UTET, 1923. In: **L'Italia che scrive**: rassegna per coloro che

leggono; supplemento mensile a tutti i periodici, Roma, Formiggini, v. VI, 1923.

FERRI, Enrico. Principii di diritto criminale: delinquente e delitto nella scienza, legislazione, giurisprudenza, in ordine al codice penale vigente, al progetto 1921, al progetto 1927. Torino: Utet, 1928. In: **L'Italia che scrive**: rassegna per coloro che leggono; supplemento mensile a tutti i periodici, Roma, Formiggini, 1928.

FERRI, Enrico. Sociologia criminale. Quinta edizione, riveduta ed ampliata con note di Arturo Santoro. Torino: Utet, 1930. In: **L'Italia che scrive**: rassegna per coloro che leggono; supplemento mensile a tutti i periodici, Roma, Formiggini, 1930.

FERRI, Enrico. Studi sulla criminalità. Seconda edizione riveduta e molto aumentata. Torino: Utet, 1926. In: **L'Italia che scrive**: rassegna per coloro che leggono; supplemento mensile a tutti i periodici, Roma, Formiggini, 1927.

FIANDACA, Giovanni. **Prima lezione di diritto penale**. Bari: Laterza, 2017, II rist. 2018.

FORMÍGGINI, Angelo Fortunato. In: **L'Italia che scrive**: rassegna per coloro che leggono; supplemento mensile a tutti i periodici, Roma, Formiggini, 29 novembre 1945.

FROSALI, Raoul Alberto. Antigiuridicità speciale – errore – integrazione delle norme: norme inutili e norme dannose. In: **Archivio Penale**, Pisa, Pisa University Press, 1952a.

FROSALI, Raoul Alberto. “Circostanze di esclusione della pena” che impediscono il reato. In: **La Scuola Positiva - Rivista di Criminologia e Diritto Criminale**, Milano, Giuffrè, anno L dalla fondazione, Nuova Serie: anno VII, 1953.

FROSALI, Raoul Alberto. **Concorso di norme e concorso di reati**. Città di Castello: Leonardo da Vinci, 1937.

FROSALI, Raoul Alberto. Corso di diritto penale. Città di Castello: Leonardo da Vinci, 1938. In: **Annali di Diritto e Procedura Penale**. Torino: Torinese, 1939a.

FROSALI, Raoul Alberto. **Diritto penale**. Milano: Cetim, 1942a (ristampe 1943, 1950, 1955, 1960, 1965, 1967, 1975, 1976).

FROSALI, Raoul Alberto. **Dispense per la parte istituzionale di un corso di diritto penale anno accademico 1938-39**. Firenze: Poligrafica, 1939b (ristampa 1940 e 1942).

FROSALI, Raoul Alberto. **Dispense riassuntive del corso di criminologia e delinquenza dei minorenni**: scuola di servizio sociale ed esperti del lavoro presso l'Università degli Studi di Firenze. Firenze, 1949.

FROSALI, Raoul Alberto. Dottrine italiane, e codice penale fascista: riassunto della prolusione al corso ufficiale di diritto e procedura penale, dettata, per l'anno accademico 1933-1934-XII, nella Regia Università di Sassari. In: **La Scuola Positiva - Rivista di Criminologia e Diritto Criminale**, Milano, Giuffrè, 1934.

FROSALI, Raoul Alberto. Filippo Grispigni (1884-1955). In: **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**, Milano, Giuffrè, anno XXXII, luglio-agosto 1955.

FROSALI, Raoul Alberto. Il delinquente per tendenza nel diritto positivo. In: **Studi in memoria di Arturo Rocco**. v. I. Milano: Giuffrè, 1952b.

FROSALI, Raoul Alberto. La giustizia penale. In: CALAMANDREI (a cura di); LEVI, Alessandro. **Commentario sistematico alla costituzione italiana**. Firenze: Barbera, 1950.

FROSALI, Raoul Alberto. L'elemento soggettivo del concorso di persone nel reato. In: **Archivio Penale**, Pisa, Pisa University Press, 1945.

FROSALI, Raoul Alberto. L'elemento soggettivo del concorso di persone nel reato. In: **Archivio Penale**, Pisa, Pisa University Press, 1947.

FROSALI, Raoul Alberto. **L'errore nella teoria del diritto penale**. Roma: Editrice di Roma, 1933.

FROSALI, Raoul Alberto. Natura amministrativa delle misure di sicurezza giurisdizionali. In: **Studi in memoria di Guido Zanobini**. v. V. Milano: Giuffrè, 1965.

FROSALI, Raoul Alberto. **Procedura penale**. Milano: Cetim, 1942b (ristampe 1954, 1958, 1967).

FROSALI, Raoul Alberto. **Reato, danno e sanzioni**. Padova: CEDAM, 1932.

FROSALI, Raoul Alberto. **Sistema penale italiano**: diritto penale sostanziale. v. I. 4. ed. Torino: Utet, 1958.

FROSALI, Raoul Alberto. Soggetto passivo del reato. In: **Novissimo Digesto Italiano**, Torino, Utet, v. XVII, p. 816-818, 1970.

FROSINI, Vittorio. Del Vecchio Giorgio. In: **Dizionario biografico degli italiani**. v. 38. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1990.

GAROFALO, Raffaele. I delinquenti abituali, gli scioperi, il bolscevismo: discorso del senatore Raffaele Garofalo pronunciato nella tornata del 25 luglio 1919. Roma, 1919.

GRISPIGNI, Filippo. Sociologia criminale. Torino; Utet, 1928. In: **L'Italia che scrive**: rassegna per coloro che leggono: supplemento mensile a tutti i periodici, Roma, Formiggini, 1928.

GROSSI, Paolo. Il volto attuale dell'illecito penale: a proposito di un recente libro di Massimo Donini. In: **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**, Milano, Giuffrè, v. 35, n. 2, p. 1.043-1.057, 2006.

GROSSI, Paolo. Enrico Finzi: un innovatore solitario. In: **Enrico Finzi: l'“officina della cose”**. Milano, 2009.

ISRAEL, Giorgio. **Il fascismo e la razza**: la scienza italiana e le politiche razziali del regime. Bologna: Il Mulino, 2010.

KANTAUTAS, Adam; KANTAUTAS, Filomena. **A lithuanian bibliography**: a checklist of books and articles held by the major libraries of Canada and the United States. Alberta: The University of Alberta Press, 1975.

L'ITALIA che scrive: rassegna per coloro che leggono; supplemento mensile a tutti i periodici, Roma, Formiggini, v. VII, 1924.

MAJNO, Luigi. Il nuovo codice penale e la scuola positiva. In: **Monitore dei Tribunali**: giornale di legislazione e giurisprudenza civile e penale, Milano, Società Editrice, v. XXXI, 1890.

MANES, Vittorio; CAIANIELLO, Michele. **Introduzione al diritto penale europeo**. Torino: Giappichelli, 2020.

MERZAGORA, Isabella. **La normalità del male**: la criminologia dei pochi, la criminalità dei molti. Milano: Cortina Raffaello, 2019.

MIKALOUSKAS, Antanas. **Das strafrecht der drei litauischen statute von 1529, 1566, 1588**. Kaunas: J. Karvelio Prekybos Namai, 1937.

MORO, Aldo. **Unità e pluralità di reati**: principi. Padova: CEDAM, 1951.

PIFFERI, Michele. Problemi costituzionali del diritto penale: tra riformismo e ascesa del paradigma autoritario (1920-1940). In: **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**, Milano, Giuffrè, 2019.

POGGI, Alfredo. In: **L'Italia che scrive**: rassegna per coloro che leggono: supplemento mensile a tutti i periodici, Roma, Formiggini, anno 14, 1931 (Annata completa).

ROCCO Arturo. La scuola di perfezionamento in diritto penale presso l'Università degli Studi di Roma. In: **Annali di Diritto e Procedura Penale**. Torino: Torinese, 1932.

ROCCO, Arturo. Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica: prolusione al corso ufficiale di diritto e procedura penale, letta il 20 dicembre 1930. In: **Opere Giuridiche**, Roma, Università di Roma, v. III, 1933.

REBUFFA, Giorgio. **Nel crepuscolo della democrazia**: Max Weber tra sociologia del diritto e sociologia dello stato. Bologna: Il Mulino, 1991.

RUGGIERO, Gianluca. L'importanza del progetto Ferri per il "Codice Rocco". In: **Rivista di Storia del Diritto Italiano**, Torino, Università di Torino, v. LXXXIV, p. 287-310, 2011.

SALTELLI, Carlo; DI FALCO, Enrico Romano. Commento teorico pratico del nuovo codice penale. Roma: Delle Mantellate, 1930. In: **L'Italia che scrive**: rassegna per coloro che leggono: supplemento mensile a tutti i periodici, Roma, Formiggini, 1930.

SERMONTE, Alfonso. Il diritto sindacale italiano (con prefazione di Silvio Longhi). Roma: Littorio, 1929. In: **L'Italia che scrive**: rassegna per coloro che leggono: supplemento mensile a tutti i periodici, Roma, Formiggini, 1929.

MANZINI, Vincenzo. Trattato di diritto processuale italiano. Torino: Utet, 1931. In: **L'Italia che scrive**: rassegna per coloro che leggono: supplemento mensile a tutti i periodici, Roma, Formiggini, 1932.

SATTA, Josto. **Il dinamismo del contrabbando**: il contrabbando: parte prima. Roma: Studio di Legislazione Speciale, 1924. (con pref. di Enrico Ferri).

SBRICCOLI, Mario. Le mani nella pasta e gli occhi al cielo: la penalistica italiana negli anni del fascismo. In: **Storia del diritto penale e della giustizia**: scritti inediti (1972-2007). Milano: Giuffrè, 2009.

SEELMANN, Kurt. Die verlagerung des tabus ins subjekt. In: **Festschrift für Winfried Hassemer**, Heidelberg, C. F. Müller, p. 249-258, 2010a.

SEELMANN, Kurt. Menschenwürde als würde der gattung: ein problem des paternalismus? In: **Grenzen des Paternalismus**, Stuttgart, Kohlhammer, p. 206-219, 2010b.

STASIULIS, Stanislovas. The holocaust in Lithuania: the key characteristics of its history, and the key issues in historiography and cultural memory. In: **East European Politics and Societies and Cultures**. Frankfurt: Sage, 2020.

SUŽIEDĖLIS, Saulius. Memories of blood: some aspects of lithuanian responses to the holocaust. In: **Jahrbuch für Antisemitismusforschung**, Berlin, Metropol, n. 21, p. 214-236, 2012.

VANAGAITĖ, Ruta; ZUROFF, Ephraim. **Our people**: discovering Lithuania's hidden holocaust. Lanham (Maryland): Rowman & Littlefield, 2020.

VINZI, Giulio. **Manuale del diritto civile italiano**. Firenze: Cammelli, 1923.

VON WEBER, Hellmuth. In: **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung**, Weimar, Böhlau, v. XL, 1940.

Submissão em: 21 de julho de 2021

Último Parecer favorável em: 27 de maio de 2022

Como citar este artigo científico

RUGGIERO, Gianluca. Un giurista dimenticato: Raul Alberto Frosali. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 3, n. 2, p. 78-101, maio-ago. 2022.

DE LA GOBERNANZA, LIDERAZGO Y ÉTICA PÚBLICA

“De la fe en la humanización del Verbo,
sacamos la esperanza en nuestra divinización.”
Miguel de Unamuno, Diario íntimo, esclavitud, s.f. (Cuaderno 3)

JOSÉ JOAQUÍN JIMÉNEZ VACAS¹

RESUMEN

El último cuarto del siglo XX ha visto discurrir, en el ámbito de las ciencias de la Administración, un movimiento que ha llevado de la burocracia a la gerencia y de la gerencia a la gobernanza. El movimiento contiene un cambio de paradigma intelectual que subyace a las reformas impulsadas hasta mediados de los 70 (burocracia), desde los 70 hasta entrados los 90 (gerencia o *management*) y, desde ahí, hasta la actualidad (buen gobierno, gobernanza y gobernabilidad). El interés general ahora se comprende desde la multilateralidad y debe ser objeto de diálogo y trabajo conjunto, también desde los valores humanos y desde la ética.

Palabras Claves: Globalización, gobernanza, liderazgo público, ética pública.

1 APROXIMACIÓN

La organización política alumbrada por los Reyes Católicos a finales del Siglo XV prolonga sus principios informadores al reinado de los primeros representantes de la Casa de Austria, continuidad que supuso el elemento decisivo en la tarea “institucionalizadora” de un nuevo desafío político: la “monarquía universal”, proyecto político aglutinador de los diversos reinos que la formaban y que suponía una reacción frente al particularismo medieval.

¹ Doctor en Derecho, Programa de Doctorado en Estado de Derecho y Gobernanza Global. Universidad de Salamanca (USAL.) Correo electrónico: jjelvacas@gmail.com

J. A. Maravall ha matizado que este “universalismo político-moral”, de base cristiana, se irá modulando conforme fuera avanzando el reinado de Carlos I, manifestando la superación de la universalidad plena (MARAVALL CASESNOVES, 1999, p. 50-52). Como señalara el citado autor, con las doctrinas particularistas, en especial con Francisco de Vitoria, la idea de la monarquía dejará de ser un principio constitutivo del universo político para convertirse en un mero principio de organización de los Estados.

El desarrollo del concepto de Estado y posterior surgimiento del Estado-nación pueden, sin duda, analizarse a través de la contribución a la teoría política de los principales pensadores en este ámbito, desde el siglo XVI hasta el siglo XIX y que refleja, en síntesis, el largo camino recorrido desde el surgimiento del Estado de la mano de las monarquías absolutas, hasta los albores del Estado Liberal-constitucional, inspirados en las ideas de pacto social, limitación del poder Real y derechos naturales, de Montesquieu a Rosseau, sobre las que se asientan las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII y principios del XIX.

En este sentido, el surgimiento del Estado se asocia al “contrato social”, en el que las personas, frente a un Estado de naturaleza ingobernable descrito por Hobbes con su *homo homini lupus*,² renuncian a sus libertades a cambio de cierto orden y seguridad que solo pueden quedar garantizados por un monarca absoluto que acumula para sí todos los poderes y que obtiene su legitimidad, precisamente, de dicho “pacto social.”

El surgimiento de un Estado “moderno” que trae, en dicho momento, y al menos, el establecimiento de un orden jurídico “único” que se impone con diferente intensidad al conjunto de ciudadanos, si bien se modela y administra a plena voluntad del monarca, deriva, en palabras de Werner Naef, en una suerte de contexto en que el poder del Estado comienza a recoger partículas de soberanía enajenadas, a recuperar fragmentos territoriales perdidos, a dar contenido a la soberanía estatal, a redondear el territorio y a eliminar las potencias intermedias haciendo directo el poder de mando (NAEF, 1946).

Una vez asentado este primer estadio de Estado “moderno”, comienzan a aparecer pretensiones que tratan de limitar el poder absoluto del monarca, representadas –fundamentalmente– en las ideas de Locke, mediante la fragmentación del poder absoluto tanto a través de la participación en la elaboración de las leyes del parlamento como depositario de la soberanía nacional, cuanto mediante el reconocimiento de una serie de derechos naturales (libertad, vida, propiedad privada, etc.) que comienzan a condicionar la actuación del monarca. Estas ideas son las que constituyen el germen del nuevo pacto social que, junto con el principio de separación de poderes, asientan en las revoluciones liberales-burguesas de finales del siglo XVIII.

² La frase original resulta atribuida a Tito Macio Plauto (254 a. C. - 184 a. C.), en su obra *Asinaria*, donde el texto exacto dice: *Lupus est homo homini, non homo, quom qualis sit non novit.*

Sin embargo, estas revoluciones burguesas necesitan de un andamiaje jurídico en el cual quedasen codificados estos principios (pacto social, soberanía nacional, separación de poderes y reconocimiento de los derechos individuales) lo que dará lugar al surgimiento del denominado “Estado constitucional”.

El triunfo de este conjunto de ideas en buena parte de Europa y América durante la primera mitad del siglo XIX, –España, por su parte, resultará un caso singular, caracterizado por su historia de avances y retrocesos en el reconocimiento de dichos principios–³ dará lugar al establecimiento del Estado-nación caracterizado por la existencia de un conjunto de personas a las que se impondrá un poder político común, emanado del pacto social y sujeto a normas que asientan sobre un territorio único, inviolable y no enajenable.

Esta noción de Estado se identifica, desde el punto de vista jurídico, con lo que se conoce como Estado constitucional de Derecho, ya que presenta las notas características de separación de poderes, reconocimiento de derechos individuales y establecimiento de un principio de legalidad: la forma en que queda el Estado sujeto a el Derecho responde a la máxima “está prohibido lo que no está permitido”, del latín, *quae non sunt permissae prohibita intelliguntur*.

Asimismo, una consecuencia importante de esta época es la consolidación de una Administración Pública que se va profesionalizando de manera paulatina, puesta al servicio de los gobiernos, apreciándose primeras notas de la organización burocrática poco más tarde descrita por Max Weber, centralizada, jerárquicamente organizada e integrada por funcionarios públicos.

La Administración Pública pasará a regularse, entonces, por y desde el Derecho administrativo, caracterizado, en palabras de Hariou, por la presencia de prerrogativas exorbitantes atribuidas como poder jurídico y por el control de su ejercicio por parte de Tribunales judiciales independientes.

Por otro lado, desde punto de vista político, asistimos a la configuración de un mundo caracterizado de “multipolar” en que resultan actores directos los nuevos Estados-nación. La evolución de esta forma de organización política hacia el Estado democrático variará según la nación pero, con carácter general, puede decirse que sufrirá avances y retrocesos durante un camino que va desde el establecimiento de la democracia censitaria y ponderada, hasta el definitivo establecimiento de un sufragio universal a partir de bien entrado el siglo pasado (XX).

Una de las consecuencias más notables derivadas de la finalización de la segunda gran guerra y el establecimiento de la política de bloques en Europa, fue la generalización del conocido como “Estado del bienestar” en la práctica

³ SÁNCHEZ AGESTA definiría la historia del constitucionalismo español como “una fiebre devoradora de Constituciones”, basada en la presencia de dos fuerzas hegemónicas, liberales y conservadoras, que tratan de imponer sus ideas a través de esos textos constitucionales.

totalidad de la Europa occidental, que tenía por objetivo fundamental garantizar un nivel mínimo de vida para todos los ciudadanos. La implantación del citado modelo vino ciertamente acompañada de una serie de modificaciones, también jurídicas y de primer orden. En primer lugar, produjo la constitucionalización del Estado del bienestar a través de la fórmula del “Estado social” que incorpora a muchas de las constituciones el reconocimiento –explícito– de una serie de derechos “sociales”, alguno de ellos elevado a la categoría de fundamental, amparando la intervención del Estado en la economía, tanto como agente económico de primer orden, cuanto como agente redistribuidor de riqueza a través de sistemas impositivos progresivos.

Los clásicos derechos a la igualdad, la vida o la libertad, se vieron adicionados con los llamados “derechos económicos y sociales” que, como derechos de “segunda generación”, fueron reconocidos por primera vez en la Constitución Mexicana de 1917 y, en Europa, en el texto constitucional de la República de Weimar (*Weimarer Republik*), sancionada en 1919 (JIMÉNEZ VACAS, 2014a).

Asimismo, se ampara e impulsa el nacimiento de sistemas de previsión social de carácter “universal” y se ponen en marcha esquemas de sanidad universal y educación pública, se refuerzan los mecanismos del “Estado democrático” y se amplían los espacios de participación ciudadana a través de figuras como el referéndum popular o la propia regulación de formas de participación directa de la ciudadanía en los asuntos públicos.

Desde el punto de vista del Estado de Derecho, se refuerzan los mecanismos para garantizar la independencia judicial y el funcionamiento de las asambleas parlamentarias y se ponen en marcha, o se retoma, el funcionamiento de los tribunales constitucionales o de garantías. En definitiva, las constituciones sientan principios regulatorios de funcionamiento de amplios sectores de la vida social y económica.

Consecuentemente a la asunción de nuevas funciones por parte del Estado, asume éste –pasa a asumir– un verdadero rol prestacional: se produce un crecimiento exponencial de las Administraciones encargadas de diseñar y ejecutar políticas públicas para la población y, por tanto, de los ámbitos regulados, total o parcialmente, por el Derecho administrativo. En definitiva, el Estado comienza un camino que va, de ser un prestador directo de servicios y un agente económico de primer orden, a ser garante de los mismos y un agente vigilante en contexto de una dinámica histórica hoy día unida a la explosión de las nuevas tecnologías y la globalización económica, social y política.

La globalización, es una realidad que se proyecta sobre las actividades humanas.

El interés general ahora, se comprende desde la multilateralidad y debe ser objeto de diálogo y trabajo conjunto desde los poderes públicos y agentes sociales. También y en opinión de este autor, desde los valores del humanismo y la ética.

2 DE LOS FENÓMENOS GLOBALES

La Real Academia Española de la Lengua define el término globalización como:

(1) tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales, (2) consecuencia de la integración progresiva de las economías nacionales en el marco de la economía internacional, de suerte que su evolución estará en función, cada vez en mayor medida, de los mercados internacionales y menos de las políticas económicas gubernamentales y, en fin, (3) límite de la integración internacional entendido como un creciente número de economías nacionales mutuamente interconectadas a través del intercambio de bienes, servicios y factores de producción.

Pero a la hora de usarse del término, los ámbitos de influencia hacia los que este concepto se extiende y sugiere resultan hoy difícilmente abarcables y dignos de una muy sosegada reflexión.

¿Qué es globalización?

Nosotros, los líderes del grupo de los veinte, nos reunimos en Washington el 15 de noviembre de 2008, en medio de serios retos para la economía mundial y los mercados financieros, decididos a reforzar nuestra cooperación y a trabajar juntos para restaurar el crecimiento global y lograr las reformas necesarias en los sistemas financieros del mundo.

Así comienza el documento redactado desde el G-20, cuando la quiebra del centenario banco norteamericano Lehman Brothers disparó la nueva gran recesión de 2008.

El G-20, sin apoyo alguno en normas o convenios internacionales, carecía –carece, de hecho– de jurídica legitimidad institucional. Lo integran mandatarios

(Jefes de Estado o Gobierno) de 19 países, más la representación institucional de la Unión Europea, por virtud de su propio consenso y de la legitimación que le da la fuerza económica que entre todos ellos reúnen o agregan: aproximadamente el 90% del Producto Interior Bruto (PIB) mundial y las dos terceras partes de la población del globo.

El G-20 puede considerarse ejemplo real de “globalización.” Pero la globalización se expresa, hoy también, en multitud de otras manifestaciones (JIMÉNEZ VACAS, 2020, p. 142).

Desde el punto de vista histórico –aproximación expuesta–, el hecho de un fenómeno general de acción y repercusión “global” ya se había producido en épocas pretéritas muy anteriores a la contemporánea. Piénsese, por ejemplo, en las antiguas civilizaciones griega o egipcia, en el Imperio romano o en el español, en el que de los dominios del Monarca Felipe II, el Rey Planeta, se decía no se ponía el sol.

El Tratado de Tordesillas –pongamos por ejemplo– como compromiso suscrito en la homónima localidad vallisoletana en 1494 entre los representantes de los Monarcas españoles Isabel y Fernando, reyes de Castilla y de Aragón, por una parte, y los de Juan II de Portugal por la otra, virtud del cual se estableció un reparto de las zonas de navegación y conquista del Océano Atlántico y del Nuevo Mundo en “las Américas” mediante un meridiano situado 370 leguas al oeste de las islas de Cabo Verde y a fin de evitar conflictos de intereses entre la Monarquía Hispánica y el Reino de Portugal, puede apuntarse muy viejo exponente, también, de un fenómeno real de “globalización.”

El fenómeno –en sentido más actual– tiene verdadero germen, sin embargo, como se ha citado, en el fin de la segunda gran guerra, cuando empiezan a surgir organizaciones de carácter internacional o supranacional, que pasan a tomar decisiones, con el efecto de evitar nuevas grandes confrontaciones. La “globalización” irrumpió, en efecto, en el siglo XX, en el ámbito de la guerra. Las dos grandes guerras que asolaron Europa obtuvieron calificativo de “mundiales” y, tras la segunda, se produjo un fenómeno polarizador –y, también, global– alrededor de sendos ejes, americano y soviético. El final de los conflictos globales dio paso, también al surgimiento de los llamados procesos de integración internacional, que tienen su exponente en los Organismos que se crearon entre Estados a partir de entonces.

Las Organizaciones Internacionales se definen sujetos de Derecho internacional, de carácter funcional (no territorial) caracterizados por ser creados mediante tratado y dotados, por éste, de personalidad jurídica para actuar en el tráfico internacional (JIMÉNEZ VACAS, 2014b).

La Organización de Naciones Unidas (O.N.U.), es quizá la que pueda considerarse organización internacional por excelencia, con una verdadera vocación de universalidad: pretende abarcar a todos los Estados del “globo” y

tiene por pretensión esencial preservar la paz y la seguridad internacionales, así como restablecer aquellas cuando se hubieran quebrado.

Hoy día, abiertos los periódicos por su primera página, Estados y Regiones pasan a un segundo plano y no se entiende la política mundial, ni la de sus territorios, sin un “marco globalizado” y sin el necesario concurso e intercambio de actores a escala global tales como el G-8, el G-20, la Liga Árabe, la Organización de Naciones Unidas (ONU) y su Consejo de Seguridad, la Commonwealth, la Unión Europea (UE), sus Instituciones y la Zona Euro, el Consejo de Europa, la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), la Unión de Estados Africanos (UEA), MERCOSUR, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) o las llamadas “economías emergentes”: países como Brasil, Rusia, la India y China (los países BRIC) o los llamados “cuatro tigres del oriente”: Tailandia, Taiwán, Corea del Sur y Singapur.

Surgen organismos que regulan un Derecho global y resuelven conflictos, algunos de ellos, incluso, con verdadero poder de coerción sobre los Estados soberanos.

Sujetando, así, con suma curiosidad, entre nuestras manos, el tomo de la esencial obra *The Wealth of Nations* (Adam Smith, 1776), se puede leer que, según el sistema de la libertad natural, el soberano solamente debe atender a tres deberes: 1º, la defensa de la sociedad contra la violencia y la invasión; 2º, el establecimiento de una exacta administración de justicia y 3º, el deber de construir y mantener ciertas obras e instituciones públicas, nunca en interés particular.

Es un hecho patente de nuestros días que este paradigma ha cambiado de forma perceptible: el concepto de territorio y de frontera, en efecto, han cambiado; el concepto de población, también, y se ha reformulado de la mano de los fenómenos migratorios; y el concepto de poder político se ha desbordado en su síntesis y parámetro actual, dado que hoy, puede decirse, existen muchos conceptos de poder.

Esta nueva tesitura, como en anteriores ocasiones, debe ser ordenada, desde la lógica, desde el Derecho y, por supuesto también, desde prisma del humanismo ético.

Se impone un sistema confuso, poco claro, sin pureza ni reglas tajantes del juego, y el término globalización o mundialización vendrá a definir ese proceso complejo de interconexión de los ámbitos político, social y económico a lo largo y ancho del globo.

En otras palabras, una actividad queda mundializada cuando, para su realización, utilizan o ponen en relación cosas, actividades o personas procedentes de todo el planeta y/o dispersas por toda la superficie de la Tierra

(GIDDENS, 1993; y HELD, 1997, *apud* ESTÉVEZ ARAUJO, 2002).

Sin embargo, el proceso que vivimos de “globalización” o de “mundialización”, a diferencia de lo ocurrido en procesos similares a lo largo de la historia, goza de cierta característica especial que lo hace diferente y esta resulta en la posibilidad de que, gracias al desarrollo de las tecnologías, dichas actividades que se realizan globalmente, lo hacen a su vez a un mismo tiempo.

La importancia de la “globalización”, desde el punto de vista jurídico, radica por su parte en que ha sido capaz de modificar los fundamentos sobre los que asentaba el Estado-nación y, más aún, ciertos esquemas de los Estados sociales y democráticos de Derecho, construidos desde la segunda guerra mundial, asignando, o tratando de asignar, nuevos roles al Estado.

En este sentido, estamos asistiendo a una doble fragmentación de la soberanía:

- por un lado, por la integración en Entes supranacionales, de la cual se deriva su cesión directa “hacia arriba”, produciéndose lo que algunos autores han llamado “internacionalización del Derecho administrativo” o, en palabras de E. Schmidt-Aßmann (2006), “relaciones administrativas internacionalizadas” a su vez, en formas de cooperación bilateral, formas organizativas regionales, formas organizativas de alcance mundial y redes “informales” de autoridades.
- y, por otro, por procesos de descentralización política que han dado lugar a que aparezcan como titulares de la soberanía entes territoriales de ámbito inferior al Estado, que legislan sobre asuntos sobre los que se les ha dotado de competencia.

La cuestión ha obligado, desde el punto de vista del Derecho, a que se incluyan principios de actuación relativos a una necesidad de coordinación y/o lealtad institucional “cooperativa” entre las distintas Administraciones. Pero mientras que la descentralización política puede justificarse por un acercamiento de las instancias de un mismo Estado, hacia la ciudadanía, la integración de éste en organizaciones supranacionales deriva en cierto déficit democrático, ya que la influencia de los ciudadanos en la toma de decisiones por parte de dichas organizaciones resulta realmente limitada en la práctica y medida de que, muchas veces, en efecto, las decisiones se adoptan con base en negociaciones intergubernamentales sobre aspectos que difícilmente se incluyen en los debates públicos nacionales.

El nuevo orden socio-económico, global, y las novedades suscitadas en la relación entre Estado y sociedad exigen definir, claramente, el papel que ha de

corresponder a las instituciones y a sus representantes, sobre las premisas de consecución de la eficiencia del Estado y de su nuevo papel o rol “moderador.”

Esta nueva tesitura, como en anteriores ocasiones, en definitiva, debe ser ordenada y organizada a través de un sistema nuevo y eficaz, en perspectiva final no desligada del humanismo, la sostenibilidad y la ética.

El Estado tradicional, en efecto, ha demostrado no hallarse capacitado para asimilar los nuevos hechos. Cabe sólo reflexionar, entonces, ¿cómo administrar y gobernar en el panorama de globalización?; hallándose la respuesta en el concepto, hoy también difuso, de la “gobernanza.” (JIMÉNEZ VACAS, 2014b).

3 DE LA GOBERNANZA, LIDERAZGO Y ÉTICA PÚBLICA

La “gobernanza” (*governance*), o gobierno relacional, tal y como hoy se entiende, puede definirse –clara y sucintamente– como expone J. Prats i Catalá (2005, p. 13-16 y p. 129-133), como una fórmula de gobierno característica de sociedades complejas en la que la calidad de la “interacción” entre administraciones, y entre éstas y los actores sociales (*stakeholders*), fundamenta la legitimidad de la actuación pública.

Para ello, busca un punto de encuentro entre la garantía del Derecho, la eficiencia de la economía, la satisfacción de las demandas de los ciudadanos respecto a la política y el respeto de los valores de la ética pública (FERNÁNDEZ AJENJO, 2011, p. 418-419).

De esta forma, el Buen gobierno y la Buena administración se conciben como el puntal de reforma administrativa que, en una permanente comunicación con los ciudadanos, adopta el entendimiento y el consenso como “metodología” para encontrar soluciones que permiten la sostenibilidad (RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, 2006. p. 9-21 y 177-180).

El último cuarto del siglo XX ha visto discurrir, así, en el ámbito de las ciencias de la administración, un movimiento que ha llevado de la administración a la gerencia y de la gerencia (*management*) a la gobernanza (*governance*). El movimiento contiene un cambio del “paradigma intelectual”, que subyace a las reformas impulsadas hasta mediados de los años 70 del pasado Siglo (administración y/o burocracia); desde mediados de los setenta hasta entrados los años 90 (gerencia o *management*) y, desde ahí, hasta la actualidad (buen gobierno, gobernanza y gobernabilidad) (JIMÉNEZ VACAS, 2014c).

El paradigma de la “gobernanza” se formula en este sentido, a mediados de los años noventa del siglo XX, tras el debilitamiento del paradigma previo o

de la “nueva gestión pública”, para resolver los problemas de colaboración inter-agencias a partir del consenso creciente relativo a que la eficacia y la legitimidad del poder público se fundamenta en la calidad de la interacción entre actores, públicos y privados, adaptándose la metáfora de las “redes” como forma de explicar dicha colaboración (CERRILLO I MARTÍNEZ, 2005, p. 11-23).

La gobernanza y la ética guardarán, por su parte, y como destaca P. García Mexía, una conexión íntima hasta el punto de que no puede “abordarse, a fondo, un programa de gobierno, sin tratar cuestiones relativas al uso legítimo, y su correlato, el abuso de poder.” (GARCÍA MEXÍA, 2008, p. 11-81). Las reglas de Buen Gobierno (*Good Governance*) no pueden permanecer ajenas a las de la ética y los valores y por lo tanto, tal y como describe Carbajo Vasco (2006, p. 85-87), hacia problemas corporativos y sociales del denominado *corporate and financial malpractice*, como lo son el fraude fiscal, el blanqueo de capitales, el soborno y otras actividades delictivas en tanto que parte negativa de la interacción de los actores públicos y sociales (*stakeholders*).

Siguiendo el método histórico, observamos que aquellos que consiguieron que la economía española, cuyo PIB/habitante sólo se multiplicara por tres entre 1820 y 1959, lo hiciera en un 7,5 entre 1959 y 2008, liquidando la antigua economía “castiza”, vestigio de una tardía revolución industrial, e implementando cambios sustanciales, fueron por ejemplo, promotores del Plan de Estabilización Económica, en 1959, y del aperturismo a Europa, del Pacto de la Moncloa y la superación del sistema fiscal de 1845, del ingreso en 1985 en la Comunidad Económica Europea (hoy, Unión Europea –U.E.–), de la costosa mejora de competitividad en nuestros sectores, logrando cumplir las duras exigencias del Tratado de Maastricht de 1992, con el inicio de la incorporación de nuestra divisa (la Peseta) al Sistema Monetario Europeo (SME) integrándose España, posteriormente, en la Eurozona.

Igual que entonces, hoy resulta preciso promover algunas reformas “culturales” y de “valores.” (JIMÉNEZ VACAS, 2020, p. 71). Para ello, se ha convenido centrar miradas en la conversión del Estado tal y como hoy se entiende, en la organización eficaz, controlada y sostenible en el tiempo que resultaría deseable.

En efecto y por definición, una organización es un conjunto estructural único. Así, por ejemplo, si decidimos crear dos empresas semejantes en cuanto a recursos, estructura, tipo de empleados, proceso productivo, etc., y las estudiamos al cabo de cierto tiempo, nos sorprenderemos observando que ambas se diferencian –muy notoriamente– en su forma de afrontar problemas, servicios a sus clientes, políticas de personal etc. ¿Explicación?: la “cultura organizacional” adquirida por cada una de aquellas a lo largo de su andadura.

Cultura de organización es, por consecuencia, el conjunto de valores compartidos por sus miembros, resultando ser algo intangible e invisible que define la personalidad de una organización y que se manifiesta en la serie de elementos que reflejan esos “valores” de la misma.

Desde tal punto de vista, cabe decir, el Estado ha estado centrado mucho tiempo en sí mismo, en sus necesidades y desarrollo, en la perfección de sus procedimientos y en el incremento de sus recursos y, por su parte, el ciudadano ha desempeñado más papel de sufrido administrado, que activo de cliente demandante de servicios públicos de calidad.

En dicho sentido resulta necesario un progreso, “cultural” y de “valores”, operado hacia una apertura relacional del Estado hacia sus ciudadanos.

Es necesario el cambio de cultura organizativo-pública cabiendo afirmar en esta línea que cuando el sistema institucional de una sociedad se vuelve incapaz de adaptarse a los nuevos retos y formas económicas, sociales o políticas, pierde eficacia y, por lo tanto, credibilidad. Si utilizásemos terminología militar, diríamos que hoy nos encontramos en un entorno VUCA (*Volatile, Uncertain, Complex, Ambiguous*), que exige de nuevas formas de dirección y liderazgo.

Se impone una Era de interdependencias complejas donde resulta difícil anticipar qué nos deparará el futuro y entender el significado de cambios que desafían nuestra experiencia previa, a partir de un entorno altamente exigente, globalizado y eminentemente tecnológico, sujeto, además, a incidencias de impacto como lo ha sido la crisis originada por el COVID-19.

¿Cuál es el aderezo directivo, y personal, que cambia entonces el plato?: de nuevo, los valores adquiridos. El cariño y humildad puestos en el trabajo bien hecho, la empatía, asertividad, la habilidad social e imagen que se proyecta y el orgullo sólido de pertenencia a la institución a la que se sirve.

Desde la perspectiva del humanismo, la cultura de valores implica – inicialmente– un sentido de la totalidad, una visión global de la vida y, al mismo tiempo, una capacidad de síntesis y de selección frente al exceso de información (en muchos casos manipulada) y frente al conocimiento o saber especializado. Una persona cultivada es, así, la que se ve impulsada a leer, a aprender permanentemente, a superarse, a objetivar los problemas trascendiéndolos, a perfeccionarse, a reflexionar antes de la toma de decisiones, a razonar, a interesarse permanentemente por las cuestiones de la vida y del mundo, penetrando en ellas y formando criterio propio y opinión personal.

Una persona cultivada en valores, como señalara F. Díez Moreno (2016) en sus cartas sobre Humanismo y Política, no deja que su interés por las ideas y por las personas muera antes que él.

Este cultivo implica, a su vez, el perfeccionamiento integral de la personalidad, la búsqueda de la verdad y el estímulo de las fuerzas creativas. Incita a la búsqueda de los valores más elevados y al esfuerzo personal, así como, en fin, a un dedicado sacrificio para adquirirlos y/o mantenerlos.

Son muchos los que han estudiado una o varias carreras, tienen algún doctorado, maestría o curso superior de especialización, o han superado difíciles procesos selectivos; pero los profesionales más valiosos de una Institución, sea pública o privada, son siempre y por definición, los que transmiten confianza e ilusión. Los que desprenden valores (JIMÉNEZ VACAS, 2014d).

Se dice que las Instituciones no son edificios, procedimientos o expedientes, sino las personas que las encarnan. Se dice también, con frecuencia, que las crisis comienzan con un desmoronamiento de los valores sociales y humanos. Dicho desmoronamiento deja de hacerlas sostenibles.

Así ha ocurrido, en otras ocasiones, durante la caída de los diferentes imperios, tanto el romano, cuanto el otomano o el chino.

En un momento donde las crisis de valores parecen una constante social, la buena administración resultará del arte del bien hacer, que pasa por comprender, primero, que las Instituciones propias del poder constituido se componen de personas con valores que las dirigen y sustentan y, segundo, que el Derecho de la administración ya no debe limitarse a ser mera regulación de las prerrogativas públicas, sino llegar a conformar también verdadero estatuto del gobernante y administrador. Un código ético, de conducta, deontológico, desde el más puro sentido de servicio con objetividad al interés general.

El fenómeno de la corrupción, en perspectiva general y contrapuesta a los de ética, moral e integridad, queda definido, por su parte, y comúnmente, como la vulneración del orden establecido y su utilización en beneficio propio, obedeciendo su presencia a causas que pueden resultar de un carácter general –crisis de valores–; causas políticas o pérdida de fe en el Estado y en el poder político, ausencia de confianza en los valores legales y sociales que lo legitiman y, en fin, causas económicas, como el espíritu de competencia desmesurado y de enriquecimiento sin límite auspiciado por lo que Jacques Maritain denominaba “ilusión del éxito inmediato.” (JIMÉNEZ VACAS, 2020, p. 63).

A tales causas, cabe añadir las de carácter social pues, como sugiere el también pensador francés Alain Renaut (1998), el culto al consumo fomenta, inevitablemente, la “atomización social.”

La corrupción comporta, en depurada concepción, fenómenos de abuso de poder y falta de probidad en la toma de decisiones, suponiendo grave peligro para un deseable Estado social y democrático, cohesionado y solidario. El humanismo, político, económico y social, se enfrenta a este estado de cosas y

promueve la personalización o “encarnación” de la cultura, la creación de un clima de ejemplaridad en que las personas a cargo de la sociedad y del gobierno den ejemplo de comportamiento y valores, reconociendo –como instrumentos básicos de su transmisión– a la familia, la escuela, las instituciones culturales de la sociedad civil y la propia acción personal.

La moral, como la ética, es conquista cotidiana siempre presente. Pero lo logrado puede evaporarse en cuestión de segundos. Una conducta no ajustada, echa por tierra toda una vida ejemplar (JIMÉNEZ ASENSIO, 2016). La “integridad” es más camino (siempre *in via*), que objetivo: exige, por tanto, continuidad y una constancia en la persecución de esa finalidad. Pero, sobre todo, requiere de adoptar hábitos que marquen un carácter de costumbre.

En época clásica se decía que gobernante (político) era el hombre de la *polis*, hombre o mujer de la ciudad. Sus virtudes eran las cardinales de la fe cristiana: prudencia, humildad, justicia y equidad, fortaleza y buen juicio (JIMÉNEZ VACAS, 2014d). Administrar requería del dominio en la hábil técnica de la comunicación, en su modelo y sentido aristotélico: manejo del *ethos* (la credibilidad), del *pathos* (la empatía emocional y racional) y del *logos* (la lógica).

Liderazgo como autoridad, revestida necesariamente de sabiduría y experiencia, son valores humanos para las personas que administran y gobiernan, en el mejor sentido de espíritu de servicio, vocación profesional y perfeccionamiento permanente, eficacia (en el mejor sentido de trabajo bien hecho) y responsabilidad. Valores éstos, que bien podrían considerarse piedra angular sobre la que asentar la vida –profesional, pública y privada–. Palancas, sin duda, del Buen Gobierno, en una sociedad y para una economía globalizada.

CONSULTA BIBLIOGRÁFICA

CAMPOS ACUÑA, María Concepción. (Coord.). **Guía práctica de compliance en el sector público**. Madrid: Wolters Kluwer, 2020.

CARBAJO VASCO, Domingo. Políticas comunitarias: la protección de los intereses financieros de las administraciones públicas como eje de una “buena gobernanza” institucional y social. En: **Noticias de la Unión Europea (NUE)**, Madrid, Ed. Wolters Kluwer, núm. 253, p. 83-92, 2006.

CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí. La gobernanza hoy: introducción. En: CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí (Coord.). **La gobernanza hoy: 10 textos de referencia**. En: Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2005. p. 11-23.

DÍEZ MORENO, Fernando. **104 cartas sobre humanismo y política** (77ª carta: humanismo social y cultura, 2). Madrid: Fundación Tomás Moro (FTM), 2016.

ESTÉVEZ ARAUJO, José A. **Horizontes de la filosofía del derecho**: homenaje a Luis García San Miguel. Tomo 1. Alcalá de Henares: Ed. Universidad de Alcalá, 2002. p. 301-320.

FERNÁNDEZ AJENJO, José Antonio. **El control de las administraciones públicas y la lucha contra la corrupción**: especial referencia al Tribunal de Cuentas y a la intervención general de la administración del estado. Pamplona: Civitas, 2011.

GARCÍA MEXÍA, Pablo. **Ética y gobernanza**: estado y sociedad ante el abuso de poder. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

GOMÁ LANZÓN, Javier. **Ejemplaridad pública**. Madrid: Taurus, 2009.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. Integridad y transparencia, imperativos de la buena gobernanza. 2016. Disponible en: <<https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1506563/>>.

JIMÉNEZ VACAS, José Joaquín. “Compliance” como instrumento al servicio de la integridad y la ética pública. En: CAMPOS ACUÑA, María Concepción. (Coord.). **Guía práctica de compliance en el sector público**. Madrid: Wolters Kluwer / La Ley, 2020. p. 62-80 (Capítulo 2).

JIMÉNEZ VACAS, José Joaquín. El principio de buen gobierno (I). En: Revista Digital, Ed. Asociación de antiguos alumnos del Centro de Estudios Financieros – ACEF, 2014a. Disponible en: <<https://acef.cef.es/principio-buen-gobiernoI.html>>.

JIMÉNEZ VACAS, José Joaquín. El principio de buen gobierno (II): la globalización y los procesos de integración. En: Revista Digital, Ed. Asociación de antiguos alumnos del Centro de Estudios Financieros – ACEF, 2014b. Disponible en: <<https://acef.cef.es/principio-buen-gobiernoII.html>>.

JIMÉNEZ VACAS, José Joaquín. El principio de buen gobierno (III): buena administración y valores. En: Revista Digital, Ed. Asociación de antiguos alumnos del Centro de Estudios Financieros – ACEF. 2014d. Disponible en: <<https://acef.cef.es/principio-buen-gobiernoIII.html>>.

JIMÉNEZ VACAS, José Joaquín. El principio de buen gobierno (IV): de la transparencia a la e-transparencia. En: Revista Digital, Ed. Asociación de antiguos alumnos del Centro de Estudios Financieros – ACEF, 2014c. Disponible en: <<https://acef.cef.es/transparencia-etransparencia.html>>.

JIMÉNEZ VACAS, José Joaquín. Globalización y derechos humanos: En: SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel; PINTO FONTANILLO, José Antonio (Coord.).

Los derechos humanos en el siglo XXI en la conmemoración del 70 aniversario de la declaración: derechos humanos desde la perspectiva global, humanista y cultural. Tomo II. Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España (RALJE), 2020.

MARAVALL CASESNOVES, José Antonio. Carlos V y el pensamiento político del renacimiento. En: **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

NAEF, Werner. **La idea del estado en la edad moderna**. Traductor Felipe González Vicen. Madrid: Nueva Época, 1946.

PRATS I CATALÁ, Joan. **De la burocracia al management, del management a la gobernanza:** las transformaciones de nuestro tiempo. Madrid: INAP, 2005.

RENAUT, Alain. **El futuro de la ética**. Barcelona: Galaxia Gutenberg, 1998.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas**. Cizur Menor, Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006.

SCHMIDT-AßMANN, Eberhard La ciencia del derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas. Traductor: Oriol Mir Puigpelat. En: **Revista de Administración Pública (RAP)**, Madrid, núm. 171, p. 7-34, septiembre-diciembre 2006.

Submissão em: 17 de agosto de 2022

Último Parecer favorável em: 31 de agosto de 2022

Como citar este artigo científico

JIMÉNEZ VACAS, José Joaquín. De la gobernanza, liderazgo y ética pública. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 3, n. 2, p. 102-116, maio-ago. 2022.

TELETRABALHO NO DOMICÍLIO E RESERVA DA VIDA PRIVADA

TELEWORKING AND PRIVACY OF THE WORKER

PAULA DO COUTO QUINTAS¹

RESUMO

O teletrabalho como forma contratual, na vertente teletrabalho no domicílio, levanta sérias questões relativamente à vida privada do teletrabalhador. O Código do Trabalho português ciente de tal realidade consagra, em particular, após a Lei n.º 83/2021, de 06 de dezembro, os deveres do empregador quanto ao respeito da privacidade do trabalhador, do horário de trabalho e dos tempos de descanso, bem como proporcionar-lhe boas condições de trabalho.

Palavras-chave: Teletrabalho; teletrabalho no domicílio; vida privada do teletrabalhador; Lei n.º 83/2021, de 06 de dezembro; privacidade do trabalhador.

ABSTRACT

Teleworking as a contractual form, in terms of telework at home, arouse serious questions regarding the teleworker's private life. The Portuguese Law, having that in mind, establishes, namely, in 83/2021 Statute, December 6th, the employer's duties regarding respect for the worker's privacy, working hours and rest times, as well as providing good working conditions.

Key-words: Teleworking; telework at home; teleworker's private life; 83/2021 Statute, December 6th; privacy of the worker.

¹ Doutora em Direito do Trabalho. Professora adjunta do ISVOUGA. Investigadora do JUSGOV – Centro de Investigação em Justiça e Governação, da Universidade do Minho, afeto ao grupo de investigação E-Tec – Estado, Empresa e Tecnologia. Portugal. *e-mail*: paulacoutoquintas@gmail.com. ORCID: 0000-0002-8573-4614.

1 BREVE ENQUADRAMENTO HISTÓRICO

Conhecem-se como primeiras formas de trabalho à distância, a iniciativa de J. Edgar Thompson, da empresa *Penn Railroad* (1857), com o uso do sistema privado de telegrafia de empresa para gestão e controle de recursos e mão de obra remotamente.

Mais tarde, o trabalho de Stephane Shirley (1962), pioneira em tecnologia da informação, que criou a partir da sua residência, na Inglaterra, a *Freelance Programmers*, a qual desenvolvia *software* para empresas.

Nos anos 70 (*maxime* 1976), o norte-americano Jack M. Nilles, físico e engenheiro, preconizou uma nova forma de perseguir trabalho: a deslocação do trabalho até às pessoas, em vez do contrário, tendo em vista mitigar os custos de tempo e dinheiro das deslocações casa-emprego e vice-versa, via *telecommuting*.

Pouco depois, Nilles criou o termo *teleworking*, ao qual corresponde, em português, a palavra teletrabalhar, o termo *teleworking* é mais abrangente que a expressão *telecommuting* e designa, conforme explica Maria Eunice Lopes de Almeida (2020, p. 83): “qualquer forma de substituição de deslocações relacionadas com o trabalho por tecnologias da informação (tais como telecomunicações e computadores); levar o trabalho para os trabalhadores em vez de levar os trabalhadores para o trabalho”.

2 DEFINIÇÃO DE TELETRABALHO E TELETRABALHO NO DOMICÍLIO

Analisado de forma *lata*, o teletrabalho poderá ser definido para Glória Rebelo (2004, p. 4), como uma

forma de organização do trabalho, executado por uma pessoa (trabalhador subordinado ou trabalhador independente) cuja atividade é exercida mediante o recurso à utilização das TIC e à distância, ou seja, a partir de um lugar que não o local tradicional (a empresa) para um empregador ou um cliente.

Ao teletrabalho são reconhecidos dois elementos essenciais e caracterizadores:

- um *instrumental*: o teletrabalho “envolve uma prestação laborativa executada através de meios informáticos e/ou telemáticos, senão de forma exclusiva, pelo menos de forma predominante”, refere Maria do Rosário Palma Ramalho (2003, p. 196).
- um *geográfico*: o prestador do trabalho executa a sua atividade “não nas instalações da entidade credora do trabalho, mas à distância, mantendo, todavia, uma comunicação, mais ou menos intensa, com o centro produtivo, no desenvolvimento dessa atividade”, (RAMALHO, 2003, p. 196).

O art. 165.º, n.º 1, do CT², define-o como

a prestação de trabalho em regime de subordinação jurídica do trabalhador a um empregador, em local não determinado por este, através do recurso a tecnologias de informação e comunicação.

Uma das formas de teletrabalho é o prestado no domicílio, de acordo com o qual “o trabalhador executa a prestação ou no seu domicílio ou no domicílio do cliente, utilizando meios informáticos (esta forma, embora distinta, aproxima-se do trabalho no domicílio tradicional)”, Glória Rebelo (2004, p. 6).

O regime de teletrabalho decorre da celebração de *acordo escrito* para prestação subordinada de teletrabalho (art. 166º, n.º 1, CT)³.

3 O CONCEITO DE VIDA PRIVADA DO TELETRABALHADOR

O conceito de vida privada surge por influência do direito anglo-saxónico, sendo dado por assente a influência de Samuel Warren e Loius Brandeis autores do conceito *the right to privacy*.⁴

Ricardo Leite Pinto (1994, p. 65), dá nota de três casos que remontam, onde se esboça já a proteção jurídica da intimidade da vida privada.

² Na versão dada pela Lei n.º 83/2021, de 06 de dezembro.

³ Após a Lei n.º 83/2021, de 06 de dezembro, a qual substituiu a menção *contrato* por *acordo*.

⁴ *The right to privacy* (1890), publicado na Harvard Law Review. Conta-se que a Sra. Warren gostava de dar festas seletas que eram muito comentadas em sociedade (chegando-se a publicar a ementa do banquete). Warren, advogado, agastado com o mediatismo desses eventos, e o seu colega de escritório Brandeis, após prolongada reflexão, publicaram um estudo em que apelam à proteção do indivíduo não só na sua propriedade, mas igualmente na sua privacidade.

No caso *I. de S. et ux. v. De S.* (1834), foi julgada a atuação de um cliente de uma taberna que, numa noite, em que os proprietários não a abriram, golpeou com um machado o batente da janela da casa dos taberneiros, em consequência do que foi condenado a pagar uma indemnização pelos males causados. Para além do dano material do batente inutilizado, a indemnização foi concedida não só em relação à propriedade, mas também à pessoa, neste caso, reconhecendo-se o direito à intimidade.

No caso *Price Albert v. Strange* (1849) o marido da Rainha Vitória obteve um mandado contra William Strange, por este ter obtido cópias de desenhos e gravuras feitas pela Rainha e pelo Príncipe Consorte, para seu exclusivo divertimento, que tencionava expor publicamente.

O caso *Rachel* (1858) decidiu favoravelmente a pretensão da irmã da atriz Rachel que havia pedido a proibição de divulgação pública de um retrato da atriz no seu leito de morte, feito sem o consentimento dos herdeiros.

O escopo do *right of privacy* visa impedir toda a agressão exterior, privada ou pública.

O direito nacional não define vida privada, sendo questionável a oportunidade de uma definição, que sempre se apresentará complexa.

No art. 26º, da Constituição da República Portuguesa (CRP), a reserva da intimidade da vida privada e familiar pertence ao núcleo *outros direitos pessoais*.

Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 181), concedem que:

não é fácil demarcar a linha divisória entre o campo da vida privada e familiar que goza de reserva de intimidade e o domínio mais ou menos aberto à publicidade (sendo diversas as teorias que pretendem fornecer o critério distintivo). Alguma doutrina distingue entre esfera pessoal íntima (absolutamente protegida) e esfera privada simples (apenas relativamente protegida, podendo ter de ceder em conflito com outro interesse ou bem público); mas à face deste preceito da CRP parece que tal distinção não é relevante. O critério constitucional deve talvez arrancar dos conceitos de privacidade (nº 1, *in fine*) e “dignidade humana” (nº 2), de modo a definir-se um conceito de esfera privada de cada pessoa, culturalmente adequado à vida contemporânea. O âmbito normativo do direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada e familiar deverá limitar-se, assim, como base num conceito de “vida privada” que tenha em conta a referência civilizacional sob três aspetos: (1) o respeito dos comportamentos; (2) o respeito do anonimato; (3) o respeito da vida em relação.

Indica José de Oliveira Ascensão (2008, p. 106) que “A vida privada deve ser mantida ao abrigo do Estado, concretizando-se nas várias exigências em que a privacidade se vai decompondo”.

O legislador nacional acolheu no art. 16º, do Código do Trabalho (CT), a teoria alemã *da Spharentheorie* (teoria das três esferas) ou teoria dos graus concêntricos, de Heinrich Hubmann (1976, p. 168 e ss.), o primeiro teorizador das esferas, distinguindo entre uma esfera individual (*Individualsphäre*) e uma esfera privada (*Privatsphäre*). “Na primeira incluir-se-ia a proteção de identidade perante terceiros, e, portanto, o direito ao nome e à reputação, e na segunda, os aspetos da personalidade desligados da vida em relação com os outros”.

Por sua vez, Jónatas Machado (2002, p. 195), postula que a

doutrina distingue a esfera pessoal, compreendendo as relações que o sujeito estabelece com o meio social envolvente (v.g., profissão, lazer, etc.), uma esfera privada, relativa à trajetória do indivíduo ou à sua inserção em contextos de maior proximidade afetiva e relacional (v.g., factos passados, família, convicções e práticas religiosas, círculo de amigos) e uma esfera íntima, a que se subsumem os aspetos relativos ao mundo dos sentimentos, emoções, da existência biopsíquica, da sexualidade (v.g., oração, doenças, hábitos íntimos ou de higiene, orientação sexual, comportamentos sexuais).

No saber de Menezes Leitão (2005, p. 126), a teoria compreende:

uma esfera íntima, a qual abrange a vida familiar, saúde, comportamentos sexuais e convicções políticas e religiosas, cuja proteção é, em princípio, absoluta; a esfera privada, que detém uma proteção relativa, podendo ceder em caso de conflito com direitos e interesses superiores; e a esfera pública, concernente às situações que são objeto de conhecimento público e que, por isso, podem ser livremente divulgadas.

Também Paulo Mota Pinto (2000, p. 162 e ss.) indica que

um setor da doutrina portuguesa (por influência da alemã) distingue três círculos de atividade ou de proteção da pessoa: a esfera íntima ou de segredo; a esfera privada; e a esfera individual ou pessoal (que abrangeria também a vida pública). Esta distinção não foi adotada expressamente pelo TC, que se refere apenas a uma esfera inviolável, identificando a intimidade e a vida privada [...]. Daqui resulta que a distinção entre “vida privada” e “intimidade da vida privada”, a significar, por ex., que apenas aspetos íntimos – que seriam os respeitantes a um domínio mais limitado e estreitamente ligado à pessoa, um “núcleo central” da vida privada – seriam protegidos enquanto direito fundamental, não foi adotada pelo Tribunal Constitucional.

Há que precisar que o sentido de reserva da vida privada obriga ainda à reserva não só da informação como ainda da divulgação, conforme explicam Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 467)., a qual se manifesta no “a) direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar; b) direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem”.

O legislador laboral acolheu uma tese mista, por um lado, parte da teoria das esferas, por outro lado, procede à enunciação do que entende dever ser resguardado como vida privada.

O art. 16º, do CT, optou pela menção “intimidade” da vida privada, desprotegendo aspetos meramente pessoais da vida privada.

Há quem entenda que a lei pecou por defeito e há quem discorde deste entendimento.

Para Paulo Mota Pinto (2000, p. 162), a distinção entre “vida privada” e “intimidade da vida privada”, significa, por ex., que apenas os aspetos íntimos – que seriam os respeitantes a um domínio mais limitado e estreitamente ligado à pessoa, um “núcleo central” da vida privada – seriam protegidos enquanto direito fundamental. Concluindo que, “defendemos, assim, como Gomes Canotilho e Vital Moreira, que tal eventual distinção entre vida privada e intimidade da vida privada não é relevante para esse efeito”.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional considera o conceito de “vida privada” como o “direito de cada um ver protegido o espaço interior da pessoa ou do seu lar contra intromissões alheias” (no Ac. nº 128/92, de 24.07.).⁵

Tanto o Ac. do TC nº 128/92, quer o Ac. do TC nº 355/97, de 07.06.⁶ apelam ao conteúdo da vida privada como um espaço próprio inviolável; o primeiro indica que

o conteúdo da noção de vida privada, compreende a vida familiar, a relação com outras esferas de privacidade (v.g., a amizade), o lugar próprio da vida pessoal e familiar (o lar ou domicílio e, bem assim, os meios de expressão e de comunicação privadas, a correspondência, o telefone, as conversas orais, etc.); o segundo engloba “a vida pessoal, a vida familiar, a relação com outras esferas de privacidade (v.g., a amizade), o lugar próprio da vida pessoal e familiar (o lar ou domicílio) e, bem assim, os meios de expressão e de comunicação privados (a correspondência, o telefone, as conversas orais, etc.).

⁵ Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20072/pr/pr2.pdf>. [Consultado em 10-04-2022].

⁶ Disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/acordao/355-1997-360322>. [Consultado em 10-04-2022].

Para Glória Rebelo (2004, p. 52), o legislador pretendeu equiparar o conceito de intimidade ao da privacidade, “já que o designou pela expressão ampla ‘intimidade da vida privada e familiar’, alargando o conceito à vida privada da pessoa e família”.

4 A PRIVACIDADE NO REGIME DO TELETRABALHO AO DOMICÍLIO

Conforme enuncia Jean-Emmanuel Ray (1996, p. 355) “é imprescindível sublinhar a importância da manutenção física da separação entre a vida privada e a vida profissional (na prática, locais distintos), assim como dos limites temporais de trabalho (horários claramente delimitados)”.

Estabelecido está, portanto, que o teletrabalho no domicílio deve ser protegido na sua vida familiar e pessoal.

A Lei n.º 83/2021, de 06 de dezembro, que procedeu à modificação do enquadramento contratual do teletrabalho, estabeleceu uma parametrização do controlo laboral por parte do empregador no teletrabalho no domicílio⁷.

O art. 170.º, do CT, acolhe essa proteção, indicando que o empregador deve respeitar a privacidade do trabalhador, o horário de trabalho e os tempos de descanso e de repouso da família deste, bem como proporcionar-lhe boas condições de trabalho, tanto do ponto de vista físico como psíquico (n.º 1).

A reserva da intimidade da vida privada, no âmbito da relação laboral, está prevista genericamente no art. 16.º, do CT.

Enuncia o preceito que o empregador e o trabalhador devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte, cabendo-lhes, designadamente, guardar reserva quanto à intimidade da vida privada (n.º 1).

O *direito à reserva da intimidade da vida privada* abrange quer o acesso, quer a divulgação de aspetos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes, nomeadamente relacionados com a vida familiar, afetiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas (n.º 2).

O *horário de trabalho* encontra-se definido no art. 200.º, n.º 1, do CT, como a determinação das horas de início e termo do período normal de trabalho diário e do intervalo de descanso, bem como do descanso semanal.

⁷ A citada Lei alterou os arts. 165.º a 171.º e introduziu os arts. 166.º-A, 169.º-A, 169.º-B, 170.º-A.

Por sua vez, considera-se por período de descanso o que não seja tempo de trabalho (art. 199º, do CT).

Atenta a ténue zona de fronteira entre a vida profissional e a vida pessoal e familiar, os tempos de descanso e de repouso a considerar são não só os respeitantes ao trabalhador, como ainda à respetiva família, dado que aquele presta trabalho exatamente a partir do lar.

Certo de potenciais ou efetivas práticas de abuso por parte do empregador, o legislador em 2021, aditou ao CT, o art. 169º-B⁸, que preceitua que, sem prejuízo dos deveres gerais consagrados neste Código (art. 127º), o regime de teletrabalho implica, para o empregador, o dever especial de se abster de contactar o trabalhador no período de descanso, nos termos a que se refere o art. 199º-A, do CT, que consagra o direito à desconexão (nº 1, al. b)).

De acordo com a formulação legal, “O empregador tem o dever de se abster de contactar o trabalhador no período de descanso, ressalvadas as situações de força maior” (art. 199º-A, nº 1, do CT)⁹.

O dever especial de abstenção de contacto por parte do empregador admite, portanto, derrogação em casos de força maior, conceito indeterminado que deve ser valorado de forma muito cuidadosa. Assim, será atendível a imprevisibilidade e inevitabilidade das circunstâncias naturais (fenómenos da natureza) ou humanas (por ex. incêndio, inundação) que impõe o contacto e que atingirão os bens que o empregador deve proteger.

Ainda, e que nos merece especial preocupação, o respeito pelos períodos de descanso do teletrabalhador com isenção de horário de trabalho (art. 218º, nº 1, al. c), do CT).

O *dever de proporcionar boas condições de trabalho*, tanto do ponto de vista físico, como do ponto de vista psíquico está também previsto, genericamente, no art. 127º, nº 1, al. c), do CT.

Deste modo, António Monteiro Fernandes (2014, p. 211) afirma que

este enunciado legal causa alguma perplexidade. Se o local de trabalho está, por definição, fora da esfera do domínio do empregador, entende-se mal que este deva cuidar do ambiente físico de trabalho. Já quanto às condições psíquicas de trabalho parece poder encontrar-se utilidade no preceito, tendo em conta as características do teletrabalho e as formas de pressão psicológica que ele pode comportar.

⁸ Aditado pela Lei n.º 83/2021, de 06 de dezembro.

⁹ Sob pena de contraordenação grave (nº 3).

As consequências da violação deste direito reconduzem-se à responsabilidade do empregador pela prática de facto ilícito, nos termos do art. 483º, do CC.

O direito à inviolabilidade do domicílio (art. 34º, da CRP) e à garantia de proteção da intimidade da vida privada podem sofrer limitações que não afetem a extensão e o alcance dos respetivos conteúdos essenciais e se justifiquem por critérios de necessidade e proporcionalidade, por força do princípio da colaboração entre as partes previsto no art. 126º, nº 2, do CT.

Deste modo, cabe ao trabalhador propiciar ao empregador as condições adequadas para que este possa exercer o poder de fiscalização e, por outro lado, o dever do empregador de exercer esse poder, respeitando os direitos e garantias do trabalhador, bem como a sua própria dignidade enquanto ser humano.

A fiscalização por parte do empregador, dentro dos poderes de direção, ordenativos e sancionatórios, encontra-se regulada nos n.ºs 2 a 5, do art. 170º, do CT, de acordo com os seguintes parâmetros de atuação.

4.1 A Visita ao Local de Trabalho Requer Aviso Prévio de 24 horas e Concordância do Trabalhador (nº 2)

Esta menção *ex novo* é muito bem recebida, pois o local de trabalho é sobretudo a morada do trabalhador em toda a sua dinâmica e manifestações.

Maria Eunice Lopes de Almeida (2020, p. 108), já preconizada tal entendimento em análise do regime anterior, expedindo que

a lei devia consagrar a obrigação do empregador de comunicar a visita ao trabalhador por forma a que o mesmo tivesse conhecimento da mesma pelo menos com uma antecedência de 24 horas, devendo constar da comunicação a identificação da pessoa que irá efetuar a visita quando tal pessoa não for o próprio trabalhador.

Omitiu-se a menção “As visitas devem ser efetuadas entre as 9 e as 19 horas” (*requisito temporal*). Todavia, cremos, que a visita ao ser agendada tem implícito o horário estabelecido entre as partes, sendo que será sempre durante o horário de trabalho acordado (art. 166º, nº 4, al. d), do CT). E permitindo-se a isenção de horário de trabalho no regime de teletrabalho, a indicação do horário de visita é duplamente pertinente.

4.2 Controlo Laboral

A visita ao local de trabalho (domicílio do trabalhador) só deve ter por objeto o controlo da atividade (laboral) do trabalhador, bem como dos instrumentos de trabalho (disponibilizados pelo empregador ou não) (*requisito objetivo*), e apenas pode ser efetuada na presença do trabalhador durante o horário de trabalho acordado (*requisito pessoal*), (nº 3).

Dado que o limite espacial de prestação laboral é também o sítio onde o trabalhador vive e convive e se relaciona, faz todo o sentido a exigência da presença do trabalhador visitado como escudo para um eventual abuso e devassa de escrutínio.

4.3 Acesso ao Domicílio do Trabalhador

No acesso ao domicílio do trabalhador, as ações integradas pelo empregador devem ser adequadas e proporcionais aos objetivos e finalidade da visita (*requisito da adequabilidade e da proporcionalidade*), (nº 4).

Tais objetivos e finalidade conviria que fossem previamente conhecidos por parte do trabalhador, pelo papel de guardião dele próprio e de quem com ele convive que forçosamente tem que acatar.

4.4 Utilização de Imagem

É vedada a captura e utilização de imagem, de som, de escrita, de histórico, ou o recurso a outros meios de controlo que possam afetar o direito à privacidade do trabalhador (*requisito da proibição de intromissão*), (nº 5).

5 A VIDA PRIVADA E TENTATIVA DE SEU CONTROLO

Parece-nos ser de revestir da máxima cautela a tarefa de aferir a afetação da vida privada, dado que não se proíbe os meios de controlo, como ocorre no art. 20º, do CT, sob pena de facilmente se cair num regime penitenciário. Sendo

certo que ninguém melhor do que o trabalhador para analisar e traduzir o nível de afetação do seu direito à privacidade.

O dever de informação do empregador sobre os meios de controlo, limites e dimensão reveste-se da maior importância.

Ainda, e podendo os instrumentos de trabalho serem usados por todos os que coabitam com o trabalhador¹⁰, igualmente a reserva da intimidade de quem pesquisa e utiliza deve receber acolhimento.

Os poderes de direção e controlo da prestação de trabalho no teletrabalho são exercidos preferencialmente por meio dos equipamentos e sistemas de comunicação e informação afetos à atividade do trabalhador, segundo procedimentos previamente conhecidos por ele e compatíveis com o respeito pela sua privacidade (art. 169º-A, nº 4, do CT).

O controlo da prestação de trabalho, por parte do empregador, deve respeitar os princípios da proporcionalidade e da transparência, sendo proibido impor a conexão permanente, durante a jornada de trabalho, por meio de imagem ou som (nº 5). Ou seja, face ao potencial fenómeno do poder de direção do empregador deixar de se confinar ao local de trabalho presencial e ao trabalhador, para se impor a todos os que o rodeiam, no seu seio familiar e possibilidade de uma conexão digital ininterrupta, a *proporcionalidade* é aqui um princípio maior.

Sobre a fiscalização por parte do serviço com competência inspetiva do ministério responsável pela área do trabalho, inseriu-se *ex novo* e atenta a inviolabilidade do domicílio que as ações de fiscalização que impliquem visitas de autoridades inspetivas ao domicílio do trabalhador requerem a anuência do trabalhador e a comunicação da sua realização com a antecedência mínima de 48 horas (art. 171º, nº 1, CT).

Face à novidade de todo o regime, deve ser acompanhada atentamente a respetiva aplicação de *iure constituto* para eventuais decisões evolutivas do legislador.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Maria Eunice Lopes de. O teletrabalho e o direito a trabalhar. In: **Questões Laborais**, Coimbra, ano 27, número 56, p. 81-123, jan.-jun. 2020.

¹⁰ No caso de equipamentos fornecidos pelo empregador, *v.* art. 168º, nº 6, do CT.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. In: **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, Ed. Ordem dos Advogados, Ano 68, n. 106, 2008.

HUBMANN, Heinrich. **Das persönlichkeitsrecht**. Munster-Cologne: Böhlau, 1976.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Joaquim Martins Vital. **Constituição da República anotada**. v. I. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

FERNANDES, António Monteiro. **Direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2014.

LEITÃO, Luís Menezes. A proteção dos dados pessoais no contrato de trabalho. In: **A reforma do código do trabalho**. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. In: **Scientia Iuridica**, Coimbra, Coimbra Ed. n° 65, 2002.

NILLES, Jack. **The telecommunications transportation trade off**. Nova Iorque: John Wiley, 1976.

PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. A proteção da vida privada e a constituição. In: **Boletim da Faculdade da Universidade de Coimbra**, Coimbra, Ed. Universidade de Coimbra, n° LXXVI, p. 153–204, 2000.

PINTO, Ricardo Leite. Liberdade de imprensa e vida privada. In: **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, Ed. Ordem dos Advogados, Ano 54, n. 65, 1994.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Novas formas de realidade laboral: o teletrabalho**. Coimbra: Almedina, 2003.

RAY, Jean-Emmanuel. Le droit du travail à l'épreuve du télétravail: le statut du télétravailleur. In: **Droit Social**, Paris, Dalloz, n° 2, p. 351 et suivant, 1996.

REBELO, Glória. **Teletrabalho e privacidade**. Lisboa: RH, 2004.

Submissão em: 27 de julho de 2022

Último Parecer favorável em: 15 de agosto de 2022

Como citar este artigo científico

QUINTAS, Paula do Couto. Teletrabalho no domicílio e reserva da vida privada. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 3, n. 2, p. 117-129, maio-ago. 2022.

Kaptan
Мастер
Maestría
Magister
Magisterský
Mağistra
Magistri Omad
Magistro
Maighstir
Máistir
Maîtrise
Mästare
Майстар
Магистра
Магистратура
Master
Màster
Masteri
Master's
Meeschter Ass
Meistarar
Meister
Meistr
Mestarin
Mester
Mestere
Mistrzyni
Mojstrski
Studii de Masterat
Učiteljska
Usta
Учителски
Δάσκαλος

MESTRAADO

**O RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NOS
PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DE APURAÇÃO DE INFRAÇÕES
AMBIENTAIS NOS ESTADOS-MEMBROS E MUNICÍPIOS: A VIA DE MÃO
DUPLA ENTRE A PERDA DA PRETENSÃO JURÍDICA PUNITIVA E A
GARANTIA AO DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO
PROCESSO**

ADÉLIA ALVES ROCHA¹

LEANDRO GABRIEL MOURA TEIXEIRA MOTA²

I CONTEXTUALIZAÇÃO DA DISCUSSÃO

É entendimento majoritário – dir-se-ia, quase unânime – na doutrina e jurisprudência, especialmente após as balizas teóricas sedimentadas pelo Professor Agnelo Amorim Filho (1961) em seu clássico e referencial

¹ Doutoranda em Direito Ambiental e Sustentabilidade pela Escola Superior Dom Helder Câmara - ESDHC. Especialização junto ao Departamento de Jurisprudência da Faculdade de Direito da Universidade de Pisa-Itália (UNIVERSITÀ DI PISA/DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA). Mestrado em Desenvolvimento Social pela Universidade Estadual de Minas Gerais (UNIMONTES). Pós-graduação (Especialização *Lato Sensu*) em Direito Ambiental e Gestão Estratégica de Sustentabilidade pelo Instituto Educacional Santo Agostinho (FADISA). Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros (UNIMONTES). Bolsista em Programa de Iniciação Científica da CAPES (2005/2006). Bolsista de Produção Científica FAPEMIG (2011/2013). Advogada. Professora no Ensino Superior - Instituto Educacional Santo Agostinho (2011 a 2018) e Universidade Estadual de Montes Claros MG-UNIMONTES (2015 a 2018). Assessora Jurídica da Secretaria Municipal de Meio Ambiente de Montes Claros/MG (2017 a 2021). *e-mail*: adelialvess@yahoo.com.br

² Possui Especialização em Direito Constitucional e Processual Civil, atualmente é Tabelião no Estado de Minas Gerais [Aprovado em Concurso Público de Provas (objetiva/dissertativa/oral) e Títulos - Edital 02/2011 da CGJ/TJMG] e membro/presidente do Instituto de Estudos e Protestos de Títulos/Sessão Minas Gerais (IEPTB-MG). Professor das Faculdades Santo Agostinho de Montes Claros-MG entre os anos de 2008 e 2016 (cursos de Direito, Sistemas de Informação e Serviço Social). Advogou por sete anos, tendo sido inscrito nos quadros da OAB/MG sob o n.º 106.978. Graduado na 1.ª Turma da Faculdade de Direito das Faculdades Santo Agostinho de Montes Claros-MG (2002/2006). Tem experiência e atua na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Administrativo, Processo Civil, Direito Civil e Registros Públicos. *e-mail*: leandrogabriell@yahoo.com.br

artigo intitulado “*Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*”, que – salvo raríssimas exceções como, por exemplo, as ações de natureza declaratória e, mais recentemente no campo jurídico, a reparação ao dano ambiental *in natura* – **a inação e/ou negligência do titular, aliado a passagem do tempo, são capazes de fazer sucumbir direitos e pretensões jurídicas, bem como suas consequentes ações de natureza condenatória**. Sendo essa, aliás, a linha seguida pelo art. 189 do Código Civil (CCB - Lei 10.406, de 10-02-2002) e sufragada no Enunciado n.º 14 da I Jornada de estudos para interpretação e aplicação do Conselho da Justiça Federal. Este último, nos seguintes termos:

I Jornada de Direito Civil - Enunciado 14 - 1) O início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo; 2) o art. 189 diz respeito a casos em que a pretensão nasce imediatamente após a violação do direito absoluto ou da obrigação de não fazer.

Quanto ao Código Civil citado, o texto assim está anunciado:

Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular **a pretensão**, a qual se extingue, pela **prescrição**, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206. [grifo nosso]

Assim, tem-se que a **prescrição extintiva de direitos**³, no ordenamento pátrio, é, simultaneamente, por um lado, uma espécie de punição em face da desídia consolidada no tempo e, por outro, a constituição de um direito subjetivo do outro polo do litígio, dado que as diretrizes de segurança jurídica e isonomia não permitem que alguém seja demandado *ad-aeternum* (TARTUCE, 2010, p. 181-183).

Neste cenário, com relação aos interesses de punição e arrecadação do Estado, a prescrição pode ocorrer em face da **pretensão executória** (isto é, àquela destinada a promoção da execução de sanção imposta ao término do processo administrativo em prazo de até cinco anos) ou **punitiva**. E pode atingir pretensões jurídicas tanto em sede de Direito Material, como no contexto de relações processuais, sejam elas judiciais ou administrativas.

³ Não é despidendo lembrar que o ordenamento jurídico brasileiro também possui regramento sobre a denominada **prescrição aquisitiva de direitos**, cujo exemplo clássico é a usucapião e possui regramento próprio no CCB e demais legislações especiais.

Logo, tem-se que a **prescrição da pretensão punitiva** se subdivide em **prescrição da pretensão punitiva propriamente dita** e **prescrição da pretensão punitiva intercorrente**. Sendo que aquela se inicia a partir do fato (conduta/resultado) e se encerra com a coisa julgada administrativa. Esta, tem lugar a partir da lavratura do auto de infração e enquanto perdurar o processo administrativo de apuração de infração ambiental.

Aqui, interessa mais detidamente a análise de tema ainda tormentoso, ou seja, a possibilidade – ou melhor, o direito – de ver reconhecida a prescrição – dita intercorrente – por desídia/negligência do Estado na administração/gestão dos processos administrativos voltados a apuração de infrações ambientais e no cenário dos Estados-membros e Municípios da Federação.

II A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE EM SEDE DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DE APURAÇÃO DE INFRAÇÕES AMBIENTAIS NOS ESTADOS-MEMBROS E MUNICÍPIOS E SUA APLICAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA

O tema deste artigo se concentra no ponto mais tormentoso do debate, como já dito. Ou seja, a aplicação da prescrição intercorrente nos processos administrativos de apuração de infrações ambientais no âmbito das Unidades da Federação, ressalvada a União, pelo simples fato de que no cenário desta a questão já está devida e adequadamente regulamentada através da Lei Federal 9.873, de 23-11-1999, e no art. 21, § 2.º do Decreto Federal 6.514, de 22-07-2008, de modo que não há mais espaço para discussões e controvérsias, mormente porque o prazo fixado em três anos para a prescrição intercorrente no âmbito da União foi ao encontro das diretrizes debatidas sobre o tempo razoável de duração dos processos no cenário internacional⁴.

Já no âmbito das Unidades da Federação – leia-se Estados, Municípios e Distrito Federal – a questão tem se apresentado bem diferente e gerado debates e aplicações, muitas vezes, não uniformes do Direito, ocasionando uma quebra de isonomia e trazendo insegurança jurídica ao sistema, posto que situações análogas são apreciadas e julgadas de modo diferente nos diversos Tribunais de Justiça do país.

⁴ Neste sentido, dentre outros, *vide* o conteúdo do art. 8.º, item 1 da Convenção Americana de Direitos Humanos / Pacto de San José da Costa Rica (ratificada no Brasil pelo Decreto 678, de 06-11-1992) e o art. 6.1 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, bem como as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Europeia de Direitos Humanos.

Nesta linha, trazem-se à baila – a título de exemplificação – julgados dos Tribunais de Justiça dos Estados de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro. Julgados que ilustram bem a divergência de posições sobre a matéria e mostram como a linha de interpretação e aplicação do Direito tem destoado entre as Turmas dos referidos Órgãos Julgadores:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA – SANÇÃO ADMINISTRATIVA – INFRAÇÃO AMBIENTAL – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – PROCESSO ADMINISTRATIVO – PARALISAÇÃO – PRAZO – DECRETO N.º 20.910/32. 1- Na ausência de regulamentação específica, no âmbito do Estado de Minas Gerais acerca da prescrição intercorrente da pretensão punitiva do ente público, decorrente de infração ambiental, aplica-se por analogia, o prazo de cinco anos previsto no Decreto n.º 20.910/32, incidente às pretensões em face da Fazenda Pública; 2- Há prescrição intercorrente da pretensão punitiva quando o procedimento de apuração do auto de infração ambiental fica paralisado, injustificadamente, por período superior a cinco anos. **(TJMG-Apeação Cível N.º 1.0000.18.057043-4/004 - COMARCA DE Belo Horizonte - Apelante(s): NOG PARTICIPACOES S/A NOGPARG - Apelado(a)(s): INSTITUTO ESTADUAL DE FLORESTAS IEF-DJ: 11/10/2019) [grifo nosso]**

EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - MULTA AMBIENTAL - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO NO ÂMBITO ESTADUAL - RESP n.º 1.115.078/RS - PRESCRIÇÃO COMUM - INOCORRÊNCIA - SÚMULA 467, DO STJ E RESP n.º 1.112.577/SP - PROVIMENTO DO RECURSO. - **Consoante assentado no bojo do REsp. 1.115.078/RS, afetado como representativo da controvérsia, o parágrafo primeiro, do artigo 1.º, da Lei n.º 9.873/1999, que regulamenta o instituto da prescrição intercorrente, não se aplica aos processos administrativos em trâmite no âmbito municipal e estadual, já que a referida lei limita-se ao plano federal.** - De igual sorte, dada a especificidade do instituto da prescrição intercorrente em nosso sistema, não é possível invocar o disposto no artigo 1.º, do Decreto 20.910/1932 para suprir a omissão legislativa, já que este diz respeito à prescrição do direito de ação. - Nos termos da Súmula 467, do col. STJ, e do que fora decidido no REsp. n.º 1.112.577/SP, também representativo da controvérsia, o prazo para a cobrança da multa por infração administrativa ao meio ambiente é de cinco anos, contados do término do processo administrativo, eis que antes desse termo não é possível a cobrança do crédito por ausência de definitividade. - **Na ausência de norma que regulamente a prescrição intercorrente no âmbito estadual e não tendo transcorrido cinco anos do término do processo administrativo até o ajuizamento da Execução Fiscal, deve ser rejeitada a tese de ocorrência de prescrição, suscitada em exceção de pré-executividade.** (TJMG-APELAÇÃO CÍVEL N.º 1.0000.19.036006-5/001 - COMARCA DE PARACATU - APELANTE(S): ESTADO DE MINAS GERAIS - APELADO(A)(S): JOAQUIM ALVARES DA SILVA CAMPOS - INTERESSADO(S): INSTITUTO ESTADUAL DE FLORESTAS-DJ: 03/07/2019) [grifo nosso]

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. **MULTA** DECORRENTE DE INFRAÇÃO **AMBIENTAL**. PROCESSO ADMINISTRATIVO. PARALISAÇÃO DURANTE MAIS DE CINCO ANOS A CONTAR DA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ADMINISTRATIVO. INÉRCIA DA FEPAM. **PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE** CARACTERIZADA. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO PRAZO PRESCRICIONAL DO DECRETO NO 20.910/32. **No processo administrativo instaurado com vistas à imposição de multa ambiental aplica-se, por analogia, o prazo de prescrição quinquenal previsto no Decreto no 20.910/32. Verificada a inércia da Administração Pública, diante do transcurso de lapso temporal superior a cinco anos entre a interposição do recurso administrativo e sua apreciação pelo Diretor-Presidente da FEPAM, a pretensão de impor sanção administrativa por infração ambiental resta fulminada pela prescrição intercorrente. Precedentes do STJ e desta Corte.** Decisão singular reformada. Exceção de pré-executividade acolhida. RECURSO PROVIDO. (TJRS-Agravo de Instrumento, N.º 70082402801, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em: 31-10-2019 - Publicação: 05-11-2019) [grifo nosso]

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. **MULTA** POR AUSÊNCIA DE LICENCIAMENTO **AMBIENTAL**. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. INOCORRÊNCIA. **PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE** DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. PRAZO QUINQUENAL. DECRETO N.º 20.910/32. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. [...] **Prescrição Intercorrente** no processo administrativo. **Tratando-se de multa ambiental, ainda que não tenha natureza tributária, o prazo prescricional é o quinquenal contido no art. 1.º, do Decreto n.º 20.910/32. Apesar de disciplinar o Decreto as pretensões contra a fazenda pública, deve ser aplicado extensivamente aos seus créditos, desde que outro prazo não seja previsto em lei especial, em razão do princípio da isonomia. Precedentes do STJ, processados na forma do art. 543-C do CPC.** Não tendo sido implementado o lapso quinquenal sem despachos e manifestações da autoridade administrativa, não resta configurada a **prescrição intercorrente** no processo administrativo. [...] AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (TJRS-Agravo de Instrumento, N.º 70064112196, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Almir Porto da Rocha Filho, Julgado em: 20-05-2015 - Publicação: 26-05-2015) [grifo nosso]

EXECUÇÃO FISCAL. **MULTA AMBIENTAL**. CRÉDITO NÃO TRIBUTÁRIO. **PRESCRIÇÃO** NÃO CONFIGURADA. PRAZO PRESCRICIONAL QUE SOMENTE TEM INÍCIO APÓS O TÉRMINO DO **PROCESSO ADMINISTRATIVO**. **PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE** ADMINISTRATIVA. INOCORRÊNCIA. [...] Desse modo, considerando que o crédito só se tornou exigível após o término do procedimento **administrativo**, ocorrido em 25/10/2005, e que a execução foi ajuizada em 30/06/2006, não se operou a **prescrição** quinquenal. Em relação ao pleito de **prescrição intercorrente** administrativa, formulado às fls. 252/257, melhor sorte não assiste ao apelado. Alega o apelado a ocorrência de **prescrição intercorrente** no seio do **processo administrativo**, visto que interposta a impugnação administrativa em 19/12/2000, a decisão só se realizou em

25/10/2005, ultrapassando o prazo de três anos previsto na Lei Estadual n.º 5.427/2009. De início, há que se afastar a incidência do prazo trienal previsto no art. 74, § 1.º da Lei Estadual n.º 5.427/2009, visto que se trata de legislação posterior ao término do **processo administrativo**. Tem-se, portanto, que acaso fosse se reconhecer a ocorrência da **prescrição intercorrente** no âmbito do **processo administrativo**, não haveria como se considerar o prazo trienal pretendido pelo apelado. **Deveria ser considerado, por analogia, o prazo quinquenal que a Fazenda possui para cobrar o crédito não tributário. Sob essa ótica, verifica-se que, entre a impugnação e a decisão no processo administrativo, não se operou o prazo de cinco anos, não havendo que se falar em prescrição intercorrente.** Além disso, pelo que se verifica do referido **processo administrativo**, não houve inércia da Fazenda Pública apta a configurar a desídia na tramitação do feito. Isso porque, no curso do procedimento **administrativo** foram realizadas diversas movimentações pela administração pública para dar impulso ao **processo**, inclusive, solicitando informações dos órgãos competentes a respeito das alegações da apelada. Recurso provido. (TJRJ-AP. CIV. Processo: 0002838-63.2006.8.19.0045 – Rel. Des(a). RENATA MACHADO COTTA - Julgamento: 07/03/2018 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL-Data de Publicação: 12/03/2018) [grifo nosso]

Assim é que, quando se analisam os diversos julgados dos Tribunais Estaduais pelo Brasil – e aqui, dentre as jurisprudências dos Estados consultados, abrem-se um parênteses para excepcionar a situação do Rio de Janeiro, que já efetuou a regulamentação da matéria em âmbito estadual através do art. 74 da Lei 5.427, de 2009 – constata-se que a grande razão dessa falta de uniformidade em reconhecer a incidência da prescrição intercorrente se deve, especialmente, àquilo que se julga ser um equívoco acerca da pertinente linha de interpretação dos julgados paradigmáticos do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Ou seja, os REsp. N.º 1.112.577-SP e 1.115.078-RS, ambos de relatoria do Ministro Castro Meira, e cuja síntese dos argumentos está assim construída:

Jurisprudência em Teses n.º 30 – Direito Ambiental - Superior Tribunal de Justiça - Brasília, 18 de Março de 2015 – Temas Repetitivos 146 e 147 – “A jurisprudência desta Corte tem reconhecido que o prazo para a cobrança da multa imposta ante transgressão administrativa é de cinco anos, nos termos do Decreto n.º 20.910/32, aplicado por isonomia, à falta de regra específica para regular esse prazo prescricional. As duas Turmas de Direito Público assentaram que, por tratar-se de multa administrativa, não se pode aplicar a regra geral de prescrição prevista no Código Civil, seja o de 1916 seja o Novo Código Civil. Embora sedimentada a orientação de que os prazos prescricionais do novo Código Civil não se aplicam às relações disciplinadas pelo Direito Público, devendo incidir na espécie o art. 1.º do Decreto 20.910/32, a questão relativa ao prazo prescricional para a cobrança de crédito decorrente de multa por infração administrativa ao meio ambiente comporta exame à luz das disposições contidas na Lei 9.873, de 23 de novembro de 1999, com os acréscimos da Lei 11.941, de 27 de maio de 2009. **Todavia, esses dispositivos legais não incidem no**

caso em exame, já que a multa por infração ambiental foi aplicada por entidade estadual de fiscalização e proteção do meio ambiente, fora, portanto, do campo de incidência dos referidos diplomas legais. Somente as ações administrativas punitivas desenvolvidas no plano da Administração Federal, direta ou indireta, serão regradas por essas duas leis. Em outras palavras, sob o prisma negativo, a Lei 9.873/99 não se aplica às ações administrativas punitivas desenvolvidas por estados e municípios, devendo a prescrição, nesses casos, ser disciplinada pela regra do já citado art. 1.º do Decreto 20.910/32, nos termos da jurisprudência sedimentada desta Corte. Essas considerações fizeram-se necessárias, porque o IBAMA – autarquia pública federal responsável pela fiscalização e proteção do meio-ambiente - participou do feito na condição de interessado. Ressalta-se, pois, que a orientação firmada nesse julgado não se aplica, a princípio, à prescrição de multa ambiental lavrada por órgão ou entidade da Administração Federal, direta ou indireta.” (STJ-Resp. 1.112.577-SP, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em: 09/12/2009, DJe: 08/02/2010) [grifo nosso]

Informativo n.º 0428 - Período: 22 de março a 2 de abril de 2010. PRIMEIRA SEÇÃO - REPETITIVO. PRESCRIÇÃO. MULTA. MEIO AMBIENTE. Trata-se de recurso representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC e Res. n. 8/2008-STJ) em que a questão em debate resume-se à definição do prazo prescricional para a cobrança de multa administrativa por infração à legislação federal, no caso, a Lei n. 9.873/1999 (com os acréscimos da Lei n. 11.941/2009), nos autos de execução fiscal ajuizada pelo Ibama para cobrança de débito inscrito em dívida ativa. **Ressaltou o Min. Relator que a questão já foi debatida no REsp. 1.112.577-SP, DJe 8/2/2010, também sob o regime dos recursos repetitivos, mas somente quando a multa administrativa decorria do poder de polícia ambiental exercido por entidade estadual, situação em que não seria pertinente a discussão sob as duas leis federais citadas.** Agora, no caso, como a multa foi aplicada pelo Ibama, entidade federal de fiscalização e controle do meio ambiente, é possível discutir a incidência daquelas leis federais, o que foi feito nessa hipótese. Diante disso, a Seção entendeu incidente o prazo de cinco anos (art. 1.º da citada lei) para que, no exercício do poder de polícia, a Administração Pública Federal (direta ou indireta) apure o cometimento da infração à legislação do meio ambiente. Esse prazo deve ser contado da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que houver cessado a infração. Observou que o art. 1.º da Lei n. 9.873/2009 estabeleceu o prazo para a constituição do crédito, não para a cobrança judicial do crédito inadimplido. Ressaltou, ainda, que, **antes da MP n. 1.708/1998, convertida na Lei n. 9.873/1999, não existia prazo decadencial para o exercício do poder de polícia por parte da Administração Pública Federal, por isso a penalidade aplicada, nesses casos, sujeita-se apenas ao prazo prescricional de cinco anos segundo a jurisprudência deste Superior Tribunal, em razão da aplicação analógica do art. 1.º do Dec. n. 20.910/1932.** Ademais, a jurisprudência também já assentou que, por se tratar de multa administrativa, não é aplicável a regra geral de prescrição do CC, seja o de 1916 ou o de 2002. (STJ-REsp. 1.115.078-RS, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 24/3/2010.) [grifo nosso]

Nesta senda, é possível observar que, ao contrário dos julgados que aceitam a incidência da prescrição extintiva intercorrente e fundamentam suas decisões nas diretrizes do art. 5.º, inciso LXXVIII da Constituição Federal de 1988, c/c arts. 4.º e 5.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657, de 04-09-1942) e art. 140 do Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16-03-2015), as decisões que não a admitem – via de regra – argumentam, apenas, que os precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) não a admitem nos casos em que não exista norma própria na legislação estadual e/ou municipal. E acrescentam que – em alguns casos – a Lei Federal 9.873, de 23-11-1999, tem sua aplicação limitada, no próprio corpo normativo, ao âmbito da Administração Pública Federal, e que o Decreto 20.910, de 06.01.1932, limitar-se-ia a regular a prescrição do fundo de direito e sua respectiva ação de cobrança.

III O RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE COMO UMA EXPRESSÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DIREITO FUNDAMENTAL DO CIDADÃO

Consoante exposto na introdução deste artigo, o reconhecimento da prescrição – seja ela vinculada a seara punitiva/condenatória *stricto sensu* ou intercorrente – é uma via de mão-dupla, posto que, não obstante estar relacionada a objeção frente a pretensão jurídica de um lado (no caso aqui do Estado), **ela também se vincula a um direito subjetivo de não ser punido e/ou condenado do outro polo da relação que se apresenta em litígio/conflito (no caso aqui, em regra, o cidadão/empreendedor/contribuinte)**, seja em sede judicial, seja administrativa.

Ademais, não é despiciendo lembrar que por força de norma constitucional (art. 5.º, *caput*, e incisos LIII, LIV, LV e LXXVIII) e até internacional (GOMES; MAZZUOLI, 2009, p. 72-82; CADH, art. 8.º, 1), não é admissível qualquer tipo de situação judicial e/ou administrativa que, abusando do próprio direito, viole a segurança jurídica e deixe o cidadão/contribuinte em permanente e desgastante estado de alerta, sem saber se os meios legais disponibilizados no processo administrativo para se defender lograram êxito ou não.

Abordando a matéria, em sua obra de Direito Ambiental, Professor Romeu Thomé assim leciona sobre a prescrição:

O instituto da prescrição intercorrente opera efeitos em benefício dos próprios administrados. Prescrição significa a perda da ação atribuída a um direito em consequência de seu não exercício no prazo legal. A prescrição limita a ação punitiva do Estado, em prestígio ao clássico

princípio da segurança jurídica. O não exercício de uma pretensão acarreta perda do direito de exercê-la. Pela prescrição, mantendo-se inerte, ao Poder Público é subtraído o seu poder de aplicar sanções ambientais. (SILVA, 2018, p. 625-626.) [grifo nosso]

Nesta linha de raciocínio, o entendimento sobre a relevância do instituto da prescrição intercorrente restou bem elucidado em voto proferido pela Ministra Eliana Calmon, no contexto do REsp. n.º 1.128.099, no qual atuou como Relatora e consignou, *in verbis*:

Cumpra, antes de tudo, entender que a prescrição intercorrente, consoante aplicação, é resultante de construção doutrinária e jurisprudencial para punir a negligência do titular de direito e também para prestigiar o princípio da segurança jurídica, que não se coaduna com a eternização de pendências administrativas ou judiciais. Assim, quando determinado processo administrativo ou judicial fica paralisado por um tempo longo, por desídia da Fazenda Pública, embora interrompido ou suspenso o prazo prescricional, este começa a fluir novamente. Portanto, a prescrição intercorrente pressupõe a preexistência de processo administrativo ou judicial, cujo prazo prescricional havia sido interrompido pela citação ou pelo despacho que ordenar a citação, conforme inciso I, do parágrafo único do art. 174 do CTN, com a redação que lhe foi dada pela Lei Complementar 118, de 9-2-2005. (STJ – REsp. 1128099/RO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 17/11/2009, p. 04 do voto) [grifo nosso]

Ainda nesta mesma linha de inteligência, ou seja, de que o sistema não pode se compadecer de um poder, sobretudo de punir, que não seja limitado no tempo, há relevante voto condutor da decisão do Acórdão no MS-32201/DF, da lavra Ministro Luís Roberto Barroso, no qual se debatiam as limitações do poder sancionador do Tribunal de Contas da União-TCU. Em especial, o tempo que este teria para cobrar as multas aplicadas no exercício de suas competências, seja em sede de processos administrativos ou pela via judicial. Merece o seguinte destaque:

[...] **Ainda assim, é praticamente incontroverso o entendimento de que o exercício da competência sancionadora do TCU é temporalmente limitado. A prescrição é instituto diretamente ligada ao princípio geral da segurança das relações jurídicas, que tem por decorrência, salvo hipóteses excepcionais, a regra da prescritibilidade, em qualquer ramo jurídico** (nesse sentido, é antiga a jurisprudência do STF, ilustrada, v. g., no MS 20069, Rel. Min. Cunha Peixoto) [...] (STF - Mandado de Segurança

n.º 32.201/DF – Numeração única: 9990105-96.2013.1.00.0000 – Rel. Min. LUÍS ROBERTO BARROSO – Julgado em 21/03/2017 e Publicado no DJe em 07/08/2017 - ATA N.º 106/2017. DJE n.º 173, p. 05 do voto) [grifo nosso]

Nota-se, claramente, que os Acórdãos – sejam aqueles oriundos dos Tribunais de Justiça das Unidades da Federação, sejam decisões do próprio Superior Tribunal de Justiça (v.g.: AgInt. no REsp. 1588259/PR, Rel. Ministra Assusete Magalhães; AgInt. no REsp. 1770878/PR, Rel. Ministra Regina Helena Costa; STJ-AgRg. no REsp. 1566304/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin) – além de efetuarem uma interpretação equivocada das reais balizas dos Acórdãos paradigmáticos firmados nos Recursos Especiais (Repetitivos) n.º 1.112.577-SP e 1.115.078-RS, ainda aceitariam a inadmissível tese da *lacuna jurídica* em nosso ordenamento. E ignoram, por, completo a diretriz de colmatação do sistema jurídico por meio da interpretação integrativa e voltada aos fins sociais aos quais a norma se destina. O que é feito por meio da analogia e/ou aplicação subsidiária de outras normas, seja a Lei Federal 9.873, de 23-11-1999, seja o Decreto 20.910, de 06.01.1932, consoante previsto nos arts. 4.º e 5.º da LINDB (Decreto-Lei 4.657, de 04-09-1942 com atualizações pela Lei 13.655, de 2018) c/c art. 140 do CPC (Lei 13.105, de 16-03-2015).

Afirma-se isto porque, diferentemente do que argumentam os que pensam em sentido contrário, o Decreto 20.910, de 06.01.1932, não se limita a regular a *prescrição quinquenal do chamado fundo de direito* ou mesmo, apenas, a *prescrição do direito de ação*. Afinal, além de se tratar de uma linha do direito atrelada ao positivismo estrito e à interpretação apenas literal das normas, e que já foi superada, posto que ignora as diretrizes já aludidas de interpretação e aplicação do direito⁵ voltadas a uma visão sistemática, teleológica e de colmatação, ela ainda ignora que a redação do art. 1.º do Decreto 20.910, de 06.01.1932, que assim está descrito.

Art. 1.º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, **bem assim todo e qualquer direito ou ação** contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, **seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos** contados da data do ato ou fato do qual se originarem. [grifo nosso]

⁵ Nas lições do prof. Luís Roberto Barroso: (...) **“A interpretação, portanto, deve levar em conta o texto da norma (interpretação gramatical), sua conexão com outras normas (interpretação sistemática), sua finalidade (interpretação teleológica) e aspectos do seu processo de criação (interpretação histórica)”**(...) (in: *Comentários à Constituição do Brasil* / coordenador - J. J. Gomes Canotilho...[et al.] – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2018, p. 239. Série IDP). [grifo nosso]

E diz que todo e qualquer direito ou ação, seja de que natureza for, em face da União, Estados e Municípios prescreve em cinco anos. Logo, como o reconhecimento da prescrição intercorrente é, além de uma punição a desídia/negligência do Estado, também **um direito⁶ do contribuinte/cidadão a obstar uma pretensão punitiva que lhe seria prejudicial** e que está a perdurar no tempo por prazo irrazoável, comprometendo a estabilidade e a segurança jurídica⁷ do ordenamento, não há como deixar de reconhecer a legitimidade de uma decisão que aplica as diretrizes do Decreto 20.910, de 06.01.1932, aos casos de omissão dos entes federados no que tange à prescrição intercorrente. Não obstante, a não aplicação do multicitado Decreto aos casos de prescrição intercorrente, violaria os princípios da isonomia e simetria, posto que aceitar a tese de que o referido Decreto não possa ser aplicado aos casos de prescrição intercorrente nas situações de omissão legal nos entes federados beneficia única e exclusivamente o polo hiperssuficiente da relação, isto é, o Estado.

Lado outro, a dita *limitação do âmbito espacial da lei ao plano federal* é exatamente a mesma nas Leis federais 9.784, de 29.01.1999 (Lei Geral de Processo Administrativo da União) e 9.873, de 23-11-1999 (Lei Geral de Prescrição da Ação Punitiva da União), entretanto – historicamente – inclusive o STJ⁸, sempre entendeu que a lei federal, ainda que erigida para a Administração Pública Federal, poderia ser aplicada subsidiariamente para os demais entes federados (Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios), sendo esta, inclusive, a linha adotada em julgado oriundo do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) e de relatoria do Desembargador Afrânio Vilela, no qual se discutia a prescrição da ação punitiva do Município de Belo Horizonte, dada à ausência de norma municipal regulamentadora, e que foi assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ANULATÓRIA - MULTA ADMINISTRATIVA DECORRENTE DE EXECUÇÃO DE OBRA DE CONSTRUÇÃO OU RECONSTRUÇÃO SEM LICENÇA - PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL - LEI FEDERAL N.º 9.873/99 - PRESCRIÇÃO CONFIGURADA - SENTENÇA MANTIDA. **Nos termos do artigo 1.º da Lei Federal n.º 9.873/99 prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública que, no exercício do poder de polícia, pretende apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato.** (TJMG - AC:

⁶ Esta linha de intelecção foi definitivamente consagrada, sem possibilidade de condicionamentos, com a introdução – pela EC-45/2004, na qualidade de direito individual fundamental do cidadão/contribuinte com aplicabilidade imediata – do direito à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação, na esfera judicial e administrativa (art. 5.º, inciso LXXVIII, e § 1.º, da Constituição Federal).

⁷ Vide art. 5.º, inciso II, da Constituição Federal, c/c art. 30 da LINDB, que determinam o dever de zelar pela segurança jurídica na aplicação de todas as normas.

⁸ Neste sentido, vide – dentre outros os seguintes Acórdãos: REsp. n.º 1.019.012/DF, 5.ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi; REsp. n.º 852.493/DF, 5.ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima; REsp. n.º 645.856/RS, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5.ª Turma; REsp. n.º 1.148.460/PR, Rel. Ministro Castro Meira, 2.ª Turma; AgRg no Ag 506.167/RS, Relatora Ministra Maria Theresa de Assis Moura; AgRg no Ag 583018/RS, Relelatora Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJMG).

10024100922848001 MG, Relator: Afrânio Vilela, Data de Julgamento: 11/07/2013, Câmaras Cíveis / 2ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 19/07/2013) [grifo nosso]

Assim, ainda que se analise a questão apenas pelo ângulo da prescrição genericamente considerada, isto é, o exercício do poder de polícia e o *ius imperii* da Administração Pública, tem-se que a imprescritibilidade do poder de punir, em qualquer seara é algo que não se pode admitir. Ressalte-se uma vez mais: não pode o cidadão/contribuinte, por conveniência e abuso⁹ do Estado – que é o polo hiperssuficiente da relação – suportar a ausência de regulamentação que compromete seu direito fundamental (estatuído no art. 5.º, inciso LXXVIII, da CRFB/88) à razoável duração do processo administrativo. O que fere a segurança jurídica e viola a estabilidade das relações sociais. Esta, aliás, é a linha adotada em julgados do STJ¹⁰ e também do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR), que abordam a necessidade e obrigação, visto que todos são intérpretes e guardiões da Constituição, de se passar a analisar a prescrição (intercorrente em especial) como uma garantia e direito do cidadão a razoável duração do processo. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ANULATÓRIA DE MULTA AMBIENTAL E EMBARGO. OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. AGRAVO REGIMENTAL DO IBAMA DESPROVIDO. -1. A Lei 9.873/99, que estabelece o prazo de prescrição para o exercício da ação punitiva pela

⁹ No cenário das autuações que geram sanções/multas pecuniárias, a ato de não se regulamentar/reconhecer a prescrição intercorrente nas legislações dos demais entes federados, salvo a União e o Estado do RJ, por exemplo, tem se revelado abusivo, sobremaneira, porque além de ser uma omissão inconstitucional (e como tal pode ser arguida via Mandado de Injunção ou ADI por Omissão), tal situação ainda tem provocado um enriquecimento sem justa causa para os entes federados omissos e uma oneração desproporcional ao cidadão/contribuinte, uma vez que os juros e correções – exorbitantes e inconstitucionais – continuam a incidir sobre as sanções/multas pecuniárias durante todo o tempo de tramitação do processo administrativo, ainda que a demora não tenha sido provocada pelo administrado. Tal situação é extremamente delicada e aviltante por que termina por punir o cidadão/contribuinte por ter ele, simplesmente, exercido uma sua prerrogativa, constitucional de buscar o direito de petição e o devido processo legal (art. 5.º, XXXIV, LIV e LV da Constituição Federal), terminando – na praxe – por materializar no dia-a-dia dos processos administrativos de tais entes a ultrapassada e inconstitucional cultura do *solve et repete*, isto é, *cidadão – pague primeiro e tente discutir depois, se e quando for possível*.

¹⁰ Aqui é imperioso ressaltar que, até o presente momento, em nenhum dos seus julgados (ocorridos em turmas/seções) acerca do tema **prescrição intercorrente da pretensão punitiva do Estado**, o Superior Tribunal de Justiça teve ou pode enfrentar a questão sob o prisma de ser ele (o instituto da prescrição intercorrente) uma consequência do direito/garantia fundamental constitucional à razoável duração dos processos (art. 5.º, inciso LXXVIII). E isso faz toda a diferença. Sobretudo, no contexto dos julgados em que nega, até mesmo, a aplicação do prazo geral do Decreto 20.910, de 06.01.1932. Nesta mesma toada, não é despidiendo esclarecer que tal competência – dada à matriz constitucional – cabe, em regra, ao STF e, apenas excepcionalmente, nos limites legais (vide RI-STJ e art. 926 e ss. c/c 948 e ss. do NCPC) as Cortes/Órgãos Especiais dos demais tribunais, dada a cláusula constitucional que estabelece a reserva de plenário em demandas de tal jaez (vide art. 97 da Constituição Federal e Súmula Vinculante n.º 10 do STF).

Administração Pública Federal direta e indireta, prevê em seu art. 1.º, § 1.º, que incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso, ou seja, prevê hipótese da denominada prescrição intercorrente. -2. Cumpre ressaltar que, *in casu*, o próprio IBAMA reconheceu a ocorrência da prescrição intercorrente, consoante parecer técnico recursal (1689-EQTR, fls. 133/134 do PA, e-STJ fls. 506) e parecer da equipe técnica do IBAMA em Brasília, às fls. 146 do PA (e-STJ fls. 519). -3. **A prescrição da atividade sancionadora da Administração Pública regula-se diretamente pelas prescrições das regras positivas, mas também lhe é aplicável o critério da razoabilidade da duração do processo, conforme instituído pela EC 45/04, que implantou o inciso LXXVIII do art. 5.º da Carta Magna.** -4. Agravo Regimental do IBAMA a que se nega provimento. (STJ-AgRg no AREsp 613.122/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 10/11/2015, DJe 23/11/2015) [grifo nosso]

1) DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL DE MULTA AMBIENTAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE AFASTADA. FRUSTRAÇÃO DA FINALIDADE DOS PROCEDIMENTOS, POR CULPA EXCLUSIVA DA ADMINISTRAÇÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. INTENÇÃO MERAMENTE ARRECADATÓRIA. a) Nos termos de hodiernos precedentes do STJ, não é possível, na esfera estadual, o reconhecimento da prescrição intercorrente administrativa por ausência de previsão legal específica, o que impede a aplicação, por analogia, da Lei Federal n.º 9.873/1999 ou da prescrição do Decreto n.º 20.910/1932. **b) Contudo, ao afastar a tese da prescrição intercorrente estadual e municipal, o STJ não julgou o mérito da questão posta *sub judice*, afastando, apenas, a solução até então adotada por este Tribunal. c) Por outro lado, o artigo 5.º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal estabelece que deve ser observada a razoável duração dos processos, judiciais e administrativos.** d) A abstratividade do termo “razoável” não é sem motivo, haja vista a impossibilidade de se fixar, de forma rígida, a duração máxima de processos judiciais ou administrativos, cabendo fazer tal ponderação caso a caso, subjetivamente, mediante avaliação de três critérios apontados pela doutrina: a complexidade da causa, o comportamento das partes e a estrutura da Administração para a efetivação da sanção. e) No caso, pretende o IAP a reforma da decisão que declarou a prescrição intercorrente da Execução Fiscal em relação a três das quatro Certidões de Dívida Ativa executadas. f) Infere-se quanto: (i) ao primeiro critério, que os processos administrativos não têm causa complexa, sendo, em verdade, questão comum no âmbito de atuação do IAP; (ii) ao segundo critério, que não houve má-fé ou intuito procrastinatório pela Empresa autuada mas, por outro lado, o IAP não comprovou a movimentação dos processos administrativos em discussão de 23/02/2005 até a constituição definitiva dos créditos (01/04/2010); e (iii) ao terceiro critério, que a eventual alegação da Administração de ser desprovida de recursos materiais e humanos para levar a cabo, a contento, as funções institucionais básicas, implicaria o reconhecimento da inoperância e da falência do IAP, o que não é aceitável. **g) Assim, a retomada dos processos administrativos, anos mais tarde, a constituição de dívidas ativas e o ajuizamento de**

Execução Fiscal não se destinam mais à proteção do meio ambiente, pois a vulnerabilidade do bem tutelado não admite repressão tardia aos maus tratos que sofre, sob pena de total ineficácia e até perda de objeto. h) Destarte, é imprescindível a declaração de exaurimento da finalidade dos processos administrativos, consistindo em intenção meramente arrecadatória do IAP a cobrança da dívida ativa oriunda desses feitos. i) Outrossim, ainda que por outros fundamentos, a decisão agravada merece mantida, diante da inexigibilidade da Execução Fiscal quanto aos Autos de Infração Ambiental discutidos no presente recurso. -2) AGRADO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (TJPR – 5.^a C. Cível – AI. N.º 0038831-38.2019.8.16.0000 - Sengés - Rel.: Desembargador Leonel Cunha - J. 23.03.2020 - Data da Publicação: 31/03/2020) [grifo nosso]

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. MULTA AMBIENTAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE JULGADA IMPROCEDENTE. TODAVIA, CONSTATADO ABANDONO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO POR MAIS DE 5 (CINCO) ANOS, COM FRUSTRAÇÃO DA FINALIDADE DO PROCEDIMENTO, POR CULPA EXCLUSIVA DA ADMINISTRAÇÃO. ANÁLISE DA QUESTÃO SOB ENFOQUE CONSTITUCIONAL. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA CELERIDADE, EFICIÊNCIA E RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRECEDENTES DESTA CÂMARA. DECISÃO AGRAVADA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO FISCAL. a)– o STJ, no julgamento ao AgRg no REsp. 1.566.304/PR (Dje 31/05/16), consignou a inexistência de previsão sobre a prescrição intercorrente no processo administrativo no Decreto n.º 20.910/32, a inexistência de disposição legal específica no âmbito do Estado do Paraná e, ainda, a limitação espacial da Lei n.º 9.873/99 ao Plano Federal. Nos termos daquele julgado, não é possível, na esfera estadual, o reconhecimento da prescrição intercorrente administrativa por ausência de previsão legal específica, porque caberia a máxima “inclusio unius alterius exclusio”, isto é, “o que a lei não inclui é porque desejou excluir, não devendo o intérprete inclui-la”. **b) – Contudo, ao afastar a tese da prescrição intercorrente estadual e municipal em sede de processo administrativo, o STJ não julgou a questão sob o enfoque constitucional, pois o abandono do processo por mais de 5 (cinco) anos demonstra de forma inequívoca o desinteresse na apuração e na eventual repressão da suposta irregularidade que deu origem ao procedimento, culminando com desvio de finalidade do processo administrativo e malferimento da segurança jurídica. c) - Assim, configurada essa paralisação indevida, é de se reconhecer a afronta aos princípios da celeridade, da eficiência, da moralidade e da razoável duração do processo, impondo-se a declaração de nulidade do processo Administrativo, por exaurimento de sua utilidade, com a consequente extinção da execução fiscal.** (TJPR – 5.^a C. Cível - 0029053-78.2018.8.16.0000 - Ponta Grossa - Rel.: Juiz Rogério Ribas - J. 28.05.2019) [grifo nosso]

Nesta linha, abordando a relevância e o âmbito de abrangência do direito fundamental à razoável duração do processo, nos comentários a Constituição coordenados pelo Professor J. J. Gomes Canotilho, Samuel Arruda leciona que:

O constituinte deu ao direito fundamental uma louvável amplitude. Não o restringiu à esfera criminal e nem mesmo limitou-o aos processos judiciais. **Quis** garantir a razoável duração dos processos nos planos “judicial e administrativo”. **Evidentemente, há diferenças consideráveis entre essas duas esferas que mantêm suas próprias peculiaridades.** **Contudo,** a plena proteção do interesse do cidadão só se faria se o direito fosse estendido também ao âmbito administrativo, pois muitas vezes a demora judicial nada mais é do que uma reiteração da morosidade de um anterior procedimento administrativo, o que castiga duplamente o administrado/jurisdicionado (ARRUDA, 2018, p. 1.003-1.004) [grifo nosso]

Destarte, se os processos destinados às ações punitivas da Administração Pública em sede de processos administrativos por danos ambientais, permanecem sem decisão/conclusão por período de tempo superior a prazo que varia entre três e cinco anos, dependendo do ente federado, estar-se-á frente à violação do direito fundamental à razoável duração do processo. E devem os referidos processos ser anulados, por perda de fundamento de validade (visto que se tornaram, de plano, inconstitucionais por ofensa ao art. 5.º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988). E, por consequência, o desnudamento de um cenário de desvio de finalidade do ato administrativo que deveria ser destinado à apuração, a tempo e modo, de conduta supostamente lesiva, passando tais processos, caso persistam, a ter um objetivo única e exclusivamente arrecadatário. O que lhe fará perder, por completo, a finalidade de proteção e recuperação das eventuais lesões ao meio ambiente. Logo, se a Administração Pública não reconhecer a invalidade de tais processos administrativos *ex-officio*, eles podem e devem ser combatidos por meio das ações adequadas, visto que o Judiciário sempre será, em última análise, o destinatário principal da norma a garantir o respeito ao comando constitucional.

IV O PÉSSIMO EXEMPLO DE MINAS GERAIS

Essa vertente de desvio de finalidade do ato administrativo e voltada à preocupação apenas arrecadatária, aliás, ficou bem clarividente no episódio ocorrido em Minas Gerais frente ao processo legislativo deflagrado no Legislativo Estadual (Assembleia Legislativa de Minas Gerais) que – objetivando suprir a omissão¹¹ inconstitucional existente na legislação do Estado acerca da prescrição

¹¹A Lei Geral de Processo Administrativo Estadual (Lei 14.184, de 31.01.2002, do Estado de Minas Gerais) não possui regra relativa à prescrição intercorrente dos processos administrativos. Por isso, a necessidade de se regulamentar a situação para que se respeite a garantia constitucional de direito à razoável duração do processo (art. 5.º, inciso LXXVIII da Constituição Federal) e se estabeleça a pertinente estabilidade e segurança jurídica do sistema, evitando que o cidadão/contribuinte tenha sempre que demandar em juízo para ver respeitada a diretriz constitucionalmente assegurada.

intercorrente – votou e aprovou em 2018 o PL n.º 5.236/2018 regulamentando o prazo para o reconhecimento da prescrição intercorrente em face das ações punitivas em âmbito administrativo em três anos, a exemplo da Lei Federal 9.873, de 23-11-1999.

O Projeto de Lei visava acrescentar o art. 2.º-A à Lei 21.735, de 03-08-2015, para definir, explicitamente, a prescrição intercorrente, sendo que a referida Lei trata da constituição, na fase de processo administrativo, de crédito não tributário na seara do Estado de Minas Gerais.

Todavia, a norma que viria a suprir a inconstitucional omissão do Estado foi vetada pelo atual Governador – Sr. Romeu Zema – através da mensagem de veto n.º 06 de 04-01-2019, sob argumentos voltados exclusivamente a preocupação em arrecadar (receio de perda de receita), valendo-se da promessa de que seria instituído *“grupo de trabalho destinado a promover estudos relativos aos processos administrativos de constituição de créditos não tributários, com a participação dos integrantes do legislativo estadual, de modo que seja possível discutir a melhor forma de se tratar um assunto tão importante ao cidadão.”*

Entretanto, não se tem notícia de que a formação do referido grupo de trabalho foi, de fato, concretizada. E, como a Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais (ALMG) não derrubou o veto do Governador, o contribuinte mineiro continua à mercê da desídia e do desvio de finalidade dos atos administrativos na condução dos processos voltados as ações punitivas do Estado, especialmente dos órgãos ambientais, que se beneficiam deste cenário de omissão que viola o art. 5.º, inciso LXXVIII da Constituição Federal de 1988.

V CONSIDERAÇÕES FINAIS

Findando o presente trabalho, uma vez mais se recorre aos ensinamentos do Professor Barroso (2002, p. 501) quando leciona que “o fato de não haver uma norma dispendo especificamente acerca do prazo prescricional, em determinada hipótese, não confere a qualquer pretensão a nota de imprescritibilidade”, cabendo ao intérprete “buscar no sistema normativo, em regra através da interpretação extensiva ou da analogia, o prazo aplicável”.

Dito isso, cumpre fixar os seguintes pontos conclusivos deste estudo, a saber:

- a) o reconhecimento da prescrição intercorrente é um consectário lógico do direito à razoável duração do processo e se apresenta como um direito/garantia fundamental do cidadão/contribuinte, com eficácia plena e

aplicabilidade imediata, em face do poder punitivo do Estado, sendo dispensável qualquer regulamentação infraconstitucional para sua aplicação (art. 5.º, inciso LXXVIII, e § 1.º, da Constituição Federal de 1988);

b) inexistindo prazo específico na legislação estadual/distrital ou municipal quanto à prescrição intercorrente em processo administrativo para a aplicação de multa ambiental, no cenário de demanda judicial o julgador – com amparo nas diretrizes legais dos arts. 4.º, 5.º e 30 da LIN-DB (antiga LICC) c/c art. 140 do CPC (Lei 13.105, de 16-03-2015) e teóricas da interpretação sistemática e dos princípios da isonomia e simetria – pode tomar como paradigma tanto o prazo de três anos estatuído na Lei Federal 9.873, de 23-11-1999, quanto a regra geral do Decreto 20.910, de 06-01-1932, que prevê o prazo de cinco anos para reivindicar todo e qualquer direito ou ação, independentemente da natureza, em face da União, Estados e Municípios;

c) por fim, cumpre destacar que, ainda que se cogite a inaplicabilidade do Decreto Federal 20.910, de 06-01-1932 – fato que aqui se cogita apenas para fins teóricos e argumentativos – não há como admitir a imprescritibilidade do processo administrativo no qual se consolidaria a ação punitiva do Estado, restando, portanto, ainda que num contexto fora do direito exclusivamente privado, à aplicação do prazo geral de dez anos previsto no art. 205 do Código Civil (Lei 10.406, de 10-02-2002), visto que esta interdisciplinaridade entre ramos distintos do Direito encontra espeque na doutrina/teoria do diálogo de fontes¹² normativas e neste cenário admitida para que um direito fundamental (razoável duração do processo) do polo hipossuficiente/vulnerável (cidadão/contribuinte) não se transforme em letra morta e termine sendo ignorado, fazendo prevalecer a lacuna do ordenamento e o conseqüente prejuízo em razão de uma sanção injusta.

¹²A **teoria do diálogo das fontes** (expressão criada pelo jurista alemão Erik Jayme, no seu Curso da Haia de 1995), foi trazida ao Brasil pela jurista Cláudia Lima Marques (especialmente trabalhada na obra: *Os Contratos no Código de Defesa do Consumidor*) e também desenvolvida na Tese de Doutorado do jurista Valério de Oliveira Mazzuoli (Título: *Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes*), para aplicação às relações entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito interno, sendo, atualmente, aplicável a todos os ramos do Direito – seja público ou privado – para que se possa colmatar as eventuais omissões do ordenamento, mormente para se alcançar a decisão que melhor atenda as diretrizes dos direitos e garantias fundamentais no direito interno no esteio das diretrizes do princípio *Pro-homine*.

REFERÊNCIAS

- AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Ed. RT, v. 300, out. 1961.
- ARRUDA, Samuel Miranda. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luís (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luís (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2018.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: Pollis; / Brasília: Ed. UnB, 2002.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. Decreto 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 9 nov. 1992.
- BRASIL. Decreto 6.514, de 22 de julho de 2008. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 23 jul. 1999.
- BRASIL. Decreto 20.910, de 6 de janeiro de 1932. Regula a Prescrição Quinquenal. **Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, DF, 8 jan. 1932.
- BRASIL. Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial [da] República dos Estados**

Unidos do Brasil, Rio de Janeiro, DF, 9 set. 1942; retificado no **Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, DF, 8 out. 1942; e retificado no **Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, DF, 17 jun. 1943.

BRASIL. Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1.º fev. 1999.

BRASIL. Lei 9.873, de 23 de novembro de 1999. Estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 nov. 1999, edição extra.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de fevereiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 fev. 2002.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

CADH – CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. Atual. por Geraldo Magela Alves e Nagib Slaibi Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DUARTE, Nestor. In: PELUSO, César (Coord.). **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 10. rd. rev. e atual. Barueri/SP: Manole, 2016.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana dos Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. **Os contratos no código de defesa do consumidor**. v. 1. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MINAS GERAIS. Lei 14.184, de 31 de janeiro de 2002. Dispõe sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. **Diário Oficial [do] Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, MG, 1.º fev. 2002.

TARTUCE, Flávio. In: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Org.);

CHINELLATO, Silmara Juny (Coord.). **Código civil interpretado**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 3. ed. Barueri-SP: Manole, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. (2.^a tiragem).

SILVA, Romeu Faria Thomé da. **Manual de direito ambiental**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

SILVEIRA, Júlio Cesar Costa da. Da prescrição administrativa e o princípio da segurança jurídica: significado e sentido. 2005. 412 folhas. Tese (Doutorado em Direito)–Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

TESHEINER, José Maria Rosa. Direito ambiental e prescrição. In: **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, v. 4, n. 1, p. 9-39, 2014.

Submissão em: 29 de abril de 2022

Último Parecer favorável em: 17 de julho de 2022

Como citar este artigo científico

ROCHA, Adélia Alves; MOTA, Leandro Gabriel Moura Teixeira. O reconhecimento da prescrição intercorrente nos processos administrativos de apuração de infrações ambientais nos estados-membros e municípios: a via de mão dupla entre a perda da pretensão jurídica punitiva e a garantia ao direito fundamental à razoável duração do processo. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 3, n. 2, p. 132-151, maio-ago. 2022.

Áframhaldandi Rannsóknir
Astudiaethau Parhaus
Continued Studies
Devam Eden Çalışmalar
Estudios Continuados
Estudis Continuats
Études Continues
Folytató Vizsgálatok
Fortsat Studier
Fortsatte Studier
Fortsättningsstudier
Fortsetzung der Studien
Jätkuðpingud
Jatkuvat Tutkimukset
Континуиране студије
Континуирани студији
Kontinuéierter Studien
Kontynuowane Badania
Nadaljevanje Študij
Nastavak Studija
Nastavne Studije
Оқытуға Арналған Оқу
Оқуды Жалғастыру
Pokračovanie Štúdie
Pokračující Studia
Pokračujúce Štúdie
Sgrùdaidhean Leantainneach
Staidéar Leanúnach
Studi Continua
Studii Continue
Studimet e Vazhdueshme
Studji Kkontinuti
Studji Kontinwi
Tęstiniai Tyrimai
Turpinājumi
Turpinot Studijas
Vervolgstudies
Voortgezette Studies
Продължава Проучвания
Продовження Навчання
Продолжени Студии
Продолжение Обучения
Продукты
Συνεχισμενος Μελετες

ESTUDIOS
CONTINUADOS

PARECER¹

RICHARDSON XAVIER BRANT²

Montes Claros, 7 de outubro de 2021.

A Sua Excelência, O Senhor Júlio Cezar Gutierrez Vieira Baptista
Desembargador Supervisor do GMF - MG

A Sua Excelência, O Senhor Evaldo Elias Penna Gavazza
Juiz Coordenador do GMF - MG

A Suas Excelências, Os Senhores Magistrados
Membros do GMF - MG

Ao tempo em que os saúdo, cordial e fraternalmente, autuo como membro do GMF, na preparação de nota técnica, em manifestação sobre o assunto do Ofício SEJUSP/GAB-ADJUNTO n.º 254/2021, de 21 de setembro de 2021, em atendimento à solicitação da Supervisão do GMF e da Presidência do TJMG, no Processo SEI n.º 0237423-41.

Referido projeto propõe alteração da Lei Estadual n.º 11.402/1994, a qual disciplina o Fundo Penitenciário Estadual (FPE), suas fontes de recursos, destinações, condições de liberação de verbas e Grupo Gestor.

¹ À época da emissão do Parecer, o autor atuava como Juiz de Direito (no Estado de Minas Gerais) da Vara de Execuções Penais e Inquéritos da Comarca de Montes Claros-MG, e integrava a Sexta Região do Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (GMF).

² Juiz Convocado de Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais desde julho de 2022. Doutor e Mestre em Desenvolvimento Social pela Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes). Professor na Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes). *e-mail*: richardson_brant@unimontes.br

No que interessa a este Parecer, destaca-se que o projeto propõe as seguintes alterações à referida lei do Fundo Penitenciário Estadual (FPE):

- a) define o objetivo, em seu primeiro artigo, de possibilitar a obtenção e a administração de recursos financeiros destinados ao adequado funcionamento dos órgãos da execução penal, do sistema penitenciário e socioeducativo do Estado de Minas Gerais;
- b) modifica a destinação dos recursos decorrentes de penas de prestação pecuniária, para que seu direcionamento favoreça apenas entidades que tenham como finalidade institucional a assistência a presos, adolescentes que pratiquem ato infracional e às vítimas de crimes (art. 2.º, inciso IV);
- c) estabelece como recursos do Fundo Penitenciário Estadual os “resultantes de multas pecuniárias fixadas nas sentenças judiciais no Estado, nos termos dos artigos 49 e 50 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940” (inciso I do art. 3.º) e os “resultantes de prestação pecuniária decorrente da aplicação do inciso I do art. 43 e do § 1.º do art. 45 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 1940” (inciso II do art. 3.º);**
- d) estabelece percentuais de repasse dos recursos aos seguintes órgãos: 60% para a Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública; 10% para a Defensoria Pública; 10% para o Tribunal de Justiça; 10% para a Procuradoria-Geral de Justiça; e 10% para as entidades não governamentais de que trata o inciso IV do art. 2.º desta (dispositivos dos incisos I a V do § 1.º do art. 3.º) (grifo nosso).

O projeto propõe também modificação da destinação dos recursos, indicando que atividades e ações serão custeadas, nos incisos I a XII do art. 4.º, e estatui como órgão gestor do FPE a Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública, e agente financeiro uma instituição financeira oficial autorizada pelo Banco Central (art. 5.º).

Consta ainda da proposta as condições para liberações dos recursos (art. 6.º) e prevê a integração de Grupo Coordenador do FPE, em composição ímpar, figurando representantes de órgãos do Estado de Minas Gerais e entidades representativas da Sociedade Civil (art. 7.º).

A par da proposta de alteração legislativa, cuida-se de sistematizar esta manifestação em quatro complementares tópicos:

- a) definição prévia das previsões constitucionais que disciplinam um sistema de freios e contrapesos, organiza as competências constitucionais e institucionaliza o princípio da separação de funções, em harmonia e independência, com plena garantia da independência do Judiciário;

- b) a definição de competências legislativas da União e dos Estados-membros, na Constituição Federal, sobretudo a competência privativa de legislar sobre Direito Penal e Direito Processual Penal;
- c) por fim, o caráter institucional da fiscalização pelo Judiciário dos recursos provenientes de prestação pecuniária, com definição de atuação pelo Conselho Nacional de Justiça;
- d) em nota breve, a eficiente gestão financeira demanda destinação de recursos públicos no orçamento do Estado, consoante previsão constitucional expressa, para haja adequado funcionamento dos órgãos públicos na execução penal.

Passa-se ao exame da questão.

Garantia de independência do Poder Judiciário

Parece comezinho, e para alguns até elementar, mas inicia-se com a previsão da Constituição da República de 1988, logo em seu artigo 2.º, de que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Não se cuida apenas da autonomia administrativa do Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais, como proclama o art. 99 da Constituição Federal de 1988. Isso porquanto a proposta legislativa, ao modificar a titularidade da gestão dos recursos de prestação pecuniária, invade campo reservado ao exercício de função típica do Judiciário, na aplicação de sanções penais quando do julgamento de fatos delituosos, e na função de acompanhar a execução. Consiste a execução da pena aplicada função estritamente jurisdicional, na tarefa posta em lei de fiscalizar e fazer cumprir a sanção.

Considere-se, primeiro, a previsão do art. 194 da Lei de Execução Penal (LEP). Preconiza este dispositivo que o procedimento correspondente às situações previstas nesta Lei será judicial, desenvolvendo-se perante o Juízo da execução. E no artigo 147 da LEP encontra-se o comando de que: “Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da Execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução [...]”.

O Código Penal dispõe, em seu artigo 43, sobre as penas restritivas de direitos, incluindo entre elas a prestação pecuniária. Constitui espécie de sanção penal que exige do Judiciário atuação de caráter jurisdicional (repita-se), para sua atuação e cumprimento.

Desde a decisão no HC 67607, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, sedimentou-se o entendimento de que a execução penal, naquilo que cuida do cumprimento de sanções penais impostas, tem caráter jurisdicional (STF - Julgamento em 15-5-1990 e publicado em 1.º-6-1990, com relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence).

Em outro precedente do STF, no RE 641320, julgamento em 11-5-2016 e publicado em 1.º-8-2016, o Ministro Gilmar Mendes reconhece, com acerto, que a legislação sobre execução penal atende aos direitos fundamentais dos sentenciados, devendo os Juízes da execução avaliar os estabelecimentos destinados ao regime semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. E colhe-se do voto do Relator: “[...] o plano legislativo está tão distante da realidade que sua concretização é absolutamente inviável”. Esta é outra assertiva que reafirma o caráter jurisdicional da execução penal.

Em complemento, na Ação Penal 470, julgada pelo Tribunal Pleno em 17-12-2012, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, encontra-se ponderação sobre o caráter eminentemente jurisdicional da função de aplicação de sanções criminais, no caso para afastar eventual condicionamento ao exercício da função jurisdicional, por violação do princípio da separação de poderes. Transcreve-se trecho da ementa do Acórdão:

Não há sentença jurisdicional cuja legitimidade ou eficácia esteja condicionada à aprovação pelos órgãos do Poder Político. A sentença condenatória não é a revelação do parecer de uma das projeções do poder estatal, mas a manifestação integral e completa da instância constitucionalmente competente para sancionar, em caráter definitivo, as ações típicas, antijurídicas e culpáveis.

Neste ponto, a par de tantos outros precedentes, traz-se à colação decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu que a execução penal tem caráter jurisdicional. Já se considerou, em consonância com este posicionamento, que a pena de multa deve ser executada perante a Vara de Execuções Penais, prioritariamente pelo Ministério Público, e tão somente subsidiariamente cobrada na Vara de Fazenda Pública (ADI 3150/DF, Acórdão de 13-12-2018, cuja relatoria coube ao Ministro Dias Toffoli).

Conclui-se este ponto reafirmando que, no exercício de função típica, salvo expressa previsão constitucional no arranjo de freios e contrapesos, inexistente espaço para usurpação de funções reservadas, sob pena de inconstitucionalidade por violação do princípio da separação de funções.

Competência Legislativa da União e dos Estados -membros

Partilha-se o seguinte excerto doutrinário:

Classicamente, as competências dos entes estatais costumam ser identificadas como político-administrativas, legislativas e tributárias. Na técnica adotada pela Constituição de 1988, União, Estados e Municípios têm competências exclusivas – que desempenham sem a participação de qualquer outro – e competências concorrentes, em áreas que comportam a atuação das diferentes esferas de poder (BARROSO, 2002, p. 142).

A competência para legislar sobre Direito Penal e Direito Processual Penal é privativa da União, como estabelece o art. 22, inciso I, da Constituição Federal de 1988. A competência privativa, ao lado da exclusiva, não comporta concorrência. A exclusiva afasta, também, a delegação.

A previsão de destinação de recursos, para quem, e a competência legal de quem deve destinar os recursos de prestação de penas pecuniárias consta expressamente no dispositivo dos artigos 45, § 1.º, do Código Penal.

Prevê referido dispositivo legal que deverá ser direcionado o recurso à vítima e a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, **de importância fixada pelo Juiz**. A fixação em tela ocorre no âmbito de Sentença judicial condenatória, e ainda em Sentença de homologação de transação penal, de suspensão condicional do processo ou de acordo de não persecução penal. Destaque-se que, em todos os casos, em manifestações típicas do exercício da função jurisdicional.

Consta também do dispositivo do Código de Processo Penal, na disciplina do acordo de não persecução penal, precisamente em seu art. 28-A, inciso IV, o seguinte mandamento: “[...] pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, **a ser indicada pelo juízo da execução [...]**”.

E dispõe o mesmo Código Penal:

Art. 45. [...].

§ 6.º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo da execução penal.

Além de não se encontrar previsão constitucional de competência legislativa do Estado quanto à matéria penal e processual penal, não se encontra também previsão constitucional de competência legislativa estadual no tocante aos recursos de prestação pecuniária, sejam decorrentes de transação penal, suspensão condicional do processo, acordo de não persecução penal, ou ainda quando fixado por Sentença judicial condenatória.

E vale examinar, neste particular, a competência legislativa da União, no campo do Direito Penitenciário. Preconiza a Lei Federal n.º 79/1994, Lei Complementar, que institui o Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN, quais são os recursos que constituem o Fundo. Constata-se que não há, naquele diploma legal, previsão dos recursos de prestação pecuniária. Exatamente porque não devem integrar este Fundo. E a razão é simples: a legislação de regência traz expressa determinação de outra destinação na lei penal e na lei processual penal. E diz a Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210/1984), a quem compete fiscalizar e acompanhar a execução das sanções impostas.

Não há margem a dúvida ou a outra interpretação, ocasional ou especiosa.

Este é o entendimento manifestado pelo Ministro Edson Fachin no julgamento da ADI 4981/RR, quando se reiterou a competência legislativa da União quanto ao Direito Penal e Direito Processual Penal. Outro precedente idêntico, também da relatoria de Edson Fachin, na ADI 5476, julgada em 13-12-2019, e publicada em 12-2-2020, reconhece a competência privativa da União.

Encontra-se, na linha adotada, um precedente ainda na ADI 5455, cujo Relator fora o Ministro Luiz Fux, julgada em 20-11-2019. Neste último Acórdão, há menção a outros precedentes do Supremo Tribunal Federal: **ADI 2.909**, Rel. Min. Ayres Britto, Plenário, DJe de 11-6-2010; **ADI 3.125**, Rel. Min. Ayres Britto, Plenário, DJe de 18-6-2010; **ADI 5.409-MC-Ref**, Rel. Min. Edson Fachin, Plenário, DJe de 13-5-2016; **ADI 5392-MC**, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 19-9-2016; **ADI 5.072-MC**, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 16-2-2017.

Embora sejam diferentes os objetos específicos do controle abstrato de constitucionalidade, como se confere nas citadas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI's), todos os precedentes têm perfeita aplicação ao caso em análise. Isso porque, exatamente como ocorreu naquelas situações, houve invasão de competência legislativa privativa da União (art. 22, inciso I, da Constituição Federal de 1988).

Institucionalidade da fiscalização e acompanhamento pelo Poder Judiciário

A matéria, por constituir atuação institucional do Poder Judiciário, fora disciplinada na Resolução n.º 154/2012, do Conselho Nacional de Justiça. A ementa “Define a política institucional do Poder Judiciário na utilização dos recursos oriundos da aplicação da pena de prestação pecuniária”.

Entre outras considerações, destacam-se:

- a) a necessidade de dar maior efetividade às prestações pecuniárias, aprimorando a qualidade da destinação das penas impostas;
- b) que as destinações de penas pecuniárias, espécie de pena restritiva de direitos, têm que ser aprimoradas, para evitar total descrédito e inutilidade do sistema penal já que a execução da pena é o arremate de todo o processo criminal;
- c) a necessidade de regulamentação da destinação, controle e aplicação de valores oriundos de prestação pecuniária aplicadas pela Justiça criminal, asseguradas a publicidade e transparência da destinação de recursos.

Trata-se de definição de política institucional própria ao Poder Judiciário.

Determina a Resolução CNJ 154, de 13-7-2012, do Conselho Nacional de Justiça, o recolhimento dos valores pagos em conta judicial vinculada à unidade gestora, com movimentação apenas por meio de alvará judicial. Entende-se como unidade gestora o Juízo da execução da pena ou de medida alternativa de prestação pecuniária. A destinação, quando não à vítima ou aos seus dependentes, será, preferencialmente, a entidade pública ou privada com finalidade social, ou para atividades de caráter essencial à segurança pública, educação e saúde, desde que estas atendam às áreas vitais de relevante cunho social, a critério da unidade gestora.

Com a Resolução CNJ 214, de 15-12-2015, do Conselho Nacional de Justiça, alterada pela Resolução CNJ 368, de 20-01-2021, do Conselho Nacional de Justiça, houve a atribuição da competência ao Grupo de Monitoramento e Fiscalização (GMF) da execução de penas e de medidas socioeducativas, incluindo a função de zelo e cuidado para a correta e adequada destinação dos recursos decorrentes de prestação pecuniária.

No âmbito do Estado de Minas Gerais, com o decisivo apoio da Presidência, a fiscalização e o rigoroso acompanhamento dos recursos pelo GMF têm apresentado modificações significativas no sistema prisional, no apoio aos reeducandos por meio da destinação e aplicação adequada dos recursos de prestação pecuniária.

Deve-se reconhecer, neste ponto, que a atuação do GMF tem atenuado, razoavelmente, o lamentável “estado de coisas inconstitucional”, como mencionado na ADPF 347, quando o Relator, Ministro Marco Aurélio, utilizou esta expressão proveniente da Corte Constitucional colombiana para a situação de grave e reiterada violação de direitos fundamentais, em julgamento ocorrido no ano de 1997.

Considero, pois, inadequadas as modificações propostas no projeto de alteração legislativa em comento e inconstitucionais suas proposições específicas que pretendem retirar do Judiciário competência reservada legal e constitucionalmente

Nota breve sobre gestão financeira

Parece elogiável o objetivo de “buscar recursos para o possibilitar a obtenção e a administração de recursos financeiros destinados ao adequado funcionamento dos órgãos da execução penal, do sistema penitenciário e socioeducativo do Estado de Minas Gerais”, como se verifica do artigo 1.º do projeto proposto.

Pondere-se, no entanto, que se mostra inteiramente em descompasso com as previsões constitucionais e de eficiente gestão financeira a destinação de recursos a órgãos públicos fora de dotação orçamentária própria.

Traz-se uma lição relevante que se extrai do voto do Ministro Marco Aurélio, acertadíssima no que se refere à destinação de recursos a órgãos públicos, e que se aplica como luva à mão, no sentido de que:

Continuo entendendo ser inadequada a criação de um fundo, seja qual for a personalidade jurídica a ele conferida, para haver recursos indispensáveis a algo que deve funcionar a partir, estritamente, dos tributos arrecadados pelo Estado (STF, ADI 3086/CE, Relator Ministro Marco Aurélio Melo, Brasília, DF, 16-6-2020).

Conclusões

À guisa de conclusão, contando com valiosos acréscimos à argumentação já articulada, manifesta-se:

- a) quanto à função de fiscalização e acompanhamento, por ser matéria atribuída institucionalmente ao Judiciário, não se mostram necessárias nem adequadas as propostas de modificação;
- b) há invasão de competência legislativa da União, no que se refere à previsão de destinação e gestão dos recursos, ofensa ao art. 22, inciso I, da Constituição Federal, ante a previsão expressa no Código Penal e no Código de Processo Penal quanto à matéria;
- c) **a proposta de alteração da Lei n.º 11.402/1994, na parte em que desvirtua a destinação e gestão proposta em Lei Federal, constitui-se em clara ofensa ao princípio constitucional da separação de poderes, com indesejável invasão do campo reservado constitucionalmente ao exercício da função jurisdicional, especificamente no que consiste no julgamento e aplicação de sanções penais, e na consequente fiscalização e acompanhamento de seu cumprimento, na fase de execução penal, e por isso mesmo resente-se de manifesta inconstitucionalidade;**
- d) não se mostra adequada nem eficiente, divorciada da previsão constitucional e legal, a gestão financeira por meio da instituição de fundos e a captação e destinação de recursos a órgãos públicos de maneira estranha ao exercício da função tributária e dentro do orçamento do Estado.

É o Parecer que se submete, em superior apreciação, ao Grupo de Monitoramento e Fiscalização da Execução e de Medidas Socioeducativas (GMF) e à Presidência do TJMG.

Richardson Xavier Brant
Juiz de Direito – Integrante do GMF – período 2020/2022

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 154, de 13 de dezembro de 2012. Define a política institucional do Poder Judiciário na utilização dos recursos oriundos da aplicação da pena de prestação pecuniária. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Diário da Justiça Eletrônico n.º 124, Brasília, DF, 16 jul. 2012, p. 2-3.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 214, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a organização e o funcionamento dos Grupos de Monitoramento e Fiscalização (GMF) nos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal dos Territórios e nos Tribunais Regionais Federais. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Diário da Justiça Eletrônico n.º 8, Brasília, DF, 19 jan. 2016, p. 2-4.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 2005.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, DF, 31 dez. 1940, retificado no **Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, DF, 3 jan. 1941.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, DF, 13 out. 1941, retificado no **Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, DF, 24 out. 1941.

BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jul. 1994.

BRASIL. Lei Complementar 79, de 7 de janeiro de 1994. Cria o Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 jan. 1994.

MINAS GERAIS. Lei 11.402, de 14 de janeiro de 1994. Cria o Fundo Penitenciário Estadual e dá outras providências. **Diário Oficial [do] Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, MG, 15 jan. 1994, p. 2, coluna 2, e retificado no **Diário Oficial [do] Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, MG, 18 jan. 1994, p. 2, coluna 1.

Submissão em: 2 de agosto de 2022

Último Parecer favorável em: 31 de agosto de 2022

Como citar este artigo científico

BRANT, Richardson Xavier. Parecer. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 3, n. 2, p. 154-163, maio-ago. 2022.

**LANÇAMENTO DO LIVRO “MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO: ASPECTOS
TEÓRICOS E PRÁTICOS DO TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS
DE INTERESSE”**

WALDIR DE PINHO VELOSO¹

Dentro da descrição do Livro bíblico do Eclesiastes, no capítulo três, há tempos para tudo. Agora, o que se nos apresenta é o tempo para colocar poucas, breves e, em razão da nossa própria situação, desqualificadas palavras. Palavras acerca do livro “Mediação e Conciliação: aspectos teóricos e práticos do tratamento adequado dos conflitos de interesse”.

Considerando, pois, que são poucas as palavras, quase todas elas devem se dirigir à figura dos organizadores da obra, os Juízes de Direito Juliano Carneiro Veiga e Richardson Xavier Brant.

E o início não é uma observação, mas um questionamento. Busca-se entender o porquê de uma pessoa, em vez de concentrar esforços na publicação de um livro de autoria individual, centrar-se de corpo, alma e até bolso, para que venha a lume um livro de autoria de diversas pessoas. Cremos que muitos tentam entender por que se esforça em reunir textos de Amigos, para formação de um livro, quando a autoria individual, a obra autoral, é que marca com sulcos indelevelmente mais profundos quem tem seu nome em destaque.

O campo da especulação ganha terreno, avança algumas braças, alcança novas jardas. Muito possivelmente, os organizadores de livros são pessoas solidárias, em vez de solitárias; cultuam a união, em lugar da solidão; percebem que o aprendizado em sala de aula é coletivo, sem levar em consideração que quem ensina o faz de forma solteira em sala de aulas.

¹ Professor Universitário. Escritor. Mestre em Linguística. Graduado em Direito. Autor de livros jurídicos e literários. Coidealizador e cofundador da Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros. Coidealizador, cofundador e Editor da Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica.

Organizar um livro, captando dos selecionados Amigos uns textos dentro de uma temática, requer senso de altruísmo, próprio de um ser humano benigno, indicador de pessoa cujos passos não são para chegar antes, mas junto com outrem. Junto, que significa “ao lado de”, “simultaneamente em relação a”, ou “ao mesmo tempo que outrem”. Ou, em latim, “pari passu”.

Pois aqui estamos diante de uma pessoa desse quilate. Não deveríamos colocar dizeres de forma individual, a um só dos organizadores do livro “Mediação e Conciliação: aspectos teóricos e práticos do tratamento adequado dos conflitos de interesse”. Mas, é fácil constatar que o fato de o Doutor Juliano Carneiro Veiga não se encontrar presente nesse ambiente, permite-nos descarregar o suprimento de comentários sobre Richardson Xavier Brant; autoriza-nos a conduzir um facho maior de luzes especialmente direcionado a essa cabeça; força-nos a dizer que a ausência costuma indicar um vácuo no qual transitam pensamentos maléficos, desprovements de apoio e até falsos testemunhos. Sem querer dizer, jamais e em condições mais transparentemente possíveis, que o fato de o Doutor Juliano Carneiro Veiga não estar ocupando uma cadeira nesse ambiente o transforma em um ausente, vemos como necessidade concentrar na figura do outro organizador do livro, o Professor Richardson Xavier Brant. Não se pode deixar de entender, porém, que não se pode dizer de ausência propriamente dita de um dos organizadores do livro, neste momento e neste local. O livro torna eterno o autor. E os eternos são, por acréscimo, multipresentes, onipresentes. São, destarte, presentes que todos agora ganhamos.

Não há um vazio, entretanto. O vazio é a ausência da essência, é a falta de trânsito de valiosa matéria, é o constante bater em uma cruz não para plantá-la, fincá-la, mas para que ela seja estraçalhada, danificada. O que marca o vazio é a permanente e insistente vontade de fazer o exterior gritar, para compensar a própria insuficiência. O vazio é o espaço que apunhala, que pisa e maltrata em vez de carregar nas costas. É a satânica arte de empurrar para longe, causando o afastamento, em vez de abraçar, de fazer os corações se entrecruzarem, o que se dá com um fraternal abraço. O vazio é o corte do qual o sangue não estanca; é o compartimento estanque que não vê vias de comunicação venosas, velosas, amorosas.

O fato de um dos organizadores não estar fisicamente presente não lhe dá as qualidades de quem deixa um vazio. Mais do que este livro representar o organizador que fisicamente não se encontra, a própria pessoa está presente, por meio da obra.

E não somente está presente, em razão do livro, o organizador. Também os autores que não estão fisicamente nesta configuração construtiva estão, pode-

-se dizer, impregnados em seus textos, em seus escritos, em suas palavras. Se as lemos, são os autores que pronunciam essas palavras. Escrever é falar sem limitação de distância e de tempo, para uma plateia enorme formada, quase sempre, por um conjunto de únicas pessoas. Escrever, um ato solitário, requer, em vias normais, a anuência de outra pessoa solitária para receber as palavras, o que se materializa por meio da leitura.

Para que haja comunicação entre autor e leitor, há necessidade do livro. Momento para voltar a falar do organizador deste livro agora mostrado ao público. Richardson Xavier Brant se envolveu com este livro como quem se prepara para gerar um filho. Viu o desenvolvimento, texto a texto, como quem acompanha uma construção de tijolos sobre tijolos. Acompanhou a arte de compor as camadas textuais, que agora estão impressas entre as capas deste livro, como quem ajusta o tempero, controla o tempo da cocção e, ainda, prepara os condimentos para que haja harmonia neste alimento. E o livro aqui lançado é um alimento doutrinário; é um suporte para o conhecimento jurídico; é um fomento à cultura jurídica e um recheio de sabedoria colocado à disposição dos leitores.

Richardson Xavier Brant acompanhou todas as letras que compõem esse trabalho. Trabalhou em favor dos coautores e até se colocou no mesmo nível dos demais escritores, para se igualar à condição de quem contribuiu com um capítulo para a obra. Sonhou com o formato, definiu cores, sentiu odores, e, antes dos demais, degustou os sabores que viriam a se apresentar, quando a obra estivesse pronta. Pensou no acabamento, dedicou ao controle, saltou os obstáculos que se lhe apareceram e, por fim, cruzou a linha de chegada como autêntico vencedor. Para ser um vencedor, venceu a dor pertinente ao ofício, controlou os ataques incondizentes, aceitou a independência dos colegas escritores para que não houvesse imposição das suas próprias razões, das suas particulares paixões, das suas individuais conduções. Preferiu conduzir todos os componentes do livro para o palco, abraçar a todos como se merecessem um lugar mais destacado no horizonte, culminar trazendo debaixo dos seus braços todos os coautores, para que a linha de chegada fosse cruzada como se todos pudessem ocupar o primeiro lugar. Lugar compartilhado, lugar que, se partilhado, é apenas para refletir a individualidade em um lumiar como se fosse próprio. Com suas atitudes cooperadoras, Richardson Xavier Brant, com suas próprias técnicas, acendeu holofotes direcionados aos indivíduos que se agregaram sob a sua coordenação, iluminou os que têm insuficiência de luz própria, como o nosso caso em particular, e ainda se fez suporte e até mesmo trampolim para o crescimento dos selecionados escritores que escolheu.

Os dezenove autores que podem ser lidos nesse volume foram, sem dúvidas, bem capitaneados pelos dois organizadores. Dito dezenove porque também os organizadores têm capítulos escritos na obra. Para reunir pessoas de personalidades distintas, de paragens igualmente distantes – incluindo pessoa de outro país e outro Idioma – os organizadores Juliano Carneiro Veiga e Richardson Xavier Brant colaboraram e se colocaram como se fossem colegas, como se estivessem no mesmo patamar abaixo da real circunstância deles, como se estivessem, ombro a ombro, na condução do barco. Serviram de remos, de timão, de instrumentos que conduziram pessoas para as páginas do livro. Serviram, em vez de serem servidos.

Com essa configuração, o livro “Mediação e Conciliação: aspectos teóricos e práticos do tratamento adequado dos conflitos de interesse” merece um destaque. Se não em razão dos autores reunidos, pela qualidade dos organizadores. Merece divulgação. É credor de um lugar dourado e brilhante nas prateleiras e nas mesas de estudos dos mais comprometidos para com a arte de estudar.

Se desaconselhável a citação de quem são os autores dos capítulos que compõem este livro, para que não privilegie uns em detrimento ou esquecimento de outros, uma coisa é certa: a quem se deu ao trabalho de organizar o livro se deve aplaudir; a quem investiu o valioso tempo para que diversos escritores tivessem oportunidade de estar nas asas do sucesso, deve-se ofertar coroas de ouro e fraternos abraços.

E a todos os colaboradores, que exportaram seus conhecimentos para compor essas páginas recheadas de valor, que seja destinado o reconhecimento de que, por se tratar de uma obra coletiva, cada tijolo conta, cada capítulo engrossa a obra, cada tema valoriza o conteúdo, cada assunto encanta.

Por fim, pedimos a Deus que, com Sua infinita bondade, recompense tanta generosidade externada por todos os coautores, com destaque para os organizadores. Coerentemente, não pedimos novos livros coletivos, liderados por estes dois grandes apoiadores das publicações. Pedimos a Deus que retribua aos organizadores Juliano Carneiro Veiga e Richardson Xavier Brant para que eles nos brindem com livros das suas individualidades. Serão, para nós, e com a mais certa das certezas, conteúdos valiosos.

(sala da Ordem dos Advogados do Brasil em Montes Claros, MG, em 7 de julho de 2022)

Submissão em: 8 de julho de 2022

Último Parecer favorável em: 21 de agosto de 2022

Como citar este artigo científico

VELOSO, Waldir de Pinho. Lançamento do livro "Mediação e conciliação: aspectos teóricos e práticos do tratamento adequado dos conflitos de interesse". In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 3, n. 2, p. 164-168, maio-ago. 2022.

A Benyújtás Feltételei
Amodau Cyflwyno
Başvuru Koşulları
Bedingungen für die Einreichung
Betingelser for Indsendelse
Betingelser for Innsending
Coinníollacha Maidir le hAighneacht
Condiciones de Envío
Condições para o Envío
Condicions per a L'enviament
Condiții de Depunere
Conditions de Soumission
Conditions for Submission
Condizioni per la Presentazione
Criteri Redazionali
Cumhachan Airson Tagradh
Esitamise Tingimused
Esityksen Ehdot
Iesniegšanas Nosacījumi
Konditione fir d'Soumissioun
Kundizzjonijiet għas - Sottomissjoni
Kushtet e Paraqitjes
Norme Editorial
Pateikimo Sąlygos
Podmienky Predkladania
Podmínky pro Předkládání
Pogoji za Oddajo
Skilyrði fyrir Framlagningu
Тапсыру Шарттары
Uslovi za Podnošenje
Uvjeti za Podnošenje
Villkor för Inlämning
Voorwaarden voor Inzending
Warunki Przedłożenia
Услови за поднесување
Услови за подношење
Условия подачи
Условия за Подаване
Умовы для Прадстаўлення
Умови подання
Προϋποθέσεις για Υποβολή

CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO

CAPÍTULO I DAS DISPOSIÇÕES INICIAIS

Art. 1.º As regras para a recepção e publicação de textos científicos, pela **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** são as descritas no presente Regulamento, respeitadas as condições fixadas no art. 26 deste Regulamento.

Art. 2.º Para o presente Regulamento, entende-se por textos científicos os artigos científicos, e outras manifestações jurídicas, descritos com as formalidades e padrões da norma culta e observância das normas fixadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas, especialmente a ABNT 6023.

Art. 3.º A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** é um periódico de divulgação científica da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**, tem periodicidade quadrimestral e não tem fins lucrativos.

Art. 4.º A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** não cobra qualquer valor pela publicação de textos de cunho científico e, em contrapartida, não paga aos autores quaisquer valores a título de direitos autorais.

Parágrafo único. A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** divulgará sem custo para os destinatários, e sem fins lucrativos, os exemplares publicados.

Art. 5.º A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** tem por objetivo a divulgação científica do segmento do Direito, constituída de:

- I – artigos científicos;
- II – diálogos que a Academia Jurídica tem para com os seus membros;
- III – resenhas ou críticas de livros da área do Direito;
- IV – Sentenças, Acórdãos ou Pareceres, na íntegra, com temas inovadores e que não sejam segredo de Justiça.

Parágrafo único. Em se tratando de Sentenças ou Acórdãos, os nomes das pessoas envolvidas com qualidades de partes ou procuradores deverão ser, em regra, omitidos ou apresentados de forma abreviada ou fictícia, impossibilitando a identificação direta.

Art. 6.º A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** publica textos científicos escritos em:

- I – Idioma Espanhol;
- II – Idioma Francês;
- III – Idioma Inglês;
- IV – Idioma Italiano;
- V – Idioma Português;
- VI – demais Idiomas da Europa.

Art. 7.º Os textos científicos submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** são de inteira responsabilidade dos seus autores não somente quanto à autoria e isenção de plágio, quanto a conceitos, opiniões e desenvolvimento de teses doutrinárias e acadêmicas.

Art. 8.º A submissão de textos de cunho científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** significa imediata e incondicional aceitação das presentes regras e a cessão de direitos autorais à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**.

Parágrafo único. Após a publicação de um texto científico na **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, uma republicação em qualquer parte do Brasil, em qualquer época, somente poderá acontecer com autorização prévia da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** e a necessidade de a ela ser feita referência, alternativamente, de forma:

- I – direta, indicando nome completa da Revista, número do volume, número da edição, e páginas iniciais e finais da publicação; ou
- II – indireta, mediante referência simplificada indicativa da publicação, como “Agradecimentos especiais à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, pela divulgação deste trabalho científico”.

Art. 9.º Toda a digitação, incluindo citações e referências, deve obedecer às regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

§ 1.º Os tipos ou fonte da digitação serão Times New Roman, tamanho 12 para o texto, e este digitado com espaço 1,5 entre as linhas.

§ 2.º O sistema de citação será no próprio corpo do texto, incluindo o nome do autor, a data da publicação e o número da página em que há a citação.

§ 3.º As notas de rodapé poderão ser utilizadas apenas para identificação dos autores e para as demais informações complementares do texto.

§ 4.º As referências serão insertas ao fim do texto, com:

- I – espaço simples entre linhas;

- II – o texto das referências alinhadas à esquerda;
- III – o título da obra em letras com efeito negrito;
- IV – o subtítulo “Referências”, em letras maiúsculas, em negrito e centralizado;
- V – uma só linha de distância entre uma entrada e outra.

§ 5.º O Resumo, em Língua Portuguesa, e correspondentes em Língua original do autor do artigo científico, deverão ser digitados em espaço simples entre as linhas.

§ 6.º As publicações mais atuais da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** serão os modelos e exemplos das regras contidas no presente artigo.

Art. 10. Em atenção aos autores de outros países, para os quais as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) são de difícil entendimento, até mesmo pela inexistência de traduções para todos os Idiomas, será admitida a recepção de textos científicos segundo outras normas, respeitadas as condições expressas no art. 24 deste Regulamento.

Art. 11. Os nomes e endereços dos autores que têm textos científicos publicados ou, simplesmente, submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, são por ela usados com exclusividade, e não serão disponibilizados a pessoas, naturais ou jurídicas, fora do âmbito da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**.

Parágrafo único. Excetua, quanto à divulgação, a inserção do endereço eletrônico do(s) autor(es) na qualificação junto ao texto publicado, em atendimento às normas da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), órgão do Ministério da Educação, quanto aos dados mínimos para efeitos de classificação do periódico.

CAPÍTULO II

ARTIGOS CIENTÍFICOS

Art. 12. Os artigos científicos devem ser de autoria de, no máximo, três pessoas, sendo preferência que pelo menos um deles tenha título Acadêmico de Doutor.

Art. 13. Para os artigos científicos que contenham resultados de pesquisas patrocinadas por órgão de fomento, serão admitidos o máximo de quatro autores, sendo pelo menos um deles obrigatoriamente com título Acadêmico de Doutor, desde que identificado o órgão de fomento junto à qualificação e à filiação acadêmica.

Art. 14. Os artigos científicos que sejam resultado de pesquisas de campo, com aplicação de entrevistas ou questionários, devem ser acompanhados de comprovante de registro da correspondente pesquisa na Plataforma Brasil.

Art. 15. Os artigos científicos devem:

I – conter, no mínimo, dez laudas, com observância, quanto à digitação, ao contido no art. 9.º deste Regulamento;

II – ser inéditos no Brasil.

CAPÍTULO III

DIÁLOGOS, RESENHAS, SENTENÇAS OU ACÓRDÃOS

Art. 16. Para efeitos da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, entende-se por:

I – Acórdãos ou Sentenças: peças jurídicas de autoria de Juízes e Desembargadores, com temas ou decisões inovadoras, oriundas de processos judiciais, e que possam ser divulgadas em razão do teor;

II – diálogos que a Academia tem para com seus membros:

a) estudos especiais envolvendo o Direito;

b) falas em aulas inaugurais de Curso de Direito;

c) falas em Bancas Examinadora de candidatos a títulos acadêmicos;

d) textos de cunho científico, ligados ao Direito, mas não sendo o foco principal no Direito;

III – Pareceres: peças jurídicas de autoria de Juízes, Desembargadores e integrantes do Ministério Público, com temas inovadores, que possam ser divulgadas em razão do teor, e que possam vir a servir de base para futuras decisões no segmento jurídico;

IV – resenhas ou críticas de livros da área do Direito:

a) análise de livros da área do conhecimento do Direito;

b) considerações comparativas de um livro de Direito com outro livro ou de Direito ou de disciplina afim ao Direito;

c) crítica, equiparada à crítica literária, em relação a livros de Direito.

Art. 17. Os textos científicos submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, para as seções “Estudos Continuados”, “Acórdãos, Pareceres e Sentenças” ou outra que venha a ser criada na forma do presente Capítulo III deste Regulamento, deverão:

I – conter, no mínimo, cinco laudas, com observância quanto à digitação, ao contido no art. 9.º deste Regulamento;

II – ser inéditos no Brasil;

III – ter autoria individual ou, em casos excepcionais e especiais, dois autores.

CAPÍTULO IV

A SUBMISSÃO

Art. 18. A submissão de texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** é ato de decisão unilateral do autor ou dos autores e não correspondente a uma responsabilidade da Revista para que haja publicação.

Parágrafo único. O caráter de ato unilateral e responsabilidade única do autor ou dos autores acontecerá ainda que o autor ou os autores tenham recebido comunicação da Revista, ou do seu Editor, ou de membro da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**, quanto à abertura de Edital ou outra forma de divulgação da existência do periódico e da possibilidade de submissão de textos científicos.

Art. 19. A submissão representa a declaração do autor ou dos autores de que o texto científico:

I – é inédito;

II – não contém plágio ou qualquer apropriação de textos de terceiros;

III – não contém sistemas de identificação, por via oblíqua, que possa prejudicar a análise pelo sistema cego de avaliação;

IV – não foi submetido, no todo ou em parte, à avaliação de outro periódico, embora ainda não publicado.

§ 1.º Considera-se inédito o texto científico que foi apenas:

I – objeto de apresentação de resumo oral em evento científico, sem divulgação impressa do seu texto propriamente dito;

II – publicado em Anais em forma de resumo, sem divulgação impressa do seu texto propriamente dito;

III – resultado de trabalho de curso – Monografia, Tese, Dissertação – cuja divulgação foi apenas quanto à apresentação oral e/ou encadernação para depósito junto à Instituição de Ensino.

§ 2.º. Até que a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** altere a redação do presente artigo deste Regulamento, especialmente em seu inciso III, a identificação do nome do autor, com sua qualificação e filiação a uma Instituição de Ensino Superior não são itens considerados como forma de identificação que prejudica o sistema cego de avaliação, porque esses dados serão retirados, pelo Editor, quando da remessa para a análise dos membros do Conselho de Pareceristas.

Art. 20. Ao submeter um texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, o autor ou os autores se responsabilizam quanto às informações referentes à titulação, ao vínculo com Instituição de Ensino ou de Pesquisa e outros dados que forem insertos na qualificação.

Art. 21. A submissão representa a declaração de certeza e conhecimento de que não haverá pagamento ou retribuição ao autor, nem a título de *pro labore*, bem como não há outra prevista vantagem como compensação pelos direitos autorais automaticamente cedidos.

Art. 22. Ao submeter um texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, os autores de textos com autoria coletiva se declaram cientes de que, ainda que o texto seja remetido indicado autoria em outra ordem, aparecerão na **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** como autores os nomes na seguinte ordem e prioridade:

- I – quem tiver título Acadêmico de Doutor, se único entre os coautores;
- II – os coautores que tenham título Acadêmico de Doutor, na ordem constante do texto científico recebido;
- III – quem tiver título Acadêmico de Mestre, se único entre os coautores;
- IV – os coautores que tenham título Acadêmico de Mestre, na ordem constante do texto científico recebido;
- V – quem tiver título Acadêmico de Especialista ou Pós-Graduado *Lato Sensu*, se único entre os coautores;
- VI – os coautores que tenham título Acadêmico de Especialista ou Pós-Graduado *Lato Sensu*, na ordem constante do texto científico recebido;
- VII – quem for apenas graduado, sem títulos Acadêmicos, na ordem constante do texto científico recebido.

Parágrafo único. Quando um autor fizer a submissão de texto científico de autoria coletiva, torna-se o responsável pelas informações também referentes aos coautores.

Art. 23. Ao submeter um texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, o(s) autor(es) declara(m) saber que o texto poderá sofrer adaptações quanto à formatação, para seja adaptado à padronização do material publicado.

Art. 24. Especialmente quanto aos autores não brasileiros, para os quais as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) são de difícil entendimento, até mesmo pela inexistência de traduções para todos os Idiomas, a submissão de texto científico fora das regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), conforme art. 10 deste Regulamento, significa a imediata e incondicional autorização para que o Editor faça as transformações e padronizações segundo as normas da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** e da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

Art. 25. Uma vez submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, os artigos científicos serão analisados por avaliadores pelo sistema cego de análise (*double blind review*), sendo obedecidas as seguintes condições:

- I – dois pareceres positivos representam aprovação para publicação;
- II – dois pareceres negativos representam reprovação e não aceitação;
- III – um parecer positivo e um parecer negativo representará a necessidade de submissão a um terceiro avaliador, cujo voto decidirá como o segundo voto de uma das categorias que levarão à aprovação ou à reprovação.

CAPÍTULO V

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 26. As condições omissas no presente Regulamento serão decididas pelo Editor da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, que considerará:

- I – a decisão para o caso concreto, com solução especial e válida somente para a dúvida ou proposta apresentadas;
- II – a possibilidade de submissão da dúvida ou proposta apresentadas à Diretoria da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**, para inserção no presente Regulamento e passar a ser regra geral do momento em diante.

Art. 27. O presente Regulamento poderá ser modificado por decisões da Diretoria da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**.

Parágrafo único. As alterações entrarão em vigor no quadrimestre que se seguir ao quadrimestre em que ocorrer a alteração, ainda que não tenha ainda sido publicada a Revista contendo o Regulamento com o texto alterado.

Art. 28. O presente Regulamento entrará em vigor com a publicação do volume 1, número 1, da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**.

Montes Claros (Minas Gerais, Brasil), 21 de maio de 2020.

Professor Mestre Richardson Xavier Brant

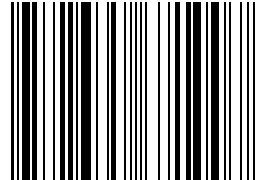
Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso

ASSOCIAÇÃO DE LETRAS JURÍDICAS DE MONTES CLAROS

Endereço: R. Francisco Versiane Ataíde, 389/703, Bairro Cândida Câmara,
Montes Claros, Minas Gerais, Brasil, CEP 39401-039.



ISSN 2675-6714



9 772675 671007